

Mosséri-Marlio Claude (2009) "Deux approches différentes de la concurrence : les Etats-Unis et l'Europe (Cour Suprême et Cour Européenne de Justice)", *Le Libellio* d'Aegis, volume 5, n° 2, été, pp. 10-16

Sommaire

1

Sur les épaules des géants

H. Dumez

3

Moral Mazes Redux

Intervention de *R. Jackall*

10

Deux approches différentes de la concurrence : les États-Unis et l'Europe
-Cour Suprême et Cour Européenne de Justice-

C. Mosseri-Marlio

17

Peter Drucker

H. Dumez

19

Søren Kierkegaard

H. Dumez

24

Prochain séminaire AEGIS

Les autres articles de ce numéro & des numéros antérieurs sont téléchargeables à l'adresse :

<http://crg.polytechnique.fr/v2/aegis.html#libellio>

Deux approches différentes de la concurrence : les États-Unis et l'Europe (Cour Suprême et Cour Européenne de Justice)¹

Les États-Unis comme l'Europe se sont construits sur le droit. Au sommet du système juridique des premiers, se trouve la Cour Suprême et au sommet de celui de la seconde, la Cour Européenne de Justice.

Mais les deux cours et les instances juridiques coéxistantes ont rendu, en matière de concurrence, des arrêts assez divergents.

Comment s'expliquent ces divergences ? Sans doute faut-il tenir compte du mode de fonctionnement des deux institutions et de leur histoire. C'est ce qui sera fait dans une première partie présentant les racines et les structures des deux cours. Ensuite seront étudiés des cas illustrant les divergences d'approche ou celles des autres structures judiciaires sur les questions concurrentielles. Enfin, des solutions pouvant réduire le clivage actuel seront envisagées.

Racines et structures des deux Cours

Les racines des deux cours sont différentes.

La liberté est le leitmotiv du credo américain. La déclaration d'indépendance proclamait celle d'un peuple. C'est le socle d'une entité nationale quasi homogène à travers tout le territoire avec une Cour Suprême dont les membres sont nommés sans se préoccuper de leur Etat d'origine, et surtout, dont les trames de décisions ont été tissées sur plus de deux siècles.

A l'origine les deux idéaux fondateurs du Marché Commun étaient :

1. Prévenir le risque d'une nouvelle guerre mondiale dévastatrice
2. Créer une économie toujours plus prospère sur le Continent

En contraste avec les États-Unis, le préambule du Traité de Rome mettait en avant le rapprochement des peuples de l'Europe. Les 27 pays européens ne sont pas aussi soudés que ne le sont les 50 Etats des États-Unis.

De même, la Cour de Justice présente à la fois un aspect communautaire et un aspect national. C'est une institution clef de la Communauté avec néanmoins un juge pour chaque pays.

La Cour est relativement jeune avec seulement 50 années de juridiction derrière elle.

Au niveau des traditions doctrinales qui inspirent les décisions, des principes différents peuvent intervenir. Aux États-Unis, par exemple, les monopoles peuvent être démantelés s'ils menacent l'innovation: ce fut le cas pour AT&T et faillit l'être pour Microsoft. En Europe, les situations anticoncurrentielles font l'objet d'une attention particulière lorsque la fluidité des échanges entre les Etats membres est en cause.

Au niveau des structures, sept différences au moins peuvent être relevées :

1. Aux États-Unis les 9 membres de la Cour (y compris son président) sont nommés à vie par le Président des États-Unis après l'aval du Sénat. En Europe la Cour est nommée pour six ans renouvelables par les gouvernements des 27 pays membres. Le Président, lui, est choisi par ses pairs pour trois ans renouvelables.
2. Aux États-Unis les décisions ne sont pas toutes unanimes avec par exemple une majorité 5/4, 6/3 etc.... auquel cas la minorité rédige un mémoire à l'encontre du jugement majoritaire. En Europe, le verdict est unanime. En chambre il peut y avoir dissension, mais une fois la décision acquise à la majorité simple, elle devient unanime : tous signent le verdict. La raison en est simple : chaque gouvernement doit appliquer le jugement même si en chambre son juge a voté contre.
3. Aux États-Unis la Cour Suprême est celle du dernier recours. Dans deux cas seulement elle statue en première instance – dans des litiges où deux ou plusieurs États sont concernés et, lorsqu'il s'agit d'un procès où un dignitaire étranger est impliqué. Tous les autres cas sont en appel des juridictions inférieures. A l'inverse, la Cour de Justice des Communautés Européennes juge en premier et dernier ressort les cas européens, sauf pour ceux, rares, en appel du Tribunal de Première Instance – circa 10% de sa charge de travail.
4. Les juges de la Cour Suprême aux États-Unis siègent toujours en assemblée plénière. En Europe la Cour peut se réunir au complet ou en groupe de 3, 5, ou 13.
5. En Amérique la Cour décide des cas qu'elle souhaite examiner – à la demande de quatre de ses membres. Le nombre des jugements passés en revue est ainsi nettement limité – 80 à 100 par an. En Europe la Cour se doit de décortiquer tous les cas qui lui sont soumis – d'où un nombre largement supérieur : plus de 500 par an.
6. Il n'y a pas d'amende adossée à un jugement aux États-Unis. La Cour Suprême confirme ou infirme les verdicts en appel. En Europe, la Cour peut rectifier le montant prévu par la Commission.
7. Sans limites sont les catégories des litiges susceptibles d'être présentés devant la Cour américaine (les droits de l'homme par exemple). En revanche, la Cour européenne ne prend en compte que ceux qui découlent des traités successifs de la Communauté.

Il est probable que ces différences dans les racines et les structures des deux Cours puissent expliquer des divergences dans le traitement des cas. On peut néanmoins constater cette divergence en matière de concurrence.

Des cas de divergence en matière de concurrence

Plusieurs exemples illustrent les approches différentes adoptées par la Cour Suprême et la Cour Européenne de Justice.

Silhouette (C355/96)

En novembre 1995, un fabricant autrichien – Silhouette - expédiait un lot de lunettes de luxe en Bulgarie, en interdisant la revente dans les 15 pays qui composaient alors le Marché Commun.

Un mois après la livraison à Sofia, ce lot réapparaissait en Autriche, était mis sur le marché à bas prix et à grand renfort de publicité, juste avant Noël, par le revendeur Hartlauer.

Silhouette a traduit Hartlauer en justice pour violation de sa marque. Le cas fit la navette entre les cours autrichiennes avant d'atterrir sur celle des Communautés Européennes.

La Cour a donné raison à Silhouette car ce produit n'avait pas encore été vendu dans le Marché Commun et que le droit de marque n'était donc pas épuisé². En effet, selon la directive 89/04, le propriétaire d'une marque peut empêcher un tiers, à l'intérieur du Marché Commun, d'utiliser cette marque pour des produits uniquement vendus en dehors de la Communauté.

Levi's 501 Blue Jeans (C414-416/99)

Dans un cas similaire Levi's avait refusé de vendre à Tesco, chaîne anglaise de supermarchés, sa gamme de Blue Jeans 501. Néanmoins Tesco s'était procuré quantité de ces jeans auprès de détaillants aux États-Unis et au Mexique. Levi's attaqua Tesco pour violation de son droit de marque devant les tribunaux anglais. Ceux-ci ont demandé l'avis de la Cour à Luxembourg. A nouveau, la Cour des Communautés a statué en faveur du fabricant car Levi's n'avait pas donné son accord pour la vente et que cette approbation ne pouvait être ni anticipée ni présumée.

Par l'un et l'autre de ces 2 cas la Cour a confirmé pour les marques l'épuisement communautaire.

L'anza/ Quality King [523 U.S. 135(1998)]

Au moment même du jugement Silhouette en Europe, le cas L'anza/Quality King était tranché aux États-Unis. Il concernait L'anza, une société de shampoings de luxe vendus à prix élevé dans les salons de beauté, chez les coiffeurs. Ce produit était même devenu la référence dans les écoles de coiffure.

À des prix bien inférieurs L'anza vendait également en Angleterre. Des lots de ce shampoing sont passés de Grande Bretagne à l'Île de Malte pour terminer dans des supermarchés américains où ils étaient commercialisés à très bas prix par Quality King.

L'anza fit un procès à ce dernier pour violation du droit de marque et gagna tant en première instance qu'en appel. La Cour Suprême par contre renversa le verdict en vertu de la doctrine de la première vente : le propriétaire n'en a plus le contrôle après la première vente « First Sale » (article 109 [a] de la loi de 1976 sur les marques).

Aux États-Unis l'épuisement international prime.

GE –Honeywell Merger (T210/01)

Cette fusion fut autorisée, en mai 2001, par le Département de la Justice aux États-Unis, mais refusée deux mois plus tard par la Commission des Communautés Européennes, décision validée par le Tribunal de Première Instance.

La justice américaine ne voyait dans cette fusion aucune atteinte à la concurrence. En effet les sociétés Pratt & Whitney et Rolls-Royce demeuraient de puissants concurrents sur ce marché.

Ainsi ce feu vert se justifiait par une rationalisation accrue dans ce secteur. Une seule exigence était imposée : la vente par Honeywell de ses installations de moteurs pour hélicoptères.

Au contraire en Europe, la Commission puis le Tribunal ont estimé que cette fusion renforcerait la position dominante de General Electric dans 3 domaines : les réacteurs des gros porteurs régionaux, les réacteurs d'avions privés, les petites turbines marines à gaz.

A noter que le Tribunal a rejeté l'accusation de la Commission qu'une gamme élargie de produits tous intégrés à General Electric entraînerait nécessairement la création ou le renforcement d'une position dominante.

Trois ans plus tard, cette question de gamme de produits intégrés suscitera une réponse tout autre de la Commission et du Tribunal de Première Instance dans le cas Microsoft.

Microsoft (T201/04)

Aux États-Unis, Microsoft a été reconnu coupable d'abus de position dominante en intégrant à son système Windows son Internet Web browser et son Media Player. Le jugement d'avril 2000 a sommé Microsoft de se scinder en deux sociétés, l'une pour les systèmes d'exploitation, l'autre pour les logiciels d'application. Par contre, en appel, ce verdict a été annulé. Certes le comportement monopolistique de Microsoft a été confirmé, mais l'obligation de constituer deux firmes séparées a été abrogée. Désormais Microsoft avait seulement le devoir de proposer à ses concurrents sa technologie et ses protocoles découlant de sa propriété intellectuelle. Ainsi, une interopérabilité entre les produits de la concurrence et ceux de Windows était assurée. La Cour d'appel a également autorisé Microsoft à continuer d'intégrer tant son Media Player que son Internet Web browser aux autres éléments de Windows.

En Europe, la Commission a eu un avis diamétralement opposé en estimant que Microsoft avait abusé de sa position dominante en : 1) limitant l'interopérabilité entre Windows et les serveurs de la concurrence ; 2) incorporant dans Windows son Media Player.

Microsoft contesta la décision de la Commission devant le Tribunal de Première Instance. Certes, celui-ci a reconnu le droit pour une société de choisir ses interlocuteurs tout en précisant que, dans certains cas, ce droit pouvait entraîner un abus de position dominante. La Cour a donc confirmé la position de la Commission : seul un accès ouvert à la technologie de Microsoft offrirait à des concurrents comme I B M ou Sun Microsystems la possibilité de se maintenir sur le marché.

En conséquence le Tribunal a conclu que le refus de dévoiler aux concurrents cette technologie (ne pas licencier les droits de propriété intellectuelle verrouillant cette technologie) constituait un abus de position dominante. Avec une concurrence moins tonique, les consommateurs seraient les grands perdants. Le Tribunal a donc enjoint Microsoft d'offrir en licence, non seulement cette technologie ouvrant la voie à l'interopérabilité des systèmes, mais aussi à un prix nominal les droits intellectuels couvrant cette technologie.

En outre avec l'intégration de Media Player dans Windows Microsoft pensait faire preuve d'innovation et apporter un atout de plus pour le consommateur. Pour le Tribunal, ce soit disant « plus » se faisait au détriment et d'une saine concurrence et du choix du client.

Dès lors le Tribunal a exigé de Microsoft d'offrir au même prix les deux versions de Windows, l'une avec Media Player, l'autre sans.

Explicitation des divergences

Ces différents cas illustrent une série de divergences dans la procédure et le fond de l'approche.

La charge de la preuve

Aux États-Unis, si l'Agence Administrative concernée et le Département de la Justice estiment que la loi anti-trust a été violée par une société et que cette dernière conteste la décision, c'est au Département de la Justice d'en faire la preuve.

En Europe, la Commission a une très large marge de manœuvre tant pour le périmètre de son enquête que pour l'interprétation des données. La Cour a tendance à accepter les conclusions de la Commission, la phrase « la Commission n'a pas commis d'erreur d'interprétation... » revenant souvent dans le jugement du Tribunal. C'est à la société de convaincre la Cour que la Commission s'est fourvoyée. Selon les rives de l'Atlantique, la charge de la preuve est en fait inversée.

Concurrence et Propriété Intellectuelle

En Amérique, l'attitude prépondérante veut que la propriété intellectuelle et la concurrence s'aiguillonnent l'une, l'autre. La concurrence pousse à l'innovation qui stimule la concurrence qui à son tour provoque d'autres percées.

La position européenne est plus nuancée. Le cas Microsoft en est un bon exemple.

Pour intensifier l'innovation Microsoft a été contrainte de partager avec ses concurrents sa propriété intellectuelle et ce, à un prix nominal. Effectivement cette approche peut donner naissance à court terme à de nouveaux produits : plus de concurrence donc plus d'innovation. A plus long terme la question demeure. Cette philosophie envers les sociétés les plus performantes se révélera-t-elle être un encouragement ou au contraire un découragement à l'innovation ? Celle-ci doit-elle profiter autant aux autres qu'à celles ayant risqué l'investissement en temps et en budget ?

L'analyse du Marché

En étudiant l'éventualité d'un monopole, l'approche américaine est d'examiner l'ensemble du marché, au sens large du terme, et non seulement les concurrents en présence.

La substitution de produits toujours possible en est la raison. Les marchés sont fluctuants ; une avance considérable dans une niche peut disparaître du jour au lendemain avec l'apparition d'une demande nouvelle, d'un changement de mode, d'un nouveau produit ou d'un nouveau concurrent.

L'approche en Europe est différente avec une tendance à se focaliser sur les concurrents en présence et leur part de marché.

Des raisons structurelles peuvent expliquer cette divergence de point de vue. Les contraintes budgétaires sont moins draconiennes aux États-Unis qu'en Europe. Une équipe forte de 400 personnes pour scruter les fusions-acquisitions permet à la justice outre-Atlantique de ratisser plus large pour fourbir ses armes. Par comparaison au moment du mariage avorté GE - Honeywell la Commission ne disposait que d'un service de 50 employés chargés de suivre cette catégorie d'affaire. Pour constituer ses dossiers sur une société, soit par sa propre enquête soit sur une plainte, la Commission européenne tend à recourir aux données fournies surtout par les concurrents et également par les consommateurs concernés. Les barrières linguistiques, la segmentation du marché due aux frontières nationales et aux variantes locales dans la compilation des données jouent aussi pour rendre beaucoup plus complexes les enquêtes et les conclusions à en tirer.

Finalement en Europe la notion anti-trust est relativement nouvelle – une cinquantaine d'années depuis le Traité de Rome - aux États-Unis elle est déjà en place depuis plus d'un siècle (Sherman anti-trust act de 1890).

L'intérêt du Consommateur

Dans l'action anti-trust le point clef des deux côtés de l'Atlantique est la primauté de l'intérêt du consommateur. Mais si le but est le même, l'approche est différente. En termes généraux les États-Unis cherchent à remédier à une situation illégale, tandis que l'Europe tend à la prévenir.

En Amérique, préserver la concurrence n'est pas synonyme de maintien en vie des concurrents. Ce qui compte c'est l'efficacité économique – le meilleur moyen de promouvoir l'intérêt du consommateur. Tout autre est l'optique en Europe : avec un certain nombre de concurrents sur le marché, le consommateur est gagnant.

En 1997 la Commission a failli empêcher la fusion Boeing - Mc Donald Douglas, quatre ans après en 2001 la Commission puis le Tribunal en 2005 ont refusé la fusion GE-Honeywell, et tous deux ont mis un frein aux ambitions jugées excessives de Microsoft.

Indubitablement il y a de la part de la Commission une méfiance envers les grandes sociétés détenant une part importante du marché. En outre elle soupçonne ces firmes de se développer pour gagner plus, d'innover pour fragiliser la concurrence et de ne pas se soucier, en priorité, de l'intérêt du consommateur.

Il est à espérer que si la fusion – même partielle - Microsoft/Yahoo revient à l'ordre du jour le Département de la Justice et la Commission européenne adopteront à cet égard une position voisine.

Règle du Marché ou Règlementation du Marché

A l'exception du contexte économique actuel, la réaction première aux États-Unis si un problème concernant un marché éclate: à lui de le régler lui-même. La main invisible du marché est le meilleur médecin, le meilleur remède - l'Etat étant pesant, papassier, lent et maladroit. En Europe au contraire l'empreinte du régulateur est

mieux perçue et plus sollicitée. Y prévaut également le sentiment que le gouvernement est mieux armé, plus apte et plus scrupuleux que le marché à prendre en main les problèmes économiques en général et ceux de la concurrence en particulier.

Un rapprochement possible ?

Il serait puéril de croire que ces points de vue divergents vont disparaître. Mieux abordés, ils peuvent devenir moins nombreux et moins conflictuels.

Voici quelques suggestions pour y parvenir.

Premièrement, si un problème pointe à l'horizon prévoir immédiatement des réunions informelles, et même formelles entre les protagonistes. Cela réduit les risques d'opinions tranchées et figées, laissant ainsi place à plus de souplesse souvent prélude à consensus. Depuis l'affaire GE - Honeywell ce type de contacts informels est mis en place plus systématiquement.

Deuxièmement, prendre en compte les différences culturelles, par exemple : la sécurité de l'emploi en Europe, la mobilité de celui-ci aux États-Unis.

D'autres divergences de mentalité ne sont pas toujours immédiatement évidentes. Pourtant il est indispensable, dans toute négociation où les administrations de part et d'autre de l'Atlantique sont parties prenantes, de tenir compte des nuances, des subtilités et des variantes imperceptibles.

Troisièmement, accepter que par certains aspects le monde n'est qu'un, mais que par beaucoup d'autres il est très diversifié. Cela rend indispensable pour les jeunes une éducation et une formation multiculturelles, une expérience de travail international en cours de carrière ainsi qu'une maîtrise approfondie d'au moins deux langues étrangères. Même si le français demeure la langue officielle de la Cour de Justice à Luxembourg, l'anglais est évidemment la langue internationale des affaires.

En épousant ces trois critères, et probablement d'autres le terrain sera plus propice aux convergences qu'aux divergences.

Bibliographie indicative

Sur la Cour Suprême des États-Unis et le raisonnement économique :

Breyer Stephen (2009) « Economic reasoning and judicial review. The Economic Journal, vol. 119, February, pp. 123-135.

Sur le cas Silhouette :

Trough Ramses (2002) The International Exhaustion of Trade Mark Rights after Silhouette : The End of Parallel Imports ? Lund, University of Lund.

Sur le cas Levi's 501 Blue Jeans (C414-416/99) :

Claboli Irene (2002) « Trademark Exhaustion in the European Union: Community-Wide or International? The Saga Continues » Marquette Intellectual Property Law Review, Vol. 6, pp. 47-90.

Sur les trois cas :

Tancer Robert S. & Mosseri-Marlio Claude (2003) « Intellectual property rights exhaustion - Opposite viewpoints: United States/Europe: Silhouette International v. Hartlauer & Quality King Distributors v. L'anza Research International ». *Thunderbird International Business Review*, Vol. 46, n° 1, pp. 85-92.

Sur GE-Honeywell:

Dumez Hervé & Jeunemaître Alain (2002) “Concurrence. L'affaire General Electric-Honeywell.” in Montbrial Thierry de & Moreau Defarges Philippe [ed.] (2002) *RAMSES 2003. Les grandes tendances du Monde*. Paris, Dunod, pp. 237-239.

Dumez Hervé & Jeunemaître Alain (2002) « Concurrence : les bonnes leçons de l'affaire GE/Honeywell. » *Sociétal*, n°37, 3ème trimestre, pp. 12-16.

Sur Microsoft :

Dumez Hervé (2000) « Le procès Microsoft : un « thriller » économique. » *Sociétal*, n° 28, Mars, pp. 13-18.

Dumez Hervé & Jeunemaître Alain (2001) « Concurrence : la politique Antitrust à l'aune de Microsoft. » in de Montbrial Thierry & Jacquet Pierre (2001) *Ramses 2002*. Paris, Dunod, pp. 231-233 ■

Claude Mosséri-Marlio
Industriel, Université de Schiller

1. An English version of the paper is downloadable at : <http://www.crg.polytechnique.fr/v2/fic/Contrasting%20Concepts%20of%20Competition.pdf>
2. Définition de l'épuisement du droit de marque Mécanisme juridique selon lequel l'importation sur le territoire d'un pays membre de l'Union Européenne de produits ou objets contrefaisants ne constitue pas un acte de contrefaçon sur ce territoire, dès lors que lesdits produits ou objets ont été mis sur le marché licitement dans un autre pays membre de l'Union Européenne, par le titulaire du droit de propriété industrielle ou avec son consentement. Il s'agit d'une des conséquences de la liberté de circulation des marchandises au sein du territoire de l'Union Européenne.