

Sommaire

- 2** Réforme des accords verticaux : Point sur le deuxième projet de règlement et de lignes directrices de la Commission Européenne
Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill
- 5** Conseil d'Etat, 30 octobre 2009, n° 298348 : la fin de la jurisprudence Cohn-Bendit
Jean-Christophe Grall et Béatrice Velle-Limonaire
- 7** Les saisies informatiques dans le cadre des enquêtes de concurrence : Brève synthèse
Jean-Christophe Grall et Peggy Turret
- 10** Vers l'alourdissement des sanctions pénales en droit de la concurrence ?
Thomas Lamy
- 11** Fabricants, vendeurs : n'oubliez pas votre obligation de conseil !
Emmanuelle Bordenave-Marzocchi
- 14** L'enregistrement à titre de marque de la forme d'un produit ou de son conditionnement n'est pas un jeu d'enfant !
Emmanuelle Laur-Pouëdras
- 16** Interdiction des loteries et pratiques commerciales déloyales : l'arrêt du 14 janvier 2010 de la Cour de justice de l'Union Européenne
Eléonore Camilleri
- 18** La détention de gamme : vrai service mais fausse coopération commerciale
Nicolas Geay
- 20** Suite et fin (?) de la saga Microsoft
Sarah Darmon
- 22** Quelques informations



Réforme des accords verticaux : Point sur le deuxième projet de règlement et de lignes directrices de la Commission Européenne

Par Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill

Le 31 mai 2010, soit à l'expiration du règlement CE n° 2790/1999, entrera en vigueur le nouveau règlement communautaire sur les restrictions verticales, accompagné des traditionnelles lignes directrices de la Commission destinées à aider les entreprises à procéder à l'auto-évaluation de leurs accords.

Le 28 juillet 2009, la Commission Européenne avait publié ses projets de règlement et de lignes directrices en les soumettant à consultation publique jusqu'au 28 septembre 2009.

Dans notre « Flash Concurrence n°9 » du mois de septembre 2009, nous avons commenté ces projets en exposant les principales innovations.

Depuis lors, la Commission Européenne a établi une deuxième version de ses projets de règlement et de lignes directrices dont voici les principales nouveautés :

→ Sur le double seuil de part de marché !

Pour mémoire, l'article 3 du premier projet de règlement prévoyait :

« L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par chacune des entreprises, parties à l'accord, ne dépasse pas 30 % de tout marché en cause affecté par l'accord ».

Par cet ajout, la Commission Européenne, souhaitant prendre en considération l'augmentation constante de la puissance d'achat, notamment dans la grande distribution, avait instauré un double seuil de part de marché, se proposant ainsi de n'octroyer le bénéfice de l'exemption catégorielle qu'aux accords conclus entre un fournisseur et un acheteur ou distributeur dont les parts de marché respectives ne dépassaient pas 30 %.

Beaucoup d'opérateurs économiques s'étaient alors inquiétés de la difficulté de pouvoir évaluer la part de marché du distributeur, étant très délicat pour un fournisseur non seulement de cerner le marché sur lequel le distributeur est présent (notamment géographique), mais également d'en connaître la part de marché exacte, ceci étant source d'insécurité juridique.

La Commission Européenne a modifié son projet de règlement sur ce point en précisant désormais que le marché à prendre en compte pour le fournisseur reste celui sur lequel il vend les produits et services contractuels, mais que le marché pertinent à prendre en compte pour l'acheteur est celui

sur lequel il achète les biens ou services contractuels.

En d'autres termes, la part de marché de l'acheteur ou du distributeur ne s'appréhendera pas au regard du marché sur lequel il revend les biens et services contractuels mais sur le marché sur lequel il les achète, c'est-à-dire le marché de l'approvisionnement.

Dès lors, il sera nécessaire que chacune des entreprises ne dépasse pas 30 % de part de marché sur les marchés susvisés pour bénéficier de l'exemption par catégorie et éviter les affres du bilan concurrentiel.

La définition du marché de l'approvisionnement risque cependant de soulever d'importantes difficultés, les critères de sa détermination s'avérant délicats à appréhender, que ce soit pour le marché des produits ou services concernés ou pour le marché géographique.

Jusqu'à présent, la part de marché de l'acheteur n'était prise en compte que dans les accords dits de « *fourniture exclusive* », c'est-à-dire ceux imposant aux fournisseurs de ne vendre qu'à un acheteur à l'intérieur de la communauté.

L'article 3.2 du Règlement CE n° 2790/1999 précisait qu'il s'agissait du marché sur lequel l'acheteur achète les biens ou les services contractuels.

Les lignes directrices précisaient, quant à elles, que « *la part de marché de l'acheteur correspond à sa part de tous les achats sur le marché des achats en cause* » (point 92).

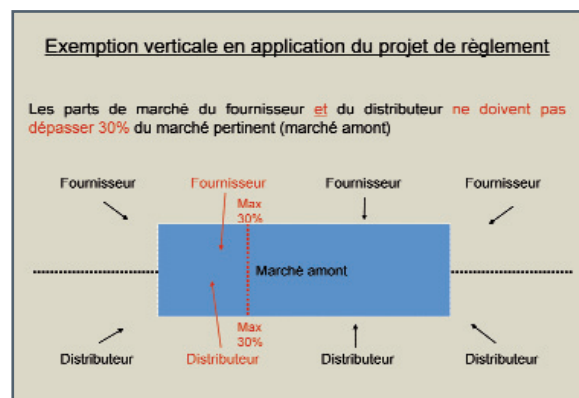
Les lignes directrices renvoyaient alors à la décision bien connue de la Commission Européenne du 3 février 1999 dans l'affaire Rewe/Meinl⁽¹⁾.

Dans cette décision concernant une opération de concentration sur le marché du commerce de détail de l'alimentation, la Commission était venue préciser que les marchés de l'approvisionnement « *comprennent la vente de biens de consommation courante par les producteurs à des clients tels que les grossistes, les détaillants ou d'autres entreprises* », pour en déduire notamment que la délimitation du marché de l'acheteur se fait généralement du point de vue de l'autre partie en présence sur le marché, à savoir le fournisseur/producteur.

⁽¹⁾ Décision 1999/674/CE de la Commission du 3 février 1999 dans l'affaire n° IV/M 1221 (JOL 274 du 23.10.1999, page 1).

En d'autres termes, l'évaluation de la part de marché du fournisseur et de celle du distributeur se fera sur le même marché pertinent, comme le précisait d'ailleurs les points 91 et 92 des actuelles lignes directrices du 13 octobre 2000 évoquant, au travers d'un schéma qui a disparu aujourd'hui du nouveau projet, l'existence d'un même marché « A », marché sur lequel interviennent les fournisseurs et les distributeurs et se distinguant du marché aval de la distribution sur lequel les entreprises sont en contact avec les consommateurs finals.

Il n'en demeure pas moins, ainsi que la Commission l'indique elle-même dans sa décision Carrefour/Promodès du 25 janvier 2000², que les parts de marché détenues par l'acheteur sur le marché de l'approvisionnement sont particulièrement délicates à évaluer puisqu'il s'agit de calculer la part de marché que représente l'acheteur dans tous les achats sur un marché en cause, ce qui reste difficile à apprécier (voir schéma ci-dessous).



Il est à noter cependant, qu'en ce qui concerne le marché géographique, la Commission confirme, au point 89 de son dernier projet de lignes directrices, que le marché de gros est généralement plus large que celui du commerce de détail et que le plus souvent, le marché sera de dimension nationale, voire plus large encore, ce qui est plutôt positif dans le cadre de l'auto-évaluation des accords de distribution.

→ La distribution sur Internet !

Nous avons souligné dans notre « *Flash Concurrence* » de septembre 2009 que les ajouts de la Commission Européenne, relatifs au commerce sur Internet, se retrouvaient dans son projet de lignes directrices, le projet de règlement ne donnant aucune précision sur ce point.

La Commission n'a pas changé cette approche, mais a apporté des précisions par quelques petites touches intéressantes.

Voici les principales modifications :

- La Commission considère toujours la vente sur Internet comme un moyen de vente pas-

sive mais ajoute que cela reste le cas lorsque le client choisit d'être tenu automatiquement informé par le distributeur de ses nouveautés et promotions (newsletters, mails d'information, sortie de nouveaux produits, etc.).

- S'il est interdit de permettre à un distributeur exclusif d'empêcher des clients situés hors de son territoire d'avoir accès à son site Internet ou de les rerouter vers les sites Internet d'autres distributeurs exclusifs ou du fournisseur, la Commission précise qu'il n'est pas illicite d'insérer malgré tout des liens vers les sites Internet d'autres distributeurs ou du fournisseur.
- Autre précision importante: la Commission indique qu'un fournisseur peut exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou plusieurs points de vente physiques ou salles d'exposition (là où le précédent projet ne prévoyait la possibilité d'exiger qu'un seul point de vente physique).
- Enfin, si la Commission persiste à refuser qu'un distributeur puisse payer un prix plus élevé pour des produits destinés à être vendus par Internet que pour des produits destinés à être revendus autrement, elle ajoute que certaines pratiques de « dual pricing » peuvent être légitimées si les prix plus élevés demandés au distributeur pour les produits vendus sur Internet se justifient par le fait qu'il assure moins de services auprès de la clientèle, d'installation et de conseil notamment, et si de ce fait, le nombre de plaintes ou de demandes de garantie au fournisseur risque d'augmenter (cette justification reste à notre sens quelque peu alambiquée alors qu'une différenciation tarifaire peut se justifier plus largement dans le cadre de conditions catégorielles de vente).

→ Sur les prix minima imposés !

Bien que les prix minima imposés demeurent toujours fermement interdits, nous avons précédemment relevé l'ouverture importante qu'avait opérée la Commission dans l'intransigeance de son raisonnement en admettant que les prix de vente imposés pourraient ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence et pourraient ainsi entraîner des gains d'efficience.

Dans son précédent projet, la Commission envisageait notamment l'utilité de prix de vente imposés lors du lancement par un fabricant d'une nouvelle marque ou de son entrée sur un nouveau marché.

La Commission admet désormais cette utilité pour le lancement de nouveaux produits.

Il s'agit là d'un nouvel assouplissement qui revêt une importance certaine. Ceci dit, il reste à déterminer la durée de ladite phase de lancement

⁽²⁾ Décision COMP/M 1684.

durant laquelle un prix de vente imposé pourra être exempté.

Par ailleurs, si la Commission supprime la référence à l'utilisation d'une marque particulière comme produit d'appel comme justification possible d'un prix de vente imposé, elle précise désormais plus généralement que la marge assurée au distributeur par les prix de revente minimum imposés peut leur permettre d'assurer des services additionnels préalables à la vente, notamment dans le cas de produits complexes ou de technologie avancée.

Ainsi, la Commission admet pouvoir, le cas échéant, être convaincue, démonstration à l'appui, que l'application de prix de vente minimum imposés pourrait éviter les actions parasitaires de certains distributeurs qui ne fournissent pas les services susvisés alors que ces services sont bénéfiques pour les consommateurs.

Enfin, il est à noter qu'en ce qui concerne les prix de vente maxima, la Commission les estime légitimes lorsqu'ils permettent d'éviter la pratique dite de la « *double marge* », en prenant le soin de préciser désormais que cela peut notamment permettre à une marque de concurrencer plus efficacement certaines autres marques, notamment les produits vendus sous marque de distributeurs, commercialisés par les distributeurs en concurrence avec leurs propres fournisseurs.

Là encore, la Commission entend appréhender certaines réalités des pratiques de la grande distribution.

Tels sont les derniers contours de la réforme qui s'annonce, étant ici précisé que les entreprises dont les contrats sont en cours au 31 mai 2010 auront jusqu'au **31 mai 2011** pour se mettre en conformité avec le nouveau règlement.





Conseil d'Etat, 30 octobre 2009, n° 298348 : la fin de la jurisprudence Cohn-Bendit

Par Jean-Christophe Grall et Béatrice Velle-Limonaire

Après plus de trente ans de résistance face aux juges de Luxembourg, le Conseil d'Etat a définitivement abandonné sa « jurisprudence Cohn-Bendit »³ qui faisait obstacle à l'invocation d'une directive communautaire à l'appui d'un recours en annulation d'un acte administratif individuel. Le justiciable français pourra dorénavant se prévaloir des dispositions d'une directive, alors même que ce texte n'aura pas encore été transposé dans l'ordre juridique interne.

Comme l'a souligné le Rapporteur Guyomar dans ses conclusions, il était temps que le Conseil d'Etat se décide à abandonner sa jurisprudence de 1978 et se mette au diapason de la pratique décisionnelle de toutes les juridictions européennes, y compris de la Cour de cassation française⁴, qui reconnaissent l'effet direct des directives à l'encontre d'actes administratifs individuels (*effet direct vertical ascendant*). Le Conseil d'Etat se conforme ainsi finalement à la position affirmée depuis 1974 par la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt Van Duyn⁵, une position que la Haute juridiction avait tout simplement refusé d'adopter dans son arrêt Cohn-Bendit et qui, à l'époque, avait été qualifiée de « *révolte contentieuse* »⁶.

L'affaire à l'origine de ce revirement concernait le recours d'une magistrate qui, s'étant vue refuser un poste de chargée de formation à l'ENM, demandait l'annulation du décret portant nomination d'un autre magistrat à la place qu'elle convoitait. La magistrate soutenait avoir subi une discrimination en raison de son activité syndicale (Présidente du syndicat de la magistrature) et invoquait à ce titre l'article 10 de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000⁷ qui prévoit un régime probatoire très favorable pour les requérants victimes d'une discrimination. Cependant, cette directive n'était toujours pas transposée à la date de la décision attaquée devant le Conseil d'Etat et ce, alors-même que le délai de transposition avait expiré. Dès lors, en vertu de la jurisprudence Cohn-Bendit, l'invocation de la directive n'était pas possible en l'espèce.

Pourtant, le Conseil d'Etat va en décider autrement et finalement opérer le revirement tant attendu, en acceptant le principe de l'effet direct des directives

dans le cas d'un recours individuel. Trois conditions cumulatives doivent néanmoins être respectées⁸ :

- L'action doit être introduite par une personne physique ou morale de droit privé contre un acte de l'administration ;
- La directive invoquée ne doit pas avoir été transposée dans les délais imposés, et
- Le justiciable doit invoquer une disposition précise et inconditionnelle de la directive.

Si ce revirement de jurisprudence était particulièrement attendu, les conséquences pratiques de l'arrêt Perreux, du nom de la requérante, sont en fait assez limitées. Ce constat s'explique facilement au regard de la pratique décisionnelle adoptée par les juges administratifs depuis l'arrêt Cohn-Bendit.

En effet, même si officiellement le Conseil d'Etat n'est jamais revenu sur sa position de principe de 1978, il en a, en fait, progressivement circonscrit les implications pratiques. Faisant preuve d'ingéniosité, les juges ont permis *l'invocabilité* des directives communautaires dans la majorité des cas de figure qu'offre le contentieux administratif.

Ainsi, alors qu'un requérant ne pouvait pas directement se prévaloir des dispositions d'une directive lorsqu'il agissait dans le cadre d'un recours administratif individuel, il le pouvait en revanche lorsqu'il agissait contre un acte individuel fondé sur une norme nationale contraire à une directive, la norme qui s'interpose entre l'acte individuel et la directive pouvant être soit un acte réglementaire⁹, une loi¹⁰ ou une absence de loi, voire même une règle jurisprudentielle¹¹.

On le voit après ces quelques rappels, sans jamais directement opérer un revirement, le Conseil d'Etat a peu à peu vidé de sa substance l'arrêt Cohn-Bendit. Dès lors, n'importe quel justiciable habilement conseillé pouvait invoquer les dispositions d'une directive. D'un point de vue pratique, l'arrêt Perreux aura donc avant tout une vertu de simplification pour le requérant.

Ce revirement de jurisprudence était assez prévisible compte tenu des éléments de contexte qui plaidaient en faveur de l'abandon de l'arrêt Cohn-Bendit¹². Tous les observateurs s'accordent à

⁽³⁾ CE ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*.

⁽⁴⁾ Notamment 1^{er} civ. 23 novembre 2004 n° 03-10636 ; Cass. com 7 juin 2006 n° 03-15.118.

⁽⁵⁾ CJCE, 4 décembre 1974, affaire 41/74, *Yvonne Van Duyn c/ Home Office*.

⁽⁶⁾ In *Récueil Dalloz Sirey* p.162.

⁽⁷⁾ Directive (CE) 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁽⁸⁾ Le Conseil d'Etat a en fait repris les conditions posées par la CJCE dans son arrêt *Ratti* du 5 avril 1979 (aff. 148/78).

⁽⁹⁾ CE, 8 juillet 1991, *Palazzi*.

⁽¹⁰⁾ CE, ass., 30 octobre 1996, n°45126, *SA Cabinet Revert et Badelon*.

⁽¹¹⁾ CE, ass., 6 février 1998, *Tête*.

⁽¹²⁾ Voir l'étude des éléments de contexte dans les conclusions générales du Rapporteur Public Guyomar, pp 17 à 23.

le dire, ces cinq dernières années, le Conseil d'Etat a fondamentalement modifié son appréhension du droit communautaire en abandonnant l'attitude très réticente qu'il avait pu adopter à l'égard de la jurisprudence de la Cour de justice¹³. Ce changement de posture s'explique en grande partie par le fait que la transposition des directives, qui était déjà une obligation en vertu du droit communautaire¹⁴, est devenue une obligation constitutionnelle en vertu de l'article 88-1 de la Constitution française. Cet ancrage constitutionnel, consacré par plusieurs décisions récentes du Conseil constitutionnel¹⁵, a permis de dissiper les craintes du Conseil d'Etat qui redoutait qu'une reconnaissance totale de l'effet direct des directives n'affaiblisse la souveraineté juridique française.

En opérant ce revirement, le Conseil d'Etat est surtout venu mettre fin à un symbole comme l'expliquait certains auteurs, il y a quelques années¹⁶ : la jurisprudence Cohn-Bendit « *n'a sans doute pas*

⁽¹³⁾ « *Quelque chose a changé, depuis deux ou trois ans, dans la manière dont le Conseil d'Etat appréhende le droit communautaire et envisage ses relations avec la Cour de justice des communautés européennes* », M. Collet, *Le juge administratif et le contrôle des aides d'Etat : de la réception à l'instrumentalisation du droit communautaire* : RD publ. 2009, p. 1312.

Voir les jurisprudences CE, ass., 11 décembre 2006, n° 234560, Sté de Groot en Slot Allium BV ; CE, ass. 8 février 2007, n° 287110, Arcelor ; CE, sect., 10 avril 2008, n° 296845, Conseil national des barreaux et a. et Conseil des barreaux européens.

⁽¹⁴⁾ Article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 249 TCE).

⁽¹⁵⁾ Cons. Constit., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique et 27 juillet 2006, n° 2006-540, Loi relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information.

(...) un intérêt pratique de tout premier ordre (...), son importance résulte avant tout du fait qu'elle est ce qu'il reste de la volonté du Conseil d'Etat de conserver son identité dans ses rapports avec l'Union européenne. Elle a ainsi acquis valeur de symbole ». Comme pour tous les symboles, la disparition de celui-ci constitue un geste fort de la politique jurisprudentielle, qui accompagne opportunément les efforts récents de la France pour résorber son retard de transposition des directives.

Avec l'arrêt Perreux, le Conseil d'Etat signifie qu'il assume aujourd'hui pleinement son office de juge communautaire ; ce point est fondamental !

Petit rappel concernant l'effet direct des directives communautaires

L'effet direct a pour conséquence que les personnes à qui une directive communautaire confère un droit peuvent exiger du juge national qu'il assure l'entière protection de ce droit. Une entière protection ne se limite pas à écarter l'application des normes nationales contraires à la norme communautaire. Elle impose au juge d'assurer la plénitude des effets de la norme communautaire, donc de procéder à son application immédiate et directe, aux lieux et places du droit national, ce qui engendre un effet de substitution, en l'occurrence de substitution de la directive au droit national défaillant ou incorrect.

⁽¹⁶⁾ Cf. en ce sens, R. Chapus en 2001.





Les saisies informatiques dans le cadre des enquêtes de concurrence : Brève synthèse

Par Jean-Christophe Grall et Peggy Tournet

Dans le cadre des enquêtes de concurrence, les autorités de concurrence disposent de pouvoirs particulièrement importants leur permettant de procéder à des visites d'entreprises et de domiciles, et à des saisies de documents, quel que soit leur support, qui sont autant de moyens considérés comme indispensables afin de rapporter la preuve de pratiques contraires au libre exercice de la concurrence.

En droit français, l'article L.450-4 du Code de commerce, relatif aux enquêtes lourdes, habilite les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence à procéder à des visites et saisies sur autorisation préalable du Juge des libertés et de la détention (JLD) du lieu où la visite est effectuée. Ils peuvent à cette occasion saisir des documents et, depuis la loi sur les Nouvelles Régulations Economiques du 15 mai 2001¹⁷ « *tout support d'information* ».

La jurisprudence a admis que la notion de « *saisie de documents* », inscrite au premier paragraphe de l'article L.450-4, ne vise pas uniquement la saisie de documents papiers mais également la saisie de documents informatiques, et que la notion de document informatique renvoie « *non pas aux données informatiques, mais aux supports au sens strict du terme tels que disquettes, messageries, disques durs, CD-Rom et autres, utilisés par les entreprises pour stocker leurs informations* »¹⁸.

Les saisies de documents informatiques sont pratiquées dans le respect de l'article 56 du Code de procédure pénale, qui prévoit notamment que les documents appréhendés sont inventoriés et mis sous scellés en présence des personnes qui ont assisté à la perquisition.

En pratique, pour saisir les documents informatiques, les enquêteurs effectuent une recherche par mots clés, par l'intermédiaire d'un logiciel, afin de déterminer si les documents entrent ou non dans le champ de l'enquête. Ce système attribue une empreinte numérique au fichier visé avant de le transférer sur le logiciel pour garantir qu'aucune modification ne pourra être faite par la suite. Ces fichiers sont ensuite copiés sur trois DVD non réinscriptibles : le premier est placé sous scellé, le second est destiné à l'Autorité de la concurrence et le dernier est remis à l'entreprise visitée.

Il existe donc bien un cadre légal dans lequel s'opèrent les saisies de documents informatiques. La

question se pose alors de savoir si les règles présidant à la saisie des supports papiers s'appliquent de la même façon aux saisies de documents électroniques, s'agissant notamment du principe de spécialité des visites domiciliaires.

En vertu de ce principe, ne peuvent être appréhendés que les documents en rapport avec la pratique anticoncurrentielle dont la preuve est recherchée, une sélection préalable des fichiers étant donc nécessaire afin de limiter les saisies aux documents entrant strictement dans le champ de l'ordonnance du Juge des Libertés et de la Détention (JLD).

Or, il ressort de la pratique que, dans le cadre des saisies informatiques, l'administration use du principe selon lequel les documents informatiques sont insécables, et qu'ils doivent donc faire l'objet d'une saisie globale, ce principe étant largement repris par la jurisprudence récente.

Ce principe d'insécabilité des documents s'applique donc au détriment du principe de spécialité des visites domiciliaires et conduit à une saisie en masse pouvant engendrer la saisie de documents hors du champ d'enquête, couverts par le secret professionnel ressortant de la relation avocat/client ou encore relevant de la vie privée. De plus, lorsque les pièces saisies font l'objet de contestations par l'entreprise qui estime leur saisie irrégulière, les enquêteurs ont tout loisir pour en prendre connaissance, les documents n'étant pas mis de côté, en attendant une décision de l'autorité judiciaire sur leur sort.

Ainsi s'il existe bien un cadre juridique applicable aux saisies de documents informatiques, la pratique développée en France par les autorités de concurrence ne semble pas garantir les mêmes droits aux entreprises que ceux dont elles peuvent se prévaloir en matière de saisies de documents papiers.

Les entreprises bénéficient toutefois de recours leur permettant de contester le déroulement des opérations afin d'obtenir la restitution des documents qu'elles estiment irrégulièrement saisis.

Un premier recours est possible, souvent méconnu des entreprises, au cours de la visite, en faisant intervenir les officiers de police judiciaire qui sont les garants du respect du secret professionnel et des droits de la défense, aux termes de l'article 56 du Code de procédure pénale. Par ailleurs le JLD, sous l'autorité duquel la visite a lieu, peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite.

Une fois la visite terminée, le JLD n'est plus compétent et l'entreprise peut alors exercer un recours devant le Premier Président de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle le juge a autorisé les saisies

⁽¹⁷⁾ Loi 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques.

⁽¹⁸⁾ JLD de Lille du 16 décembre 2005, Comité français du gaz et du propane.

(avant la Loi de modernisation de l'économie - LME¹⁹-, le recours était exercé auprès du JLD ayant autorisé les visites et saisies, et l'ordonnance du juge pouvait elle-même faire l'objet d'un pourvoi en cassation) et ce, dans un délai de 10 jours à compter de la remise ou de la réception du procès-verbal et de l'inventaire. L'ordonnance du Premier Président de la Cour d'appel est également susceptible de pourvoi en cassation.

Les effets de ce recours sont cependant limités puisqu'il n'est pas suspensif de l'analyse des pièces saisies par l'Autorité, les enquêteurs pouvant étudier à leur gré tous les documents saisis.

Si le recours aboutit, l'entreprise peut alors obtenir la restitution des documents dont il est établi qu'ils ont été appréhendés irrégulièrement ou en violation des droits de la défense. Ces fichiers ne pourront être utilisés à titre de preuve dans la procédure, mais les enquêteurs auront tout de même pu les consulter entre temps.

La Cour de cassation a considéré dans plusieurs arrêts récents²⁰ qu'il appartient au juge qui ordonne la restitution de ne pas statuer sur des motifs généraux mais de rechercher :

- si les documents et supports d'information saisis concernaient au moins en partie les pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être relevées dans le secteur objet de l'enquête et
 - si cette saisie a été régulièrement effectuée.
- **S'agissant du premier point, c'est-à-dire le contenu des documents :**

La Cour de cassation considère que si l'administration ne peut appréhender que des documents se rapportant aux agissements retenus par l'ordonnance d'autorisation de visite et de saisie, il ne lui est pas interdit de saisir des pièces pour partie utiles à la preuve desdits agissements.

C'est ainsi que dans son arrêt SITA²¹, la Cour de cassation a confirmé le principe de saisie globale des messageries informatiques, considérant que, pour que leur saisie soit licite, elles doivent viser « *au moins en partie* » les pratiques anticoncurrentielles suspectées.

Peu importe donc qu'elles contiennent des informations sans lien avec l'enquête. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que lorsque l'administration saisit une messagerie, elle n'a pas à individualiser sur place les messages entrant dans le champ de l'autorisation judiciaire²².

On aurait pu imaginer que la question de la saisie globale des messageries électroniques évolue avec

l'attribution du recours au Premier Président de la Cour d'appel, tel que résultant de la LME, et que ce dernier prenne une position différente de la Cour de cassation. Mais dans un arrêt du 19 février 2010²³, le Premier Président de la Cour d'appel a confirmé que **le seul fait qu'une messagerie électronique contienne pour partie seulement des éléments entrant dans le champ de l'autorisation judiciaire suffit à valider la saisie globale opérée**. Il a, de plus, confirmé la position de l'administration selon laquelle **la saisie globale est la seule méthode permettant de préserver la conformité et la fiabilité des documents saisis**.

Enfin, toujours concernant le contenu des documents, dans deux arrêts du 13 janvier 2010²⁴ la Cour de cassation a confirmé la décision du JLD estimant que l'article L.450-4 du Code de commerce n'exclut pas du champ des documents pouvant faire l'objet d'une saisie ceux qui seraient de nature à porter atteinte à la protection du secret des affaires. La Cour suprême estime en effet que, conformément à l'article L.463-4 du Code de commerce, la partie mise en cause a la possibilité, en cas de contentieux devant l'Autorité de la concurrence, de demander le retrait ou l'occultation partielle des pièces mettant en jeu ledit secret. En l'espèce, le JLD a considéré la saisie régulière puisque la société demanderesse a sollicité la restitution de l'intégralité des données saisies, mais n'a pas précisé les fichiers dont l'ensemble des documents contenus étaient hors du champ de l'autorisation.

- **S'agissant du second point, relatif à la régularité des saisies :**

La Cour de cassation estime que des documents sont régulièrement saisis lorsque les fichiers ont été identifiés, inventoriés et qu'une copie du CD a été remise aux entreprises pour qu'elles soient en mesure de connaître les données appréhendées²⁵.

Concernant plus particulièrement les inventaires, ils sont considérés comme régulièrement dressés lorsque tous les documents répertoriés dans les différents intitulés ont un rapport certain et direct avec la dénomination choisie pour les regrouper. **Il n'est pas nécessaire que chaque document saisi soit désigné dans l'inventaire**²⁶.

S'agissant enfin de la procédure de mise sous scellés provisoire en cas d'impossibilité de procéder à un inventaire exhaustif sur place, la Cour de cassation a retenu que « **la possibilité de constituer des scellés provisoires est une faculté laissée à l'appréciation des enquêteurs** »²⁷.

* * *

⁽¹⁹⁾ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

⁽²⁰⁾ Cass. crim. 20 mai 2009, n°07-86.437 et Cass.crim. 16 décembre 2009, n°08-86.359.

⁽²¹⁾ Cass.crim. 12 décembre 2007, n°06-81.907.

⁽²²⁾ Cass.crim. 1er juillet 2009, n°07-87080.

⁽²³⁾ CA Versailles, Ordonnance du 19 février 2010, Janssen-Cilag.

⁽²⁴⁾ Cass.crim. 13 janvier 2010, n°07-86228 et n° 07-86229.

⁽²⁵⁾ Cass.crim. 17 juin 2009, n°07-88354.

⁽²⁶⁾ Cass.crim. 14 novembre 2007, n°05-85739.

⁽²⁷⁾ Cass.crim. 17 juin 2009, n° 07-88354.

La jurisprudence semble donc conforter les pratiques procédurales de la DNECCRF auparavant et de l'Autorité de la concurrence en matière de saisies informatiques, bien que ces pratiques aillent à l'encontre de principes admis en matière de saisies de documents sur support papier : principe de spécialité des visites domiciliaires ou encore principe d'insaisissabilité des documents couverts par le « *legal privilege* ».

C'est pourquoi de nombreux auteurs, dont nous sommes, dénoncent ces pratiques et souhaiteraient que la procédure française prenne exemple sur la procédure mise en place par la Commission européenne, plus respectueuse a priori des intérêts en présence.

Il existe en effet de nombreuses différences entre ces deux pratiques.

Une première différence réside dans le temps consacré aux visites qui peuvent s'étaler sur deux

ou trois jours pour la procédure communautaire, laissant ainsi le temps aux enquêteurs de procéder à une véritable sélection préalable des documents sur place.

De plus, lorsque les enquêteurs ne peuvent poursuivre la sélection sur place, une copie des données non vérifiées est alors placée sous enveloppe scellée. Cette enveloppe sera ensuite ouverte en présence de l'entreprise dans les locaux de la Commission afin de poursuivre la sélection.

Mais une différence de taille tient au fait que, lorsque des documents font l'objet de contestations, les documents sont mis sous scellés et les enquêteurs ne peuvent consulter ces documents jusqu'à ce qu'une décision soit prise les concernant, autorisant ou non leur saisie, décision susceptible d'un recours en annulation devant le Tribunal de première instance.





Vers l'alourdissement des sanctions pénales en droit de la concurrence ?

Par Thomas Lamy

Lors de la séance du mardi 9 mars 2010, le Parlement européen, réuni à Strasbourg, a adopté le rapport relatif à la politique de concurrence 2008 qui lui était présenté par l'un de ses membres, la députée hollandaise Sophia Intveld : la résolution²⁸ rédigée à l'issue des débats a été l'occasion, pour le Parlement, de remettre en perspective la politique de sanction de la Commission européenne dans le contexte de la crise mondiale et, surtout, de faire connaître aux commissaires le souhait des députés de voir la politique de sanction des ententes évoluer dans le sens d'une mise en cause personnelle des dirigeants d'entreprises.

A ce propos, on peut citer in extenso les termes de la résolution, qui « souligne que les ententes constituent l'une des plus graves violations du droit de la concurrence, perturbent la chaîne de valeurs, nuisent aux consommateurs, et ont des effets très négatifs sur l'économie ».

Le Parlement, précise le texte de la résolution, « est d'avis que, lorsqu'une même entreprise contrevient à de multiples reprises au droit de la concurrence, il est nécessaire de prendre des mesures de dissuasion plus fermes pour appliquer les règles sur la répression des ententes et lutter contre les abus de position dominante ».

En conséquence, le Parlement « invite la Commission et les Etats Membres à instaurer le principe de la responsabilité individuelle ».

Responsabilité individuelle : si cette tendance venait à se confirmer, il s'agirait là bien évidemment d'une inflexion sensible de la politique de répression mise en œuvre en Europe où, certains Etats Membres faisant exception à la règle (l'Irlande, notamment), le prononcé d'amendes à l'encontre des entreprises s'accompagne fort rarement de la mise en cause concomitante de leurs dirigeants.

En ce qui concerne la France, on rappellera qu'en principe, l'article L.420-6 du Code de commerce punit d'un emprisonnement de 4 ans et/ou d'une amende de 75.000 euros toute personne physique qui « frauduleusement, aura pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre » d'une entente ou d'un abus de domination illicite.

Ainsi qu'on le voit, la mise en cause de la responsabilité pénale des dirigeants reste l'exception et ce n'est finalement que dans l'hypothèse où des manœuvres dissimulatoires et/ou frauduleuses se superposent aux agissements anticoncurrentiels des entreprises que les cadres encourent un renvoi éventuel en correctionnelle.

⁽²⁸⁾ Résolution 2009/2173 du 9 mars 2010.

De fait, la jurisprudence pénale paraît extrêmement peu abondante, quand on rapporte le nombre des citations correctionnelles à celui des ententes examinées chaque année par le Conseil, puis l'Autorité, de la concurrence : le plus souvent, ce sont alors les responsables de cartels horizontaux qui sont mis en cause, notamment lors de la passation de marchés publics²⁹ ; plus généralement, ce n'est que lorsque la mauvaise foi et la malhonnêteté des dirigeants apparaissent de manière aveuglante que les autorités de concurrence envisagent leur renvoi en correctionnelle : à ce propos, il est courant de citer à titre d'exemple la célèbre affaire dite des « boulangers de la Marne »³⁰, à l'occasion de laquelle le Conseil de la concurrence avait reproduit in extenso des échanges pour le moins ... croustillants :

« Le prix du pain est libre, aucune concertation ne peut avoir lieu sur les prix. Ce qu'on fait nous, dans le cadre de l'entente sur les prix du pain est, je peux vous dire, (fermez la porte ... rires dans la salle et dans l'assistance, une personne s'exclame 'arrêtez le micro') ... complètement illégal, c'est pour ça qu'on ne l'écrit pas et qu'on le fait dire ».

De fait, cette relative impunité, dont bénéficient à l'heure actuelle les dirigeants d'entreprises n'est peut-être pas pour rien dans le fait que la prise de conscience du risque antitrust demeure aujourd'hui en Europe et, en particulier, en France, bien plus diffuse qu'elle ne l'est ailleurs, notamment aux Etats-Unis et au Canada, où les ententes cartellisées sont sanctionnées pénalement.

A ce propos, il n'est pas improbable qu'au travers des termes de la résolution précitée, le Parlement européen ait en fait cherché à pointer du doigt cette différence de philosophie qui, dans le monde des sociétés multinationales, ne manque parfois pas de poser quelques difficultés aux avocats spécialisés en droit de la concurrence : tel est le cas, par exemple, en matière de politiques de clémence, les directeurs de branches nord-américaines étant souvent bien plus prompts que leurs homologues européens à dénoncer telle ou telle pratique prohibée ou considérée comme telle et à s'assurer, du même coup, un sauf-conduit pénal.

D'où certaines distorsions, auxquelles la pénalisation systématique du droit de la concurrence permettrait sans doute de remédier.

⁽²⁹⁾ Cf., par exemple, Cassation criminelle, 20 février 2008, n° 02-82.676.

⁽³⁰⁾ Conseil de la concurrence, décision n° 04-D-07 du 11 mars 2004 « relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne ».





Fabricants, vendeurs : n'oubliez pas votre obligation de conseil !

Par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

Tout vendeur a, à sa charge, une obligation contractuelle d'information et une obligation de conseil, ces deux obligations étant très fréquemment amalgamées par la jurisprudence.

Les acheteurs, bien informés de leurs droits, n'hésitent plus à se prévaloir de cette obligation et à agir contre les vendeurs ou fabricants défaillants.

La jurisprudence en la matière est de plus en plus fournie tant au profit de l'acheteur consommateur que de l'acheteur professionnel.

S'agissant de l'acheteur-consommateur, le **Code la consommation**, dès son premier article met en garde le vendeur : « *Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* » (article L.111-1 du Code de la consommation).

Cette obligation est générale puisqu'elle concerne l'ensemble des biens et services mis sur le marché.

Toutefois, le Code de la consommation ne prévoit pas de sanction spécifique en cas de manquement du vendeur à cette obligation.

Cependant, la jurisprudence y pallie en condamnant généralement le vendeur défaillant à **réparer le dommage subi** par l'acheteur, mais aussi en prononçant la **nullité du contrat de vente**.

Une illustration récente de cette jurisprudence nous est donnée par un arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 28 octobre 2009, n° 08-19303, rendu au profit d'un acheteur-consommateur.

Cet arrêt concernait des particuliers qui avaient acheté une plateforme élévatrice destinée à permettre à leur fille handicapée d'accéder au premier étage de leur maison.

La société qui vendait cette plateforme avait proposé de faire installer ce matériel pour un coût de 1.500 €.

Les acheteurs n'avaient pas retenu l'offre du vendeur pour l'installation et avaient eu recours pour ce faire à un cabinet d'ingénierie, lequel avait chiffré le coût d'installation de la plateforme à plus de 15.000 €.

Les acheteurs ont alors assigné le vendeur de la plateforme en annulation de la vente et en indemnisation de leur préjudice sur le fondement des articles 1134, 1147, 1009 et 1110 du Code civil, et L.111-1 du Code de la consommation.

La Cour d'appel de Grenoble ayant fait droit à la demande des acheteurs, le vendeur s'était donc pourvu en cassation.

La Cour de cassation va approuver le raisonnement de la Cour d'appel qui avait comparé les travaux

préconisés par le vendeur de la plateforme et par le Cabinet d'ingénierie et avait constaté que le vendeur n'avait ni étudié la nature de la dalle, ni pris la mesure des travaux nécessaires et n'avait donc pas rempli son obligation de renseignement.

Cela donnait donc le droit aux acheteurs d'invoquer le **vice du consentement** donné par erreur en raison des informations erronées relatives aux qualités substantielles du matériel vendu, en considération desquelles les parties avaient contracté.

Cette sanction est normale : le vendeur s'était engagé dans l'achat de cette plateforme compte tenu du coût d'installation qui lui avait été annoncé par le vendeur. Le vice du consentement était donc avéré et la nullité du contrat s'imposait.

Mais, outre les vices du consentement, la jurisprudence trouve également d'autres fondements pour aboutir à l'anéantissement de la vente.

Ainsi, dans un arrêt du 10 septembre 2009 (Ambrieu c/ SA Lapeyre), la Cour d'appel de Versailles a-t-elle prononcé la résolution de la vente pour **défaut de conformité**, ce défaut de conformité faisant suite à un manquement du vendeur à son obligation de conseil.

En l'espèce, un particulier avait acquis auprès des menuiseries industrielles Lapeyre des fenêtres et portes-fenêtres en vue de leur installation dans son appartement situé dans une résidence en copropriété.

La Cour avait d'abord noté que le devis descriptif des menuiseries Lapeyre était imprécis et prêtait à confusion auprès d'un profane.

La Cour en avait tiré comme conséquence qu'aucun défaut de vérification de sa commande ne pouvait être reproché dans ce cas à l'acheteur profane.

Par ailleurs, les menuiseries installées par Lapeyre n'étaient pas identiques à celles posées sur le reste de l'immeuble alors que la SA Lapeyre avait dépêché un technicien sur place pour prendre toutes les cotes dans le cadre de la commande.

La Cour note alors que ce technicien ne pouvait manquer de noter « *l'évidente nécessité de contribuer à l'esthétique générale et à l'harmonie des façades de l'immeuble en fournissant des portes-fenêtres et des fenêtres identiques d'aspect à celles entourant de toutes parts les lots de l'acheteur* ».

La Cour constate en outre que la société Lapeyre, par l'intermédiaire de son partenaire ou sous-traitant poseur ne pouvait méconnaître la nécessité de se conformer aux règles de la copropriété.

La Cour va donc sanctionner la société Lapeyre au motif que « *l'obligation de conseil du vendeur lui impose de s'enquérir des besoins de son acheteur et d'informer ensuite celui-ci des contraintes tech-*

niques de la chose vendue et de son aptitude à atteindre le but recherché [...] ; Que la société Lapeyre ne pouvait ignorer qu'au sein d'une copropriété la préservation de l'harmonie des façades d'un immeuble résidentiel est l'un des impératifs de la rénovation des parties de celle-ci ».

On voit donc ici que l'étendue du devoir de Conseil du professionnel envers l'acheteur profane est appréciée de façon particulièrement sévère par la Cour, nonobstant un devis certes incomplet et erroné mais approuvé par l'acheteur, a écarté l'argument de la société Lapeyre sur le défaut de vérification de la commande par l'acheteur et se fondant sur « *la grande expérience dans le domaine des ouvrages bois en tous genres de cette société* », a prononcé la résolution de la vente pour défaut de conformité.

L'obligation de conformité dont il s'agit ici implicitement est celle découlant de l'article 1603 du Code civil qui fait obligation au vendeur de délivrer et de garantir la chose qu'il vend.

Le manquement à l'obligation de délivrance peut être sanctionné par la résolution de la vente sur le fondement des articles 1610 ou 1184 du Code civil, mais dans ce cas, la résolution n'est pas une obligation pour le juge qui dispose d'un pouvoir d'appréciation sur la sanction qu'il y a lieu d'appliquer (résolution totale ou partielle, allocation de dommages et intérêts etc.).

Si l'acheteur-consommateur, réputé être la partie faible de la relation contractuelle, bénéficie d'une appréciation sévère par la jurisprudence de l'obligation de conseil pesant sur le vendeur, **celui qui achète pour les besoins de sa profession est lui aussi en droit de se prévaloir d'un défaut de conseil ou d'information de la part de son cocontractant.**

Deux arrêts récents, rendus en janvier 2010, en sont la démonstration :

Dans le premier arrêt, rendu le 13 janvier 2010 (Cassation civile, 3^e, n° 07-15.915) était en cause le défaut de conseil de la société Dupont de Nemours qui avait produit et fourni un matériau synthétique devant entrer dans la composition d'un produit industriel mis en vente à grande échelle par une société Castel, en l'espèce des chapes d'accrochage. Ces chapes d'accrochage de faux plafonds avaient ensuite été mises en place dans un bâtiment frigorifique réalisé par une société Eurisol en sa qualité d'entrepreneur.

A la suite de la chute de deux plafonds suspendus, le propriétaire des bâtiments avait mis en cause l'entrepreneur qui avait appelé en garantie les sociétés Castel et Dupont de Nemours.

Après avoir noté que le matériau en question était inadapté et insuffisamment éprouvé pour le type de plafond suspendu mis en œuvre, que la société Dupont de Nemours fabricante de ce matériau ne produisait aucun document portant sur une quelconque mise en garde, ni ne justifiait s'être souciee des contraintes effectives auxquelles serait exposée la matière qu'elle fournissait, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir retenu que

« Dupont de Nemours n'ignorait pas le projet particulier de la société Castel dont elle mesurait l'ambition et que cette société avait manqué à son obligation de conseil en n'attirant pas spécialement l'attention de son cocontractant sur les limites du matériau en question pour ce projet spécifique ».

La responsabilité du fabricant-vendeur a donc ici été retenue pour ne s'être pas suffisamment préoccupé de la finalité du matériau qu'il avait vendu en vue de son incorporation dans une fabrication industrielle.

Il est intéressant ici de noter que le fournisseur de la matière première, la société Dupont de Nemours, s'était défendu en soutenant qu'elle avait remis à son acheteur professionnel les fascicules techniques précisant qu'il était essentiel « *lors de la conception de pièces plastiques, d'analyser avec soin l'application, d'utiliser les informations existantes qui s'en rapprochent au plus près, de réaliser un prototype et de l'essayer dans les conditions de service* ».

Cette mise en garde n'a apparemment pas été jugée suffisante, ni par la Cour d'appel de Douai, ni par la Cour de cassation compte tenu de la connaissance qu'avait la société Dupont de Nemours du projet spécifique de la société Castel.

Le second exemple de l'appréciation du devoir de conseil d'un professionnel à l'égard d'un autre résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon le 19 janvier 2010 (Protheau c/Frans Bonhomme).

Dans cette affaire, une société horticole avait fait appel à la société Frans Bonhomme pour réaliser un système de chauffage de serres par circulation d'eau à basse température dans le sol.

La société horticole avait acquis auprès du même vendeur les tubes et raccords nécessaires à l'installation du système de chauffage.

La société horticole avait elle-même mis en place ces tubes et raccords.

Lors de la première mise en eau, des fuites étaient apparues au niveau des raccords, ce qui avait conduit la société horticole à assigner la société Frans Bonhomme en paiement des coûts de travaux de mise en conformité de l'installation de chauffage et en indemnisation de son préjudice économique.

Une expertise judiciaire avait déterminé que l'origine des fuites se trouvait dans l'inadéquation des raccords avec les tuyaux annelés utilisés dans le système de chauffage au sol.

La Cour d'appel a considéré que **la société Frans Bonhomme avait manqué au devoir de conseil qui pesait sur elle** quant à la mise en œuvre d'un système acquis par un horticulteur.

Sur le fondement de l'article 1147, la société Frans Bonhomme **est donc condamnée à assumer les travaux de remise en état** au motif qu'« *elle n'aurait pas dû vendre des éléments incompatibles entre eux ou à tout le moins, dans l'hypothèse où son client l'aurait exigé, ce qui en l'espèce n'est pas démontré, le mettre très spécifiquement en garde*

contre les conséquences pouvant résulter de l'inadéquation, en termes d'étanchéité, entre les tubes et les raccords vendus ».

Ces arrêts démontrent que le vendeur ou le fabricant d'un matériel spécifique ou non, a l'obligation de s'informer des besoins de son client avant de procéder à la vente.

La jurisprudence examine dans le détail les circonstances de fait qui auraient pu ou auraient dû permettre au vendeur ou au fabricant de déconseiller tel ou tel produit, ou de mettre en garde l'acquéreur sur les limites du produit en question.

Cela signifie également que le vendeur ne peut se contenter des seules informations fournies spontanément par l'acheteur qui, en sa qualité de profane, peut très bien ne pas mesurer la pertinence de telle

ou telle information qui serait nécessaire au vendeur ou au fabricant.

Il y a donc une vraie obligation de la part du vendeur ou du fabricant de s'enquérir de la destination finale du produit, des conditions de sa mise en œuvre et de son environnement.

Cette obligation sera d'autant plus renforcée que le produit est technique ou innovant, ou que sa mise en œuvre est complexe.

Le vendeur ou le fabricant doit donc avoir un rôle actif dans la connaissance du besoin de son cocontractant.

Cela implique, à la charge du vendeur et du fabricant, un véritable effort de formation technique et d'information de son personnel.





L'enregistrement à titre de marque de la forme d'un produit ou de son conditionnement n'est pas un jeu d'enfant !

Par Emmanuelle Laur-Pouëdras

La construction jurisprudentielle récente en matière de marques tridimensionnelles va s'enrichir très prochainement d'une nouvelle brique juridique avec un arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) saisie au sujet du fameux jeu de construction Lego.

D'une façon générale, l'accessibilité des formes au rang de marque tridimensionnelle apparaît limitée.

Néanmoins, les entreprises rivalisent d'imagination et ont ainsi pensé à enregistrer des formes de produits ou de conditionnements à titre de marque dont l'objectif est que le consommateur, face à de telles formes, identifie immédiatement le produit. Dans le domaine de l'alimentation ou de la parfumerie, les marques tridimensionnelles intéressent tout particulièrement les entreprises car elles permettent d'identifier clairement l'origine des produits que le signe vise et ainsi, de les distinguer des produits concurrents.

L'enregistrement d'une marque tridimensionnelle est possible et expressément prévu. Ainsi, l'article L.711-1 du Code de la Propriété intellectuelle précise que peuvent notamment constituer une marque : « *les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service* ».

Cette ouverture est cependant aussitôt restreinte par l'article suivant du même code (article L.711-2 c.) qui énonce que sont dépourvus de caractère distinctif « *les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle* ».

Au niveau communautaire, c'est l'article 7(1)(e) du Règlement CE sur les marques communautaires³¹ (ci-après « RMC ») qui restreint l'enregistrement à titre de marque des signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature même du produit ou par la forme du produit nécessaire à l'obtention d'un résultat technique.

Ainsi, non seulement la marque tridimensionnelle doit être non descriptive et distinctive, mais elle doit de plus ne pas être imposée par la nature du produit ou par sa fonction.

Avec une telle limitation, peu de formes ont vocation à devenir des marques tridimensionnelles !

La préoccupation des offices des marques et des juridictions est de laisser de libre utilisation des formes qui peuvent s'avérer utiles à un grand nom-

bre d'opérateurs notamment parce que leurs caractéristiques essentielles répondent à une fonction technique et sont attribuables au résultat recherché.

Les offices de marques et les juridictions ont ainsi pu refuser, dans l'affaire Philips³², le dépôt à titre de marque tridimensionnelle d'un rasoir à trois têtes sur le fondement de l'article 7(1)(e)(ii) du RMC au motif qu'une telle forme avait été conçue pour atteindre un résultat technique.

Dans cet arrêt, a été rejeté l'argument de Philips qui insistait sur le fait que le résultat obtenu par le rasoir en question, ne pouvait être obtenu par d'autres produits sur le marché. La Cour a cependant précisé que le seul fait qu'une forme soit uniquement ou principalement fonctionnelle, suffit à refuser son enregistrement en tant que marque.

Quelles sont les conditions d'acceptation d'une marque tridimensionnelle ?

En premier lieu, une forme peut être enregistrée si elle n'a pas été choisie ou conçue pour remplir une fonction particulière du produit ou si sa nature n'impose pas une telle forme.

En second lieu, pour les formes comportant une certaine fonctionnalité, l'arrêt Philips laisse une porte ouverte en indiquant qu'« *un signe composé de formes dont les caractéristiques sont fonctionnelles et attribuables aux résultats techniques (...) peut échapper à la censure (...) dans la mesure où ce signe est composé en outre d'autres formes non fonctionnelles, indépendantes du résultat technique et qui sont d'une distinctivité suffisante pour, aux yeux de la clientèle, individualiser parmi les produits concurrents les produits sur lesquels le signe est opposé* ».

Si la forme est fonctionnelle mais que son aspect a été guidé principalement par des critères arbitraires non fonctionnels (par exemple esthétiques), alors une telle forme pourra être enregistrée. Tel est le cas de la forme du fameux stylo à bille cristal de marque BIC.

Dans l'arrêt Philips, la Cour a précisé que la forme devait être d'une « *distinctivité suffisante* ». Cette exigence est requise pour tous les signes. Le signe doit être distinctif d'une part, au regard du produit ou service concerné mais également, selon la perception que les consommateurs ont de ce signe.

C'est sur ce motif d'absence de distinctivité que des décisions récentes de refus ont été rendues en matière de forme.

⁽³¹⁾ Règlement CE n°40/94 du Conseil du 20 décembre 1993.

⁽³²⁾ CJCE du 18 juin 2002, n° C-299/99.

Dans un arrêt du Tribunal de l'Union européenne (TUE) du 10 mars 2009³³, la société Piccoli s'est vue refuser le dépôt de la forme d'une coquille Saint Jacques striée en matière de préparations faites de céréales, pâtisserie, confiserie et glaces au motif que la forme n'était pas de nature à retenir l'attention du public concerné et à lui permettre de distinguer les produits de la requérante de ceux ayant une autre origine. Le Tribunal précise que pour pouvoir être déposée, l'impression d'ensemble de la forme doit pouvoir diverger de manière significative de la norme ou des habitudes du secteur.

Dans une autre affaire du 5 mai 2009³⁴, le Tribunal a refusé le dépôt d'une forme consistant dans l'assemblage de saucisses en forme de bretzel au motif que l'assemblage de charcuterie est une pratique courante dans le secteur, ne permettant pas aux consommateurs d'identifier l'origine commerciale du produit.

Enfin, un dernier exemple en matière de bouteille de parfum³⁵ reprend l'argumentation développée par les juges communautaires en matière de bouteille de boisson, qui estimaient que ne pouvait être considérée comme distinctive une bouteille d'apparence simple et courante.

En dépit de ces refus d'enregistrement de formes, fondés sur l'absence de distinctivité ou sur la fonctionnalité du produit, les sociétés tentent de forcer l'évolution de la pratique des autorités et des juridictions.

C'est le cas notamment de Lego qui après avoir déposé comme marque en 1996 auprès de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI), l'emblématique brique de construction, s'est vue annuler son enregistrement en 2004, après la plainte de l'un de ses concurrents, MEGA Brands, sur le fondement de l'article 7(1)(e)(ii).

L'OHMI a estimé que la brique rouge Lego était constituée exclusivement de la forme du produit, nécessaire à l'obtention d'un résultat technique. L'appel de Lego devant la chambre de recours de l'OHMI a été rejeté.

Lego a ensuite porté le litige devant le Tribunal de l'Union européenne en vue de réformer la décision

d'annulation d'enregistrement de la marque par l'OHMI.

Le Tribunal de l'Union européenne³⁶ n'a pas accueilli les arguments de Lego portant notamment sur l'interprétation erronée qu'aurait faite l'OHMI des mots « *exclusivement* » et « *nécessaire* » de l'article 7(1)(e)(ii). Le TUE insiste sur le fait que les opinions des consommateurs n'étaient pas pertinentes dans l'appréciation de la fonctionnalité des caractéristiques essentielles du produit ainsi que sur le fait qu'il ne suffisait pas qu'une forme contienne des aspects non essentiels à son fonctionnement pour qu'elle ne puisse être considérée comme rentrant dans la catégorie des marques refusées de l'article 7(1)(e)(ii).

Lego a alors formé un recours devant la CJUE, dernière voie qui lui était désormais ouverte au niveau communautaire.

Le 26 janvier dernier, l'avocat général a rendu ses conclusions.

Il rejoint l'analyse du TUE et fait directement référence à l'arrêt Philips quant au refus d'enregistrement lié à la fonctionnalité du produit.

L'avocat général estime que toutes les caractéristiques, essentielles ou non, de la brique sont fonctionnelles et doivent, par conséquent, rester à la disposition de tout fabricant de jouets. Cette fonctionnalité apparaît aux yeux de l'avocat général, comme un « *obstacle préliminaire* » et l'examen de la distinctivité du produit Lego devient inutile dans un tel cadre. Enfin, l'avocat général, s'appuyant une nouvelle fois sur les principes dégagés par la jurisprudence Philips, indique que « *la démonstration de l'existence d'autres formes permettant d'obtenir le même résultat technique n'écarte pas le motif de refus ou de nullité d'enregistrement* ».

Une telle appréciation semble particulièrement rigoureuse à moins que cette perception ne soit faussée par une part de sentimentalisme inhérente à cette affaire qui concerne la brique Lego, laquelle aura accompagné l'enfance d'un grand nombre d'entre nous...

Notons que la CJUE suit les conclusions de l'avocat général dans 80% des cas. Les juges suivront-ils cet avis : la suite - et la fin - de l'affaire Lego est évidemment attendue avec grand intérêt !

⁽³³⁾ TUE du 10 mars 2009, n° T-8/08.

⁽³⁴⁾ TUE du 5 mai 2009, n° T-449/07.

⁽³⁵⁾ TUE du 5 mai 2009, n° T-104/08.

⁽³⁶⁾ TUE du 12 novembre 2008, n° T-270/06.



Interdiction des loteries et pratiques commerciales déloyales : l'arrêt du 14 janvier 2010 de la Cour de justice de l'Union Européenne³⁷

Par *Eléonore Camilleri*

Dans le prolongement de son arrêt du 23 avril 2009 ayant déclaré contraire à la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 « *relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur* » l'interdiction de principe des « *offres conjointes* » posée par la réglementation belge³⁸, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) se prononce sur l'interdiction générale des loteries prévue par la loi allemande.

* * *

Dans cette affaire, une entreprise allemande de vente au détail, dénommée Plus, avait lancé une campagne promotionnelle intitulée « *Votre chance de gagner des millions* » (« *Ihre Millionenchance* ») incitant les consommateurs à venir dans ses magasins acheter des produits leur permettant d'accumuler des points. Un cumul de vingt points permettait de participer à une loterie.

L'association allemande de lutte contre la concurrence déloyale (*Wettbewerbszentrale*) avait alors saisi le Tribunal régional de Duisburg afin qu'il ordonne à la société Plus la cessation de ladite pratique, en se fondant notamment sur l'article 4, point 6 de la loi allemande sur la répression de la concurrence (*ci-après UWG*), qui prévoit en substance que :

« *Se rend coupable d'actes déloyaux (...)*
notamment toute personne :

[...]

6. qui fait dépendre la participation des consommateurs à un concours promotionnel ou à un jeu promotionnel de l'acquisition d'un bien ou d'un service, à moins que le concours ou le jeu ne soit intrinsèquement lié audit bien ou service ».

Après avoir été condamnée en première instance et en appel, la société Plus a introduit un « *pourvoi en révision* » devant la Cour fédérale de justice allemande (*le Bundesgerichtshof*).

Cette dernière a alors posé une question préjudicielle à la CJUE portant sur le point de savoir si la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 « *relative aux pratiques commerciales déloyales des entre-*

prises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur » doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que l'UWG, qui prévoit une interdiction de principe, sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, des pratiques commerciales faisant dépendre la participation des consommateurs à un concours ou à un jeu promotionnel à l'acquisition préalable d'un bien ou d'un service.

En reprenant point par point les principes d'ores et déjà dégagés par son arrêt du 23 avril 2009 relatif à l'interdiction belge des « *offres conjointes* », la CJUE, précise, en tout logique, que subordonner la participation à une loterie à l'achat de produits ne constitue pas automatiquement une pratique commerciale déloyale, dès lors qu'une telle pratique ne figure pas dans la liste exhaustive des 31 pratiques déloyales *per se* de l'annexe I de la directive.

Elle en déduit qu'une telle campagne promotionnelle ne saurait être interdite par le droit national sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce.

La raison en est, ainsi que l'avait déjà précisé la Cour dans son arrêt du 23 avril 2009, que la directive du 11 mai 2005 procède à une « *harmonisation complète* » de la matière, ce qui interdit aux États membres d'adopter des mesures plus restrictives que celles définies par cette directive, même aux fins d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs.

Force est de constater que si cette décision concerne en premier lieu la législation allemande, elle est parfaitement transposable au droit français qui prévoit une interdiction de principe similaire à celle prévue par la loi allemande.

Rappelons à cet égard que la loi du 21 mai 1836 « *portant prohibition des loteries* » modifiée à de très nombreuses reprises mais toujours en vigueur, pose une interdiction générale des loteries (« *les loteries de toute espèce sont prohibées* ») et l'accompagne d'une sanction particulièrement sévère, à savoir une peine de deux ans d'emprisonnement et 60 000 euros d'amende.

Les articles L.121-36 et suivants du Code de la consommation prévoient également une interdiction de principe des loteries promotionnelles avec obligation d'achat et font peser un certain nombre d'obligations strictes d'information sur les organisateurs de loteries gratuites réalisées par voie d'écrit.

⁽³⁷⁾ CJUE, 14 janvier 2010, C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV /Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*.

⁽³⁸⁾ Aff. C-261/07 et C-299-07, *VTM-VAB NV c/ Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma Magazines Belgium NV*. [Cf. *Flash concurrence MG Avocats n°2 du mois d'avril 2009 et son actualisation du mois de juin 2009*].

Les juridictions françaises prendront certainement acte de la position de la CJUE en écartant l'application de la réglementation française interdisant par principe toute loterie payante. C'est d'ailleurs ce qu'elles ont fait s'agissant des ventes dites « *liées ou subordonnées* » à la suite de l'arrêt du 23 avril 2009 précité concernant l'interdiction belge des offres dites « *conjointes* ». En effet, dans les affaires « *Orange Sport* » du 14 mai 2009³⁹ et, plus récemment, « *UFC Que Choisir / Darty* » du 26 novembre 2009⁴⁰, la Cour d'appel de Paris a, sans ambages, refusé d'appliquer l'article L.122-1 du Code de la consommation et procédé à une analyse du caractère déloyal des offres subordonnées compte tenu des circonstances de chaque espèce, au regard des critères posés aux articles 5 à 9 de la directive. [Cf. **Lettre MG Avocats de janvier-février 2010 page 8**]

⁽³⁹⁾ CA Paris, 14 mai 2009, ch. 5, n° RG : 09/03660, SA France Telecom c/ SAS Free et autres.

⁽⁴⁰⁾ CA Paris, 26 novembre 2009, ch. 5, n° RG : 08/12771, SAS Darty c/ Association UFC Que Choisir et autres.

Mais bien au-delà de cette problématique propre aux loteries, il semble résulter des arrêts des 23 avril 2009 et 14 janvier 2010 de la CJUE que toutes les interdictions de principe des pratiques commerciales vis-à-vis des consommateurs doivent désormais être considérées comme inapplicables pour incompatibilité avec la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales.

A cet égard, une clarification législative du droit français de la promotion des ventes semble désormais nécessaire en termes de sécurité juridique que peuvent attendre légitimement les entreprises et ce, même si cela engendre, vu le nombre et l'importance des dispositions concernées, une véritable refonte de notre Code de la consommation.

La France a d'ailleurs reçu, dès le mois de juin 2009, une mise en demeure de la Commission Européenne à cet égard mais n'y a toujours pas répondu officiellement.

En tout état de cause, la jurisprudence de la CJUE augure d'ores et déjà une marge de manœuvre considérablement plus grande pour les organisateurs d'opérations promotionnelles...





La détention de gamme : vrai service mais fausse coopération commerciale

Par Nicolas Geay

Depuis plusieurs années maintenant, la DGCCRF a multiplié ses actions à l'encontre des distributeurs en se fondant essentiellement sur l'interdiction des pratiques discriminatoires - laquelle n'existe toutefois plus aujourd'hui en tant que pratique restrictive de concurrence - et sur l'article L.442-6-I-2-a° du Code de commerce, devenu après la Loi de Modernisation de l'Économie du 4 août 2008, l'article L.442-I-1° du même code, interdisant à tout opérateur économique « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu* ».

C'est sur ce fondement que la DGCCRF a pu faire condamner dans des dossiers retentissants, des grandes enseignes de la distribution comme Leclerc ou Système U à des amendes significatives, mais surtout à la restitution aux fournisseurs, par son intermédiaire, des sommes indûment perçues par elles au titre de services « *fictifs* ».

La DGCCRF n'a toutefois pas toujours été suivie par les tribunaux. C'est ainsi que dans un arrêt remarqué *Société Vierzon Distribution* du 20 février 2007, la Cour de cassation a pu considérer que la circonstance qu'un service concerne les conditions de gestion d'un rayon, un « *fournisseur pouvant avoir des exigences spécifiques concernant la présence de ses produits dans ce rayon, est insuffisant pour établir que ce service est assimilable à la mise en rayon, fonction non susceptible d'une rémunération au titre de la coopération commerciale* ».

Elle considérait alors que « *la "détention de gamme" par laquelle le fournisseur est assuré de la présence dans les linéaires d'une partie importante ou de l'intégralité de sa gamme de produits constitue une prestation spécifique, que plusieurs fournisseurs de la société Vierzon Distribution attestent de la réalité des services rendus et de l'efficacité de son action commerciale* », et qu'une telle prestation peut donc faire l'objet d'une rémunération.

Ce faisant, la Cour de cassation avait introduit une certaine ambiguïté.

En effet, alors que la Cour de cassation, qui était uniquement interrogée sur le point de savoir si c'était à bon droit que la Cour d'appel avait pu considérer que l'attribution d'un avantage financier au distributeur était justifiée par une contrepartie (ce que la DGCCRF contestait sur le fondement de

l'article L.442-I-6-1 du Code de commerce précité), elle faisait également état de l'existence d'un « *service spécifique* » de la part du distributeur s'agissant de la « *détention de gamme* », certainement pour souligner davantage l'existence d'une contrepartie réelle à la rémunération versée par le fournisseur.

Or, certains n'avaient pas manqué de rechercher cette précision et y voyaient une reconnaissance par la Cour de cassation de ce que l'engagement de « *détention de gamme* » devait être considéré comme un service de coopération commerciale.

Il faut d'ailleurs se souvenir qu'à l'époque des faits et jusqu'en 2005, l'article L.441-6 du Code de commerce visait sous la dénomination de « *services spécifiques* » les services de coopération commerciale.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 novembre 2009 vient apporter un éclairage intéressant sur ce point. En l'espèce, le représentant légal de la société Provera (CORA/MATCH) était poursuivi pour avoir facturé à certains de ses fournisseurs une prestation de coopération commerciale correspondant à l'engagement de maintenir en exposition un échantillonnage complet de gammes, dénommée service de « *négo centralisée, suivi de gamme* » ou encore de « *détention de gamme, suivi de gamme* ».

Pour sa défense, celui-ci se prévalait de ce que les services de « *détention de gamme* » ou de « *suivi de gamme* » constituaient « *des services qui relèvent de la coopération commerciale puisqu'ils visent bien à stimuler les ventes du produit du fournisseur auprès du consommateur [...] position selon lui d'ailleurs reconnue par la Cour de cassation pour la détention de gamme* », faisant manifestement référence à l'arrêt précité de la Cour de cassation du 20 février 2007.

La Cour d'appel ne le suit toutefois pas, et fait prévaloir l'analyse de la DGCCRF qui ne contestait pas la réalité de ces prestations, mais considérait au terme d'une enquête rigoureuse portant sur l'analyse des contrats et des factures de coopération commerciales litigieuses, que les prestations rendues n'avaient rien de spécifiques, et qu'il s'agissait en réalité « *de simples obligations générales résultant des achats et des ventes de produits* » qui auraient dû être facturées sous forme de réduction de prix relevant de la facture des fournisseurs.

Elle condamne donc le représentant légal de la société Provera sur le fondement de l'article

L.441-3 du Code de commerce pour ne pas avoir réclamé à ses fournisseurs des factures comportant la réduction de prix liée à la prestation rendue par Provera - qu'elle leur avait par ailleurs facturée à tort - car il ne faut pas oublier qu'en matière de facturation, il existe une coresponsabilité du distributeur et du fournisseur quant à l'établissement d'une facture conforme à la loi.

→ Il en résulte finalement que si la détention de gamme est bien une prestation pouvant être rémunérée, ce que la Cour de cassation avait

déjà admis, elle ne saurait en revanche être rémunérée par le fournisseur sur présentation d'une facture du distributeur faute d'être une prestation spécifique et donc une prestation de coopération commerciale, ce qui est d'autant plus vrai aujourd'hui compte tenu de la définition donnée à ces services par l'article L.441-7-I-2° du Code de commerce.

La détention de gamme doit donc être rémunérée au moyen d'une réduction de prix et relève de la facture du fournisseur !





Suite et fin (?) de la saga Microsoft

Par Sarah Darmon

Depuis le début du mois de mars 2010, Microsoft propose progressivement à tous les utilisateurs européens de son navigateur web, Internet Explorer, de télécharger un outil concurrent. Tous les utilisateurs de Windows qui utilisent Internet Explorer comme navigateur par défaut voient s'afficher un écran les invitant à choisir, entre quatre navigateurs supplémentaires, à savoir Apple Safari, Google Chrome, Mozilla Firefox et Opera, qui sont affichés de manière bien visible à côté d'Internet Explorer, et six autres navigateurs⁴¹, qui s'affichent à l'aide de la barre de défilement horizontal.

Microsoft s'engage également à offrir aux fabricants et utilisateurs d'ordinateurs la possibilité de désactiver Internet Explorer. Enfin, le géant informatique publie un engagement public en vertu duquel il promet de divulguer un grand nombre d'informations relatives à l'interopérabilité.

C'est la décision de la Commission européenne du 16 décembre 2009⁴² qui a rendu juridiquement contraignants ces engagements offerts par Microsoft afin de dynamiser la concurrence. Elle fait suite à la communication des griefs adressée par la Commission à Microsoft le 15 janvier 2009. La Commission y exposait ses préoccupations selon lesquelles la vente liée par Microsoft de son navigateur web Internet Explorer à celle du système d'exploitation Windows pour PC pourrait enfreindre les dispositions de l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

En effet, cette vente liée, qui a pour effet d'équiper de l'Internet Explorer 90% des PC dans le monde, porte préjudice à une concurrence par les mérites entre navigateurs web concurrents, dès lors qu'elle confère à Internet Explorer un avantage artificiel en matière de distribution, avantage que les autres navigateurs sont incapables d'offrir.

La Commission a également considéré à titre préliminaire que cette vente liée freinait l'innovation sur le marché et incitait artificiellement les concepteurs de logiciels et les fournisseurs de contenus à concevoir leurs produits ou leurs sites web principalement pour Internet Explorer.

Ainsi que l'a déclaré Neelie Kroes, commissaire chargée de la concurrence :

⁽⁴¹⁾ Avant Browser, Flock, Green browser, K-Meleon, Maxthon, Sleipnir, et Slim Browser (Cf. IP/10/216).

⁽⁴²⁾ Affaire COMP/C-3/39.530 – Microsoft (vente liée).

« Cette décision profitera à des millions de consommateurs européens en leur permettant de choisir librement leur navigateur web. Ce choix permettra non seulement d'améliorer dès aujourd'hui l'expérience que les utilisateurs font d'internet, mais il incitera aussi les concepteurs à innover et à proposer de meilleurs navigateurs pour l'avenir »⁴³.

La décision de la Commission repose sur les principes juridiques et économiques établis précédemment dans l'arrêt rendu par le Tribunal de première instance (TPI) le 17 septembre 2007⁴⁴ et dans lequel Microsoft avait également été mis en cause. Dans cette affaire, le Tribunal a confirmé la décision de la Commission du 24 mars 2004 établissant que Microsoft avait abusé de sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC en liant le lecteur Windows Media à son système d'exploitation Windows.

Selon cette décision du TPI⁴⁵, pour qu'une pratique de vente liée soit interdite en vertu de l'article 102 TFUE, les éléments suivants doivent être présents :

- (a) les produits « *liant* » et « *lié* » sont deux produits distincts,
- (b) l'entreprise dont le comportement est incriminé occupe une position dominante sur le marché du produit liant,
- (c) l'entreprise dont le comportement est incriminé ne propose aux consommateurs d'autre choix que celui d'obtenir le produit lié automatiquement avec le produit liant,
- (d) la vente liée est susceptible de restreindre la concurrence.

La Commission, dans sa décision précitée du 16 décembre 2009⁴⁶, en reprenant ces critères, a estimé qu'Internet Explorer et Windows étaient des produits distincts, que Microsoft détenait une position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients, qu'aux plans technique et contractuel, les fabricants d'ordinateurs et les utilisateurs finals ne pouvaient obtenir

⁽⁴³⁾ IP/09/1941.

⁽⁴⁴⁾ Affaire T-201/04, Microsoft contre Commission, rec. 2007, p. II-3601, points 842, 869 et 1058.

⁽⁴⁵⁾ Affaire T-201/04, Microsoft contre Commission, rec. 2007, p. II-3601, points 842, 869 et 1058.

Voir aussi la Communication de la Commission « Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes », JO C 45 du 24.02.2009, point 50.

⁽⁴⁶⁾ Affaire COMP/C-3/39.530 – Microsoft (vente liée), Point 36.

Windows sans Internet Explorer et que la vente liée était susceptible de restreindre la concurrence par les mérites entre navigateurs web.

La Commission est arrivée à la conclusion préliminaire que la vente liée avait permis à Microsoft de maintenir sa part de marché en dépit du fait qu'elle n'avait pas amélioré Internet Explorer 6.0 durant de nombreuses années et que ni Internet Explorer 7, ni les versions antérieures ne semblent avoir été supérieures à leurs principaux concurrents, en particulier au navigateur web Firefox⁴⁷.

Elle a également considéré que la vente liée d'Internet Explorer, en plus de renforcer la position de Microsoft sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients, incitait artificiellement les créateurs de contenus web et les concepteurs de logiciels à optimiser leurs produits prioritairement pour Internet Explorer⁴⁸.

Ainsi, en vertu de l'article 9 §1 du règlement (CE) n° 1/2003, la Commission a rendu obligatoires les engagements offerts par Microsoft.

Les principaux engagements sont les suivants :

1) Microsoft a accepté de doter Windows au sein de l'Espace Economique européen (EEE) d'un mécanisme qui permet aux OEM (« *Original Equipment Manufacturers* ») et aux utilisateurs finals d'activer ou de désactiver Internet Explorer ;

2) Selon les engagements offerts par Microsoft, les OEM pourront librement préinstaller le(s) navigateur(s) web de leur choix sur les PC qu'ils fournissent et en faire le navigateur web par défaut. Microsoft ne contournera les engagements par aucun moyen, et ne prendra pas de mesures de représailles à l'égard des OEM pour avoir installé des navigateurs web concurrents ;

3) Microsoft a proposé de diffuser, auprès des utilisateurs de PC équipés de Windows au sein de l'EEE, au moyen de Windows Update, une mise à jour logicielle consistant en un écran multi-choix. Les utilisateurs de Windows XP, Vista et 7 dont le navigateur par défaut est Internet Explorer et qui ont souscrit à Windows Update verront cet écran s'afficher, qui leur proposera un choix de navigateurs web et leur fournira des liens leur permettant d'obtenir davantage d'informations concernant les navigateurs web affichés sur l'écran ;

La Commission a décidé qu'au vu des engagements rendus obligatoires pour Microsoft, il n'y a, pour elle, plus lieu d'agir. La Commission ne conclut pas sur le point de savoir si la conduite de Microsoft constituait une infraction. Cependant, sa décision lie juridiquement Microsoft aux engagements qu'elle a proposés et met fin à l'enquête de la Commission. La décision sera contraignante

pour Microsoft pour une période de cinq ans à compter de la date de son adoption. Si Microsoft devait manquer à ses engagements, la Commission pourrait lui infliger une amende équivalant à 10% maximum de son chiffre d'affaires annuel total, sans avoir à prouver l'existence d'une quelconque violation des règles de l'UE relatives aux ententes et aux abus de position dominante.

Joaquin Almunia, membre de la Commission européenne chargé de la concurrence, a déclaré au sujet des engagements de Microsoft⁴⁹ :

« Les navigateurs web sont la porte d'entrée d'Internet. En offrant aux consommateurs la possibilité de passer à un navigateur autre que celui qui est inclus dans Windows, ou de l'essayer, la concurrence et l'innovation augmenteront dans ce domaine important, au profit des utilisateurs européens d'Internet. Une plus grande concurrence entre navigateurs web devrait aussi encourager l'utilisation des standards web ouverts, qui sont indispensables au développement toujours plus poussé d'un internet ouvert ».

La mise en œuvre de ses engagements par Microsoft a déjà produit ses effets. Opera Software, qui était à l'origine de la plainte déposée devant la Commission, a fait état d'une forte augmentation des téléchargements de son navigateur internet : les téléchargements d'Opera auraient plus que triplé dans les principaux pays européens, comme la Belgique, la France, l'Espagne, la Pologne et le Portugal⁵⁰.

Google, l'éditeur de recherche le plus populaire actuellement, se félicite lui aussi des engagements de Microsoft. Il n'a mis à disposition son navigateur, Chrome, que très récemment. Néanmoins, en dix-huit mois, Chrome a réussi à acquérir presque 5% de parts de marché⁵¹.

Bien que le marché des navigateurs ne soit pas très lucratif (les navigateurs sont généralement proposés gratuitement et leurs éditeurs se rémunèrent, assez modestement, avec des reversements des moteurs de recherche au titre du trafic qu'ils leur rapportent), les enjeux sont néanmoins considérables. Le navigateur étant l'unique point d'entrée de l'internaute sur le Web, le contrôler signifie, pour des géants comme Google ou Microsoft, pouvoir mettre mieux en avant leurs multiples services en ligne (messagerie, agrégateurs d'informations...).

L'affrontement entre navigateurs se jouera donc à présent sur le terrain de l'innovation, en conformité avec les objectifs du droit de la concurrence.

⁽⁴⁹⁾ AIP/10/216.

⁽⁵⁰⁾ Déclaration de Rolf Assev, directeur de la stratégie d'Opera Software, Les Echos, 4.03.2010.

⁽⁵¹⁾ Le Monde, 17.03.2010.

⁽⁴⁷⁾ Affaire COMP/C-3/39.530 – Microsoft (vente liée), Point 54.

⁽⁴⁸⁾ Affaire COMP/C-3/39.530 – Microsoft (vente liée), Point 37.



Quelques informations :

[un catalogue fédérant l'ensemble des propositions d'intervention/formation est disponible sur simple demande]

Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :

- **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2010 :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme seuil de revente à perte, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;
- **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**
- **Au contrôle des concentrations**
 - Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]
 - Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** depuis le 2 mars 2009 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;
- **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**
- **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du règlement 1/2003 et de la réforme actuelle du règlement 2790/1999 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;
- **A la définition des pratiques anticoncurrentielles aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;**
- **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à l'**Autorité de la concurrence** ;
- **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ;**
- **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales déloyales / trompeuses dans le cadre de la jurisprudence communautaire issue des arrêts de la CJUE des 23 avril 2009 et 14 janvier 2010 (+ loi Chatel du 3 janvier 2008 et LME du 4 août 2008) : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.]..
- **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs :** responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.
* * *
- **Proposition d'audit de structures tarifaires :** Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;
- **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2010, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-1-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;**
- **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site www.mgavocats.fr



