

Comment lutter contre les abus de position dominante effectués par des revendications de PI et le dénigrement?

Quand un concurrent, qui s'était habitué à régner en chef de guerre sur un marché particulier se sent défié par un nouvel acteur, ce concurrent peut recourir à des tactiques telles que la protection systématique et oppressive de ses droits de propriété intellectuelle allégués, ainsi qu'à des campagnes de diffamation aggressive et de dénigrement, pour dissuader le nouvel entrant. La situation peut rapidement devenir intenable pour le petit nouveau, alors que les clients potentiels sont apeurés et dissuadés par les coups infligés vigoureusement et de manière répétée par le joueur dominant. Que faire si vous et votre entreprise êtes

la cible d'un tel concurrent hyper-agressif? Comment pouvez-vous vous défendre contre ces abus de position dominante?



Le juste équilibre entre les droits de propriété intellectuelle ("DPIs") et la libre concurrence est très difficile à atteindre, particulièrement sur des marchés et dans des juridictions qui sont hyper protectrices des DPIs des titulaires de droit, comme en Europe. Quand le titulaire de droit est manipulateur, hyper-agressif et non préparé à partager son marché, il peut utiliser la soi-disante protection de ses DPIs pour repousser les nouveaux entrants de son secteur spécifique; créant ainsi de nombreux abus de position dominante.

## 1. Qu'est-ce qui se trame?

Nul part ailleurs ai-je été témoin de comportement anticoncurrentiel, provenant d'un concurrent, aussi sérieux, que dans le secteur automobile.

J'ai été mandatée pour prendre part à un salon professionnel dans le sud de la France, l'année dernière en septembre 2019, afin d'assister une société automobile chinoise et son distributeur espagnol sur leur stand, étant donné qu'ils étaient systématiquement et de manière répétée l'objet de descentes de police et mesures provisoires de saisie-contrefaçon, ordonnées par des juridictions, sur toutes foires commerciales européennes auxquelles ils avaient assisté, et assistaient, depuis le lancement de leur nouveau commerce automobile deux ans auparavant.

Comme vous pouvez l'avoir deviné, c'est leur concurrent, une société allemande dans une situation monopolistique sur ce segment particulier du secteur automobile, qui était derrière ce déraillement constant de chacune des expositions commerciales de mes clients, en Europe.

Aucun des salons professionnels de mes clients aux Etats-Unis n'étaient perturbés par ces saisies-contrefaçon et descentes de polices ordonnées par des juridictions, et par des décisions de justice leur intimant de clôturer immédiatement leur stand sur ces foires commerciales, basées sur des allégations de contrefaçon de DPIs effectuées par ce concurrent allemand: aucune juridiction américaine n'acceptait d'octroyer au concurrent allemand de telles mesures générales pour mettre fin à la libre concurrence, sur un prétexte de contrefaçon de DPIs.

Toutefois, chacune des juridictions européennes auprès de qui de telles mesures intérimaires et immédiates, exagérées, avaient été sollicitées par ce concurrent allemand – dans le contexte de salons professionnels ayant lieu en Allemagne, Espagne, France et Monaco – acquiesça volontiers et émit ces ordonnances judiciaires. Par conséquent, ces mesures intérimaires avaient forcé mes clients à fermer leur stand sur chacune de ces foires commerciales européennes prématurément, parce que mes clients étaient dépourvus de leurs produits et prototypes saisis durant les descentes de police et saisies-contrefaçon sur leurs stands, ainsi que durant les ventes forcées et confiscations de leurs prototypes et produits, ordonnées par certaines de ces juridictions européennes.

Non seulement le concurrent allemand utilisait son statut monopolistique pour manipuler les juridictions européennes afin qu'elles chassent ses concurrents espagnols et chinois (mes clients), alléguant des actes de contrefaçon de DPIs dans tous les sens, mais il conduisait en outre une campagne de dénigrement et diffamation vaste, bien huilée et bien orchestrée contre mes clients, par le biais de l'utilisation de détectives privés dans plusieurs lieux en Europe, ainsi qu'en écoutant et enregistrant les appels téléphoniques et sms de mes clients sur leurs téléphones portables. De ce fait, le monopoliste allemand était toujours capable de contacter, avant mes clients, tous les organisateurs de salons professionnels, distributeurs potentiels et autres tiers et partenaires commerciaux intéressés dans les

produits de mes clients, afin de dénigrer mes clients comme des "contrefacteurs chinois" qui fabriquaient "des produits automobiles de merdangereux et inaptes" (sic). Par conséquent, les organisateurs de salons européens, potentiels distributeurs européens et potentiels consommateurs finaux européens de mes clients chinois et espagnols étaient effrayés, et requéraient d'énormes doses de persuasion et cajolement, afin d'établir, ou ré-établir, un rapport avec mes deux clients.

Grâce à mon intervention, durant deux des foires professionnelles de mes clients à Cannes, France, et Monaco, en septembre 2019, l'option humiliante d'avoir à clôturer leur stand avant la fin de ces salons leur a été épargnée, étant donné que j'ai négocié de manière efficace avec l'huissier de justice mandaté par les avocats français du concurrent allemand, afin de sauver certains des prototypes de mes clients d'une vente forcée imposée par le tribunal de grande instance de Paris, sur la base d'allégations de contrefaçon de brevet et dessins et modèles, tant bizarres qu'infondées, formulées par le concurrent allemand.

J'avais déjà vu de précédents abus de position dominante, en particulier dans le secteur de la mode et le segment des salons professionnels des textiles de mode, perpétrés par des conglomérats du luxe et par l'organisateur de salons professionnels de tissus de mode le plus large au monde, dans le passé. Toutefois, cette expérience directe d'abus de DPIs, d'abus de position dominante et de campagnes de diffamation et dénigrement contre mes clients de la branche automobile, était à un autre niveau.

## 2. Que pouvez-vous faire pour vous protéger contre des abus de DPIs et de position dominante perpétrés par un concurrent?

La protection des DPIs à travers l'Union Européenne ("UE") a été harmonisée, dans une certaine mesure, par la Directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 sur le respect des droits de propriété intellectuelle (la "Directive protection"). Toutefois, rien n'est énoncé, dans les 21 articles de la Directive

protection, concernant des restrictions aux mesures de protection de DPIs, en cas de violation du droit de la concurrence, par le titulaire de ces DPIs.

Par conséquent, et étant donné que la France est extrêmement protectrice des titulaires de DPIs, il n'y a pas de restrictions sur la façon dont les DPIs peuvent être protégés par les titulaires de droit contre des tiers, dans le Code de la propriété intellectuelle; à condition que toutes les procédures de dépôt et d'enregistrement préalables obligatoires (qui sont applicables aux DPIs industriels, tels que les dessins et modèles, les marques et les brevets) aient été exécutées.

En droit anglais, il y a des restrictions clé sur la capacité de protéger les DPIs, qui comprennent:

- le risque d'engendrer sa responsabilité pour menaces infondées de contrefaçon de DPIs, dont la loi a été réformée en profondeur au Royaume Uni ("RU") par l'Intellectual Property (Unjustified Threats) Act 2017, et
- des défenses spécifiques à la contrefaçon et aux restrictions sur les recours existants, pour chaque DPI.

Toutefois, si votre concurrent dominant soulève des revendications de contrefaçon alléguée de ses DPIs contre vous et votre entreprise au RU, alors il convient d'utiliser au mieux ces instruments judiciaires qui vous sont offerts, de la défense des "menaces actionnables" ("*actionable threats*" *defense*), à la défense des "menaces injustifiées" ("*unjustified threats*" *defense*), via une action judiciaire civile au RU.

Quand un titulaire de DPIs abuse de sa position dominante, il commence par obtenir certaines mesures intérimaires de DPIs, telles que les saisies-contrefaçon et les ventes forcées sur les stands de mes clients durant leurs salons professionnels, contre ses concurrents. Puis, l'abuseur dominant

assigne au fond pour contrefaçon de DPIs devant la juridiction civile – et parfois criminelle – compétente, contre ses concurrents plus petits, afin d’obtenir certains dommages et intérêts pour les actes de contrefaçon de DPIs allégués.

En France, les tribunaux judiciaires ont compétence exclusive pour entendre les dossiers concernant le droit d’auteur, les marques nationales et les dessins et modèles nationaux; alors que le tribunal judiciaire de Paris a compétence exclusive pour entendre les affaires relatives aux brevets et droits de l’UE (c’est à dire les marques de l’UE et les dessins et modèles communautaires). Par exemple, après le salon nautique de Cannes en septembre 2019, le monopoliste allemand a assigné le distributeur espagnol du fabricant chinois pour contrefaçon de brevets, devant le tribunal judiciaire de Paris, dans les 30 jours de la date de la saisie-contrefaçon et vente forcée qui eurent lieu durant la foire commerciale de Cannes. Les titulaires de droit d’auteur peuvent aussi agir au pénal, pour contrefaçon.

Au RU, les DPIs sont surtout protégés via des procédures judiciaires civiles, et la “*English high court*” est la juridiction la plus commune. Les affaires civiles de DPIs auprès de la “*English high court*” sont entendues par la “*Chancery division*”, et différentes listes spécialisées sont disponibles:

- la “*Intellectual Property Enterprise Court*” (“IPEC”) peut entendre toute revendication de DPIs de complexité et valeur relativement basses: l’IPEC est appropriée pour des revendications qui peuvent être jugées en deux jours ou moins, les dommages et intérêts sont plafonnés à 500.000 GBP et les honoraires d’avocats et frais judiciaires recouvrables sont assujettis à un plafond de 50.000 GBP;
- la “*Patent Court*” peut entendre les revendications relatives aux brevets, dessins et modèles enregistrés, droits relatifs à la topographie des produits semi conducteurs et les variétés de plantes. Il n’y a pas de plafond aux dommages et intérêts ou honoraires d’avocats et frais judiciaires recouvrables; et
- tous les autres revendications de DPIs peuvent être entendues par la Liste Propriété Intellectuelle de la “*Chancery division*”, dont la

"Patent Court" et l'IPEC sont des sous-listes.

Le problème, toutefois, est qu'à part les défenses de "menaces actionnables" ("*actionable threats*") et "menaces injustifiées" ("*unjustified threats*") susmentionnées, qui peuvent uniquement être invoquées devant les juridictions du RU, ni les tribunaux judiciaires français, ni la "*English High Court*" et ses listes spécialisées, ne peuvent examiner et prendre position sur des revendications soulevées de comportement anticoncurrentiel et abus de position dominante, dans le cadre de demandes reconventionnelles, par le nouvel entrant dans un secteur industriel particulier, qui est l'objet de revendications de contrefaçon de DPIs en face de ces juridictions de PI, soulevées par l'acteur dominant dans cette industrie en particulier.

Donc, pour continuer avec l'exemple de mes clients espagnols et chinois, le distributeur espagnol qui est maintenant le défendeur dans le cadre d'une action judiciaire en contrefaçon de brevets, entamée par le monopoliste allemand dans le secteur automobile (le demandeur), devant le tribunal judiciaire de Paris, ne peut effectuer de demandes reconventionnelles pour abus de position dominante et comportement anticoncurrentiel, comme contre-offensive, dans le champ de ce procès devant le tribunal judiciaire. Pourquoi? Parce que le tribunal judiciaire de Paris n'est pas compétent pour examiner de telles demandes relatives à des violations de droit de la concurrence: comme les autres tribunaux judiciaires français, il est uniquement compétent pour revoir les revendications relatives à la contrefaçon de DPIs et aux lois de propriété intellectuelle.

Alors, que peut faire un nouvel entrant dans ce secteur industriel, écrasé, dans ces circonstances? Et bien, la première priorité est de trouver, puis mandater, un avocat expert, et très agressif, qui le défendra contre les allégations mensongères de contrefaçon de DPIs effectuées par le concurrent monopoliste. Cet avocat spécialisé dans les dossiers de propriété intellectuelle devraient en outre faire des demandes reconventionnelles contre ce concurrent abusif, au nom et pour le compte de son client, en évoquant des actes de contrefaçon identiques des DPIs de son client, invoquant le parasitisme et la concurrence déloyale (s'il agit devant des juridictions françaises) ou le "*passing off*" (s'il agit devant des

juridictions du RU).

La seconde priorité, pour le nouvel entrant qui est traduit à tort en justice pour contrefaçon alléguée de DPIs par son concurrent dominant, est d'assigner ce concurrent abusif simultanément devant les autorités nationales responsables d'examiner et d'enquêter les effets concurrentiels de conduites relatives à l'exercice de DPIs.

En France, l'Autorité de la Concurrence française ("ACF") est l'institution administrative indépendante qui se spécialise dans l'analyse et la réglementation du jeu de la concurrence sur les marchés, pour protéger l'ordre public économique. Son but est de superviser le libre jeu de la concurrence en France. Elle peut émettre une opinion sur les enquêtes qu'elle exécute, qui peut faire l'objet d'un appel uniquement auprès de la cour d'appel de Paris. Les décisions de la cour d'appel peuvent aussi être l'objet de recours auprès de la cour de cassation. Toutefois, toute action judiciaire relative à une violation du droit de la concurrence peut être entamée devant les tribunaux de commerce de Marseilles, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes, en première instance.

Par conséquent, mes clients espagnols et chinois devraient non seulement lutter contre les allégations de contrefaçon de brevets, effectuées par leur concurrent dominant allemand devant le tribunal judiciaire de Paris, mais aussi assigner ce même concurrent allemand, soit devant l'ACF, soit devant le tribunal de commerce de Paris, pour abus de position dominante et comportement anticoncurrentiel. Les demandeurs vont tenter d'obtenir un jugement contre ces pratiques anticoncurrentielles, ainsi qu'obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice souffert.

Au RU, l'autorité de concurrence est la "*Competition and Markets Authority*" ("CMA"), qui revoit et enquête sur l'adéquation au droit de la concurrence. Le champ d'attribution du CMA couvre la revue et le contrôle de l'exercice de DPIs, en ce qu'il affecte la concurrence. Le "*Competition Appeal Tribunal*" ("CAT") est un tribunal de la concurrence spécialisé qui entend les appels contre les décisions du CMA. Un appel envers les décisions du CAT peut être



effectué auprès de la "court of appeal". Des demandes de suivi, ou distinctes, pour des dommages et intérêts relatifs à des violation de droit de la concurrence, peuvent être effectuées devant la "high court" et le CAT.

Comme vous pouvez l'avoir deviné à la lecture du paragraphe précédent, le nouvel entrant qui est l'objet de plusieurs réclamations de contrefaçon de DPIs par le concurrent abusif et dominant, ferait mieux d'avoir des poches très profondes, ainsi que des réserves de patience et résilience illimitées, afin de non seulement se défendre contre le procès en contrefaçon de DPIs de son concurrent monopolistique, mais aussi d'amener à son terme des revendications bien prouvées d'abus de position dominante et comportement anticoncurrentiel, devant les autorités ou juridictions compétentes, soit en France, soit au RU.

Cela pourrait en valoir la peine sur le long-terme, toutefois, comme les affaires très médiatisées récentes, concernant l'intersection du droit de la concurrence avec les DPIs, détaillées ci-dessous, en attestent.

En 2014, l'ACF a rendu une opinion défavorable à Nespresso, leader sur le marché des machines et capsules. Nespresso liait l'achat de ses capsules avec celui de ses machines à café, par là-même excluant les fabricants de capsules concurrentes. Ces pratiques d'exclusion ont été rapportées par ses concurrents DEMB et Ethical Coffee à l'ACF, comme des abus de position dominante. Dans la décision émise par l'ACF, en date du 4 septembre 2014, Nespresso a été mis en demeure de prendre plusieurs engagements tendant à retirer les obstacles à l'entrée et au développement d'autres fabricants de capsules, dont les capsules fonctionneraient avec les machines à café de la marque.

En 2016, le CMA a imposé une amende à GSK et deux autres sociétés pharmaceutiques (les fabricants de génériques) en relation avec des protocoles transactionnels relatifs à des brevets, qui ont été caractérisés d'anticoncurrentiels. Le CMA a en outre estimé que GSK avait abusé de sa position dominante sur le marché du RU, en tentant de ralentir l'entrée sur le marché de ces fabricants de génériques.

### 3. Que pouvez-vous faire pour vous protéger contre des actes de dénigrement et diffamation perpétrés par un concurrent?

Une nouvelle forme de conduite abusive a été identifiée, c'est à dire la pratique par des sociétés dominantes d'exclure ou de réduire la concurrence parmi leurs concurrents, en identifiant exactement quels paramètres autres que les prix sont importants pour la concurrence, puis en organisant des campagnes stratégiques pour influencer le comportement d'achat des consommateurs, typiquement en représentant les produits ou services concurrents comme dangereux, et/ou inefficaces, ou de qualité sensiblement inférieure.

Ces pratiques sont habituellement qualifiées de "dénigrement" et "campagnes de diffamation". Le dénigrement se définit comme le fait de critiquer les produits ou services d'un concurrent, en adoptant une attitude méprisante, ultimement dans le but d'influencer les habitudes d'achat des consommateurs.

Alors que ces pratiques sont normalement gérées par l'application des règles de marketing déloyal ("*unfair marketing*") dans les législations nationales, des affaires très sérieuses se sont retrouvées dans l'arène du droit de la concurrence.

En effet, dans plusieurs cas, la conduite dénigrante faisait partie des stratégies de communication des sociétés dominantes, avec le clair objectif de disséminer des informations aux consommateurs concernant un concurrent afin de créer un air d'incertitude et/ou de doute à propos soit de la capacité du concurrent à effectuer certaines activités, soit en mettant un point d'interrogation sur la qualité, sécurité ou efficacité de leurs produits et services.

La conduite dénigrante est le plus souvent constatée sous la forme de

dissémination d'informations négatives basées sur des assertions fausses ou trompeuses, eu égard à des produits concurrents, avec l'intention d'avoir un impact sur les décisions d'achat des consommateurs.

Le dénigrement des produits de concurrents ont des effets à long-terme sur le marché, parce que les doutes ou peurs injustifiés peuvent uniquement être surmontés grâce à un effort significatif effectué par l'entreprise cible, pour (ré)éduquer et prouver et réfuter les déclarations diffamatoires, vis-à-vis des consommateurs finaux, des distributeurs, etc.

Alors qu'au niveau européen, la Commission européenne n'a pas encore eu l'opportunité de prendre une décision sur une société dominante dénigrant les produits de son concurrent, il y a un ensemble de lois considérable au niveau national, sous l'article 102 TFEU, notamment en France.

Les affaires françaises ont couvert non seulement le secteur pharmaceutique, mais aussi les industries des télécommunications, de l'électricité et de la TV payante. Le point commun, dans tous ces dossiers, est que l'acteur dominant a tenté d'entraver l'entrée du marché et la substitution de produits, en dénigrant les produits d'un concurrent de nombreuses manières différentes. Typiquement, l'entreprise dominante conduisait une stratégie cohérente et généralisée de désinformation auprès des personnes qui prenaient, ou influençaient, les décisions d'achat.

Par exemple, dans le dossier avec mes clients chinois et espagnol, leur concurrent dominant allemand faisait courir le bruit, avant chaque salon professionnel, qu'ils avaient été condamnés à payer des dommages et intérêts au titre d'actes de contrefaçon, au concurrent allemand, par une juridiction allemande, et que leurs scooters des mers fabriqués en Chine étaient de qualité inférieure, et se cassaient continuellement. Ces informations fausses étaient diffusées aux organisateurs du salon professionnel, par le concurrent allemand, afin de pousser ces organisateurs de foires commerciales à refuser l'accès à leur évènement à mes clients, qui étaient étiquetés comme "contrefacteurs" par leur concurrent allemand. Mais ces actes de diffamation étaient aussi perpétrés avec chacun des distributeurs européens potentiels de

mes clients, avec des menaces formulées par le concurrent allemand qu'il arrêterait de faire du commerce avec ce distributeur, si ce dernier entamait toute activité commerciale avec le fabricant chinois et ses représentants espagnols.

En France, le FCA a ainsi, dans plus de 10 affaires de dénigrement, constamment décidé que le dénigrement de concurrents ou de leurs produits, ne constituait pas de la concurrence sur le mérite et, par conséquent, que le dénigrement peut être constitutif d'un abus de position dominante dans certaines circonstances. Dans la jurisprudence française, pour que le dénigrement viole l'article 102 TFEU, quatre clairs éléments doivent être prouvés:

- il y a dénigrement du produit d'un concurrent avec l'objectif d'obtenir un avantage commercial;
- un lien entre la dominance et la pratique du dénigrement a été établi;
- il convient de vérifier si les déclarations rendues publiques sur le marché par la société dominante sont basées sur des constatations objectives ou des affirmations qui ne sont pas vérifiées, et
- si les déclarations commerciales sont susceptibles d'influencer la structure des marchés.

Les cas de dénigrement examinés par le FCA et les autres autorités de la concurrence européennes se sont soldés, à ce jour, en enjoignant à la société dominante d'identifier les paramètres autres que le prix les plus importants, pour être en mesure de rivaliser sur un marché, et en concluant que le processus pertinent de décision des consommateurs pouvait être influencé en instillant des peurs ou préoccupations, qui sont ensuite transmises aux preneurs de décisions ou parties prenantes, dans des campagnes de diffamation systématiques et régulières.

Par conséquent, il semble que l'abus de position dominante, en tant que conséquence d'une conduite dénigrante, est plus susceptible d'être sanctionné

dans des secteurs où les paramètres de concurrence autre que le prix, sont plus pertinents que le prix. Le plus important un paramètre donné est, le plus critique il est quand une société dominante tente d'exclure ses concurrents par le biais, soit d'informations fausses ou trompeuses, soit en tentant de rendre de l'information crédible de manière cachée.

Pour conclure, un nouvel entrant sur un marché, qui est l'objet d'un abus de DPIs et/ou d'une campagne diffamatoire pour dénigrer systématiquement ses produits, par le joueur dominant dans cette industrie en particulier, a plus d'une corde à son arc afin de se défendre. Toutefois, ce petit nouveau doit se préparer à des batailles judiciaires longues, épuisantes et coûteuses, tant en tant que défendeur contre de fausses demandes alléguées de contrefaçon de ses DPIs, faites par le concurrent dominant et abusif, qu'en tant que demandeur devant l'autorité européenne de la concurrence compétente, auprès de laquelle il aura effectué des réclamations contre ce concurrent pour abus de position dominante, en particulier par le biais de dénigrement et campagnes de diffamation.

Ces différentes batailles judiciaires vont finalement neutraliser le concurrent dominant, alors qu'avoir une stratégie d'enregistrement, et de gestion, de ses DPIs, rigoureuse et bien organisée, en place, pour le nouvel entrant dans le marché, est essentiel. Tous les nouveaux dessins et modèles, produits, marques, services doivent avoir leur DPI respectif enregistré, puis ensuite énuméré dans un catalogue de DPIs maintenu par le conseil juridique du nouvel entrant. Tous les éléments de preuve, et certificats, d'enregistrement, doivent être conservés et archivés méticuleusement, pour anticiper toute revendication de contrefaçon de DPIs que le concurrent dominant pourrait entamer. Des clauses de non-divulgation et de confidentialité doivent être insérées dans tous les contrats conclus avec les nouveaux employés, distributeurs, prestataires de services qui vont assister le nouvel entrant avant et durant les salons professionnels (agences de RP, agences d'hôtesse, sociétés de logistiques, etc).

Notre cabinet d'avocats Crefovi se spécialise dans la gestion de ce type de revendications de DPIs et revendications d'antitrust de la propriété intellectuelle, donc n'hésitez pas à nous contacter.

Votre nom (obligatoire)

Votre email (obligatoire)

Sujet

Votre message

Envoyer

5 5 C5