

Les droits intellectuels^(*)

LES ARRÊTS LES PLUS MARQUANTS de cette année se comptent sur les doigts d'une main, mais ils tranchent des questions fort controversées. La compensation équitable en matière de copie privée est ainsi limitée aux personnes privées et ne peut être mise à charge des personnes morales. Le brevet sur une séquence génétique ne survit pas dans une matière alimentaire dans laquelle elle n'exerce plus sa fonction. Un droit de marque sur une forme tridimensionnelle ne peut être admise lorsque cette forme est nécessaire à l'obtention d'un résultat technique même si d'autres formes sont possibles pour obtenir le même effet. Enfin, une série de décisions fort attendues confirme que l'entreprise Google ne réalise aucun usage de la marque quand elle vend la dénomination protégée comme mot clé, mais que les acheteurs de ceux-ci, qui s'appuient sur ce mot clé pour positionner leur annonce commerciale à côté des résultats de recherche, commettent bel et bien une atteinte à la marque.

1

Introduction

1. — Le contraste n'a sans doute jamais été aussi grand entre le législateur et le juge communautaire. Le premier semble être pris de doutes. En droit d'auteur, il fait le constat de l'incapacité de l'harmonisation survenue en 2001 pour favoriser l'exploitation des œuvres en ligne à créer un marché européen en la matière et semble dépourvu face au téléchargement illégal, qualifié de piraterie, faute de mieux. En droit des marques, il se lance dans un grand processus de révision du système communautaire. Quant au brevet, l'échec d'un droit unique sur le territoire européen, bloqué par deux États membres seulement, témoigne d'une propriété intellectuelle encore très fragmentée dans le marché intérieur et engoncée dans des principes de territorialité.

À l'inverse, la construction d'un droit intellectuel communautaire prend véritablement son essor dans la jurisprudence : la Cour de justice découvre à tour de bras des notions communautaires dont l'interprétation doit être uniforme et autonome (la compensation équitable en droit d'auteur, l'étendue du brevet sur des inventions biotechnologiques), elle attache progressivement l'atteinte à la marque aux fonctions multiples de celles-ci, et le Tribunal s'empare du dessin et modèle communautaire, jusqu'ici fort négligé par les juridictions de Luxembourg.

2

Généralités

A. — Protection des droits intellectuels

2. — Les instances européennes poursuivent inlassablement leur travail sur la mise en place

d'un cadre législatif et structurel pour lutter contre la contrefaçon des droits intellectuels. Tant le Conseil que le Parlement ont adopté cette année des résolutions sur le respect des droits de propriété intellectuelle¹, qui insistent sur la nécessité d'élargir l'offre légale de contenus culturels et créatifs et, dans le même temps, de prévenir et de combattre le piratage, ainsi que d'une manière générale d'intensifier les mesures de lutte contre la contrefaçon.

En parallèle, l'Union européenne clôturait les négociations sur le Traité ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement), décrié par de nombreux opposants que ce soit pour le secret du processus de négociation ou les extensions de l'acquis communautaire qu'il est susceptible de mettre en place. Le Parlement européen a, malgré les critiques et sa suspicion initiale, approuvé ce Traité. L'ACTA vise surtout à renforcer la collaboration entre les parties signataires dans la lutte contre la contrefaçon, mais demande également aux États de mettre en place des mesures de protection des droits intellectuels, telles que des mesures aux frontières, des actions en cessation, la possibilité pour les ayants droit d'obtenir des dommages et intérêts, des dispositions pénales en cas de contrefaçon sur une échelle commerciale, et ouvre la voie (sans aucune obligation cependant) à une lutte renforcée contre les téléchargements illégaux sur internet, ce qui pourrait permettre l'application en Europe d'un système de réponse graduée menant à une suspension de la connexion internet en cas de récidive de téléchargement non autorisé d'œuvres protégées.

B. — Droits intellectuels et concurrence

3. — Le Tribunal de l'Union européenne a confirmé la décision de la Commission rendue en 2005 contre la société pharmaceutique Astra Zeneca, la condamnant à une amende pour abus de position dominante². Deux comportements lui étaient reprochés : le fait d'avoir

trompé les offices de brevets nationaux afin de maintenir les certificats complémentaires de protection relatifs à un médicament³ et le retrait des autorisations de mise sur le marché de ce médicament (remplacé par une version plus récente)⁴, ce qui lui permettait d'empêcher ou retarder l'accès au marché de médicaments génériques. C'est le premier comportement qui présente un lien avec la propriété intellectuelle, car les juges de Luxembourg ont estimé que constitue un abus de position dominante « la présentation par une entreprise jouissant d'une telle position de déclarations objectivement trompeuses aux offices des brevets, de nature à conduire ces derniers à lui accorder des certificats complémentaires de protection auxquels elle n'a pas droit ou auxquels elle a droit pour une période plus limitée et, ainsi, à restreindre ou à éliminer la concurrence »⁵. C'est l'acquisition illégitime de droits intellectuels, en raison de la tromperie et de l'abus du système de brevets, qui est ici abusive.

4. — Autre cas de concurrence intéressant, ce lui tranché par la Commission le 9 décembre 2009⁶. Il concerne ce qu'on appelle communément les embuscades de brevet ou *patent ambush*, consistant en une absence de divulgation, par un participant à une procédure de standardisation, de l'existence d'un brevet, dont il est titulaire, portant sur la technologie candidate à la standardisation. En l'absence de cette divulgation, qui peut être doublée de l'imposition ultérieure de conditions de licences non équitables, le processus de standardisation est faussé et le titulaire du brevet s'octroie une

(3) Astra Zeneca avait fourni une date inexacte de première autorisation de mise sur le marché dans le territoire de l'Union européenne, bénéficiant ainsi d'un délai de protection supplémentaire de quelques mois dans certains pays, ou même d'un certificat complémentaire de protection auquel elle n'avait pas droit dans d'autres.

(4) La réglementation relative aux autorisations de mise sur le marché prévoit en effet que la commercialisation de médicaments génériques sans qu'il soit besoin de refaire les tests cliniques peut se faire sur la base de l'autorisation encore en cours du médicament de référence. Retirer celle-ci enlève cette base aux génériques.

(5) Trib., 1^{er} juillet 2010, *op. cit.*, § 361.

(6) Décision de la Commission du 9 décembre 2009 relative à une procédure d'application de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord E.E.E., affaire COMP/38.636, *Rambus*. Sur cette décision, voy. la note de N. Neyrinck, « Rambus déclare forfait - La Commission dans un fauteuil », *R.D.T.I.*, 2010, n° 41, p. 101.

(*) Novembre 2009 - octobre 2010

position privilégiée dans l'exploitation de la technologie choisie comme norme.

La Commission y a vu un abus de position dominante dans la mesure où « le comportement de Rambus sape la confiance dans le processus de normalisation, compte tenu du fait que, dans le secteur en cause, un processus de normalisation efficace est une condition préalable à l'évolution technologique et au développement général du marché dans l'intérêt des consommateurs »⁷. Les comportements reprochés à Rambus sont la duperie, la violation intentionnelle de la politique de l'organisme de normalisation et de l'obligation implicite de bonne foi dans le cadre de la normalisation, ainsi que l'exigence de redevances excessives sur la technologie en cause. C'est la première fois que le droit de la concurrence sanctionne de telles pratiques et protège ainsi le processus de normalisation technologique. Toutefois l'entreprise fautive s'étant engagée à donner sa technologie dans des conditions de licence particulièrement avantageuses, elle échappe à la condamnation des autorités de concurrence.

3

Droit d'auteur et droits voisins

A. — Notion de communication au public

5. — On croyait l'affaire entendue depuis la décision *Rafael Hoteles* de 2006⁸, mais la Cour a bien du répéter sa jurisprudence sur la notion de communication au public⁹ et confirmer que « l'hôtelier, en installant les téléviseurs dans les chambres de son établissement et en les connectant à l'antenne centrale dudit établissement, se livre, de ce seul fait, à un acte de communication au public au sens de l'article 3, § 1^{er}, de la directive 2001/29/CE »¹⁰. La notion de distribution du signal, élément déclencheur de l'acte de communication, doit s'entendre, selon cette ordonnance, « comme toute intervention technique de l'hôtelier, sans considération de la configuration concrète de l'équipement installé dans son établissement, permettant au client de capter le signal dans sa chambre et d'accéder ainsi à l'œuvre radiodiffusée »¹¹.

B. — Droit de suite

6. — La directive sur le droit de suite a suscité une question préjudicielle assez particulière. Le droit français ne reconnaît la dévolution successorale du droit de suite qu'aux héritiers, personnes physiques, et non à d'autres légataires. Or, Salvador Dali a légué ses droits d'auteur à l'État espagnol qui en a confié l'exercice à une fonda-

tion Gala-Salvador Dali, créée à cet effet. Cette dernière assigne la société de gestion collective française percevant le droit de suite en paiement de celui-ci, ce qui conduit le tribunal saisi à poser la question de la compatibilité du droit français, réservant la succession du droit de suite aux héritiers, avec la directive communautaire.

Une fois n'est pas coutume, la Cour de justice ne décèle pas dans la question qui lui est posée une notion communautaire devant recevoir une interprétation uniforme¹² : la question de la dévolution successorale du droit de suite n'étant pas couverte par la directive du 27 septembre 2001 sur le droit de suite, et restant étrangère aux objectifs poursuivis par le législateur communautaire (en l'occurrence l'harmonisation des conditions de concurrence sur le marché de l'art entre les États membres et la garantie d'un certain niveau de rémunération de l'auteur), elle reste du ressort des législations nationales qui peuvent librement déterminer les ayants droit, après le décès de l'auteur¹³.

Au passage, la Cour refuse également de s'immiscer dans l'interprétation du droit international privé national¹⁴, la fondation Dali ayant invoqué l'irrecevabilité de la question préjudicielle même, au motif que seul le droit espagnol aurait dû s'appliquer au litige, mais semble néanmoins rappeler au juge français le soin de purger au préalable le conflit de lois qui se pose¹⁵.

C. — Compensation pour copie privée

7. — La notion de compensation équitable afférente à l'exception de copie privée est en revanche consacrée par la Cour européenne comme une notion communautaire qui doit recevoir une interprétation autonome et uniforme dans l'ensemble des États membres¹⁶. La directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur dans la société de l'information reconnaît aux États la possibilité de prévoir une exception au droit d'auteur et aux droits voisins pour la copie privée. Toutefois cette exception doit être assortie d'un système de compensation équitable¹⁷. Tant l'absence de renvoi aux droits nationaux par la directive que l'objectif de la directive qui est d'empêcher les distorsions de concurrence en appliquant les exceptions de manière cohérente justifient selon la Cour cette qualification de « notion autonome du droit de l'Union européenne »¹⁸. Restent cependant du ressort des États la forme, les modalités de financement et de perception ainsi que le niveau de la compensation équitable¹⁹.

Outre qu'elle s'inscrit dans la propension récente de la juridiction communautaire à centraliser l'interprétation des dispositions de droit d'auteur, même en dehors de l'appui de textes d'harmonisation²⁰, l'affirmation n'est pas sans

conséquences. La détermination des conditions de la rémunération pour copie privée relève traditionnellement du droit national, ce qui aboutit à un système fort divergent dans les États membres, que la Commission européenne s'efforce en vain depuis plusieurs années d'harmoniser²¹, que ce soit sur le niveau des taux, la détermination de l'assiette ou des débiteurs de la compensation. Même si la Cour laisse aux États une compétence assez large, elle appelle selon nous l'intervention du législateur communautaire sur le système des redevances de copie privée en déterminant les grands principes de la compensation équitable qui doit répondre à un objectif de « juste équilibre » entre les intérêts des auteurs et ceux des utilisateurs.

En premier lieu, l'arrêt associe la notion de compensation équitable au critère du préjudice subi par l'auteur du fait de la réalisation de copies privées, qui constitue la base du calcul de la redevance²². Ensuite, ce sont les responsables de ce préjudice, soit les personnes qui réalisent des copies pour leurs besoins privés, qui sont tenus de réparer celui-ci par le biais de la compensation équitable²³, bien que, pour des raisons pratiques, les États peuvent faire peser cette compensation équitable sur les personnes mettant les équipements, appareils et supports de reproduction à disposition des personnes privées, ces dernières supportant en définitive la charge de la compensation dans le coût de ces équipements²⁴.

Enfin, et c'est le point qui réjouira le plus les représentants des entreprises, grands adversaires de la redevance pour copie privée, la Cour de justice exige un lien nécessaire entre l'application de la compensation équitable et l'usage à des fins de copie privée des équipements et supports assujettis²⁵. L'affirmation est ici tout en nuances. L'acquisition d'équipements ou de supports vierges par des entreprises à des fins manifestement étrangères à celle de copie privée ne peut se voir appliquer la perception de la redevance. En revanche, dès l'instant où ces équipements sont mis à la disposition de personnes privées, celles-ci sont présumées bénéficier de la possibilité de réaliser des copies privées, ce qui justifie l'application de la rémunération pour copie privée, indépendamment de l'exercice effectif ou non d'une telle possibilité. La simple potentialité de copies privées rend donc l'acquéreur des équipements ou supports soumis à la rémunération, redevable de celle-ci. La corrélation entre la compensation équitable pour copie privée et la réalisation de celle-ci, si elle est nécessaire, n'est pas absolue, la mutualisation des redevances pour copie privée, qui touche indistinctement tout acquéreur personne privée des équipements et supports concernés, se voyant de la sorte justifiée par la juridiction européenne.

La Cour de justice ne manquera pas d'étoffer cette première pierre d'un édifice communautaire de la copie privée et de la compensation

(12) C.J., 15 avril 2010, *Fundacio Gala-Salvador Dali c. ADAGP*, C-518/08.

(13) *Ibidem*, § 33.

(14) *Ibidem*, § 21.

(15) *Ibidem*, §§ 34-35.

(16) C.J., 21 octobre 2010, *Padawan SL c. SGAE*, aff. C-467/08.

(17) Voy. le considérant 38 de la directive 2001/29/CE.

(18) C.J., *Padawan*, *op. cit.*, §§ 34-35.

(19) *Ibidem*, § 37.

(20) Voy. notamment C.J., 6 février 2003, *Sena*, C-245/00, *Rec.*, I-1251; C.J., 7 décembre 2006, C-306/05,

Rec., I-11519; et plus récemment pour la notion d'originalité, promue au rang de notion communautaire sans texte législatif explicite, C.J., 16 juillet 2009, *Infopaq*, C-05/08 (voy. notamment le commentaire de V.L. Benabou sur ce dernier arrêt, *R.D.T.I.*, 2009, n° 37, p. 73).

(21) Voy. les pages internet de la Commission sur cette question, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/levy_reform/index_fr.htm.

(22) *Ibidem*, §§ 40-42.

(23) *Ibidem*, § 45.

(24) *Ibidem*, § 46.

(25) *Ibidem*, §§ 51 et s.

équitable, deux autres recours préjudiciels sur le sujet étant pendants²⁶.

D. — Activité législative

8. — Sur le plan législatif, de grands chantiers s'annoncent en droit d'auteur. C'est un des domaines qui suscitent l'attention de la Commission européenne dans sa « Stratégie numérique », un des sept objectifs d'Europe 2020²⁷. Sur la base du constat d'un déploiement fort pauvre et fragmenté de l'offre numérique de contenus culturels dans le marché intérieur, ce qui fait prospérer le téléchargement illégal d'œuvres, la Commission pointe du doigt la difficulté d'obtenir des licences paneuropéennes en matière de droit d'auteur et le principe de territorialité. Pour y remédier, sont annoncées deux propositions de directives, l'une sur les œuvres orphelines pour faciliter la numérisation des œuvres culturelles européennes, l'autre sur la gestion collective, ainsi qu'une réflexion sur des mesures de promotion des licences transnationales et paneuropéennes, sur les problèmes posés par la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles et d'autres contenus créatifs, ainsi que, pour ne pas oublier l'aspect répressif, la proposition de nouvelles mesures pour renforcer la protection contre les violations constantes des droits de propriété intellectuelle dans l'environnement en ligne.

Déjà dans un document émanant de la D.G. Marché intérieur et de la D.G. Infosoc²⁸, la Commission soulignait les différents points du droit d'auteur et d'autres réglementations (par exemple la chronologie des médias en audiovisuel) qui entravent le développement d'offres légales et envisageait des alternatives assez nouvelles à la législation existante, la plus inattendue étant la création d'un droit d'auteur européen par voie réglementaire²⁹.

4

Droit des brevets

A. — L'étendue du brevet sur le vivant

9. — Seules les inventions biotechnologiques ont fait l'objet d'une harmonisation communautaire par le biais de la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998. Les décisions de la Cour de justice en matière de brevet sont donc rares, ce qui fait lire avec plus d'intérêt encore son arrêt du 6 juillet 2010 qui revient sur l'étendue du bre-

vet accordé à une invention portant sur une matière vivante³⁰. Il réduit largement les prétentions des entreprises biotechnologiques et l'incertitude qu'avait suscitées l'article 9 de cette directive. Ce dernier prévoit en effet que « la protection conférée par un brevet à un produit contenant une information génétique ou consistant en une information génétique s'étend à toute matière [...] dans laquelle le produit est incorporé et dans laquelle l'information génétique est contenue et exerce sa fonction ». Potentiellement, une interprétation large de cette définition pouvait permettre de soumettre au contrôle du titulaire du brevet tout produit réalisé à partir d'une séquence génétique brevetée. C'est ce que prétendait la société Monsanto, titulaire d'un brevet sur un gène résistant aux pesticides utilisé dans le soja, qui avait demandé aux autorités douanières de s'opposer, dans divers ports européens, à l'importation de farines fabriquées à partir de ce soja transgénique. Saisi par les importateurs de la farine, un tribunal hollandais a préféré demander à la Cour européenne si la seule présence de l'A.D.N. du gène résistant dans la farine de soja suffit pour retenir une atteinte au brevet de Monsanto lors de la commercialisation de la farine dans la Communauté.

Les juges de Luxembourg rejettent l'interprétation extensive de la multinationale. La formulation de l'article 9 de la directive subordonne sa protection à la condition que l'information génétique contenue dans le produit breveté ou constituant ce produit y « exerce » sa fonction, ce qui implique que cette fonction, en l'espèce la protection contre les pesticides, ne pourrait s'exercer, dès lors que l'information génétique ne se retrouve qu'à l'état de résidu dans la farine de soja, devenue une matière morte³¹. Peu importe également que la séquence génétique ait exercé sa fonction antérieurement dans la matière la contenant ou qu'elle pourrait éventuellement exercer à nouveau cette fonction dans une autre matière : elle n'est pas protégée en tant que telle par la directive de 1998³², mais uniquement en relation avec la fonction qu'elle exerce. La Cour ajoute que la directive procède à une harmonisation exhaustive de la protection par le brevet, ce qui empêche une protection nationale plus étendue³³.

Cette décision ne manquera pas de rassurer les adversaires de la brevetabilité du vivant qui avaient vu dans la directive sur les inventions biotechnologiques une protection potentiellement illimitée en raison de la multiplication à l'infini de la reproduction du vivant.

B. — Le brevet de l'Union européenne

10. — Le dossier du brevet de l'Union européenne, anciennement brevet communautaire, a certainement fait des progrès importants ces derniers mois, mais pas suffisamment pour échapper à la logique de « trois pas en avant deux pas en arrière » qui le hante depuis des années. Premier pas en avant, l'adoption à l'unanimité par le Conseil, en décembre 2009, d'un train de mesures sur l'amélioration du sys-

tème de brevet en Europe, incluant la création d'un brevet unique et la mise en place d'une nouvelle juridiction du contentieux des brevets dans l'U.E.³⁴. Ensuite, fin juin 2010, une proposition pour un règlement du conseil sur les traductions du brevet de l'Union européenne en réduisait le coût en limitant la langue du futur brevet aux trois langues actuellement utilisées par l'Office européen des brevets, le français, l'anglais et l'allemand et en n'exigeant la traduction dans les autres langues nationales qu'en cas de litige portant sur le brevet dans un de ces pays³⁵. Dernière avancée, la signature imminente d'un accord de coopération entre la Commission européenne et l'Office du brevet européen, notamment pour fournir un système de traduction automatique des brevets.

Tout semblait mûr pour que la Belgique qui assurait la présidence de l'Union européenne et en avait fait un des dossiers clé en matière de propriété intellectuelle, puisse s'enorgueillir d'un accord final sur ce brevet longtemps attendu par les entreprises européennes. C'était sans compter sur les deux pas en arrière. Le premier fut la révélation dans la presse d'un avis des avocats généraux de la Cour de justice, qui émet de sérieux doutes sur la compatibilité avec les Traités du projet d'accord relatif à une juridiction commune compétente en matière de brevets³⁶. Cette opinion a été considérée par beaucoup comme sonnante le glas du mécanisme juridictionnel proposé par la Commission, mais elle doit encore être confirmée par la Cour elle-même, qui peut toujours faire preuve de davantage de clémence ou proposer des accommodements.

Le deuxième pas en arrière vient de l'Espagne et de l'Italie qui se sont opposés en novembre 2010, à une langue des brevets se limitant au français, anglais ou allemand, en dépit des compromis proposés par la présidence belge et notamment le remboursement complet du coût de la traduction vers l'une de ces trois langues.

C. — Jurisprudence de l'Office européen des brevets

11. — L'adoption future du brevet de l'Union européenne s'inscrira dans une procédure de délivrance parallèle au brevet européen régi par la Convention de Munich de 1973. La jurisprudence et les règles de fonctionnement de l'O.E.B. s'y appliqueront certainement. Or cette jurisprudence s'est fortement développée ces dernières années. Pas moins de cinq décisions ont été prononcées par la grande chambre de recours de l'O.E.B. dans la période analysée. Deux d'entre elles concernent des questions procédurales. Si l'une d'entre elles traite de la langue de la procédure de demande européenne d'un brevet³⁷, la seconde, plus importante en pratique, considère qu'une demande de brevet reste pendante jusqu'à l'expiration du délai pour tenter un recours contre une décision de refus de délivrance du brevet, ce qui autorise le

(26) Demande de décision préjudicielle présentée par le Juzgado Mercantil (Espagne) le 1^{er} octobre 2009, *EGE-DA c. Magnatrad SL*, C-387/09; demande de décision préjudicielle présentée par le Hoge Raad der Nederlanden (Pays-Bas) le 25 novembre 2009, *Stichting de Thuis-kopie*, C-462/09.

(27) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Une stratégie numérique pour l'Europe », COM/2010/0245 final.

(28) « Creative Content in a European Digital Single Market : Challenges for the Future », document de réflexion des D.G. Infosoc et D.G. Markt, 22 octobre 2009.

(29) *Ibidem*, p. 18.

(30) C.J., 6 juillet 2010, *Monsanto Technology LLC c. Cefetra BV*, C-428/08.

(31) *Ibidem*, §§ 35-37.

(32) *Ibidem*, § 49.

(33) *Ibidem*, § 63.

(34) Conclusions du Conseil du 4 décembre 2009.

(35) Proposition de règlement (UE) du Conseil sur les dispositions relatives à la traduction pour le brevet de l'Union européenne, 30 juin 2010, COM(2010) 350 final.

(36) Opinion des avocats généraux, 2 juillet 2010, opinion 1/09.

(37) O.E.B., grande chambre de recours, 16 février 2010, G 4/08.

dépôt jusqu'à cette date de demandes divisionnaires³⁸.

12. — Le plus haut organe juridictionnel de l'O.E.B. s'est ensuite intéressé à divers cas d'exclusion du champ de la brevetabilité et confirme, dans ce domaine, sa propension à interpréter fort strictement ceux-ci, au point parfois de les réduire à peau de chagrin. Dans une première affaire relative à une méthode d'imagerie médicale utilisée pendant des opérations chirurgicales, la grande chambre de l'O.E.B. a précisé que les méthodes chirurgicales et thérapeutiques exclues de la brevetabilité par l'article 53(c) de la C.B.E. couvraient uniquement les « méthodes d'imagerie au cours de l'opération desquelles le maintien de la survie du patient est déterminant et qui comprennent ou incluent un *invasive step* représentant une intervention physique importante sur le corps du patient requérant une expertise médicale professionnelle et comportant un risque substantiel pour la santé, même lorsqu'elles sont effectuées avec le soin et l'expertise professionnels requis »³⁹. En revanche, une méthode d'imagerie qui fournit des informations, pendant une opération, afin de permettre au chirurgien de prendre des décisions relatives à l'opération en cours n'est pas un traitement chirurgical exclu de la brevetabilité.

Toujours dans le domaine médical et en lien avec l'exclusion des méthodes thérapeutiques, une autre décision du 19 février 2010 a jugé qu'un nouveau dosage d'un médicament déjà breveté, et donc une nouvelle application thérapeutique d'un médicament, pouvait faire l'objet d'un brevet même si la seule nouveauté consiste dans ce dosage⁴⁰. L'O.E.B. admet ainsi les brevets dits de seconde génération, parfois contestés en raison de leur utilisation pour prolonger artificiellement la protection sur des médicaments.

13. — C'est enfin à propos de l'exclusion des programmes d'ordinateur de la brevetabilité que la grande chambre de recours s'est prononcée en refusant de condamner l'approche très libérale que les décisions d'appel ont adoptée ces dernières années, accueillant largement les programmes d'ordinateur dans le champ du brevet. La présidente de l'O.E.B. avait saisi la grande chambre de recours pour qu'elle tranche sur ce qui lui paraissait une contradiction fondamentale dans la jurisprudence entre la décision *IBM* de 1998⁴¹ qui exigeait un effet technique supplémentaire à la seule utilisation d'un programme d'ordinateur sur un ordinateur, qui par nature est technique, et la décision *Microsoft* de 2006⁴² qui considérait que le simple fait qu'un programme d'ordinateur était stocké sur un support technique suffisait pour satisfaire à la condition de caractère technique de l'invention⁴³. Les juges de l'O.E.B. n'y ont pas

vu une contradiction fondamentale, l'expliquant par une évolution de la jurisprudence parfaitement légitime dans un environnement technologique mouvant⁴⁴. Il en résulte qu'une revendication dans le domaine des programmes d'ordinateur échappe à l'exclusion de la brevetabilité, si elle est libellée comme portant sur une méthode ou un produit programme pour autant qu'elle nécessite l'usage d'un ordinateur ou d'un support informatique, considérés comme les éléments techniques requis, à condition à tout le moins qu'il y ait nouveauté et caractère inventif au stade des caractéristiques techniques de l'invention. En somme, l'exclusion ne concerne plus que le programme d'ordinateur d'ordinateur « en tant que tel » qui se réduit à la séquence d'instructions logicielles, considérée de façon purement abstraite.

La largesse de la décision *Microsoft* est ainsi confirmée, ce qui ouvre la porte à une brevetabilité croissante des méthodes informatiques et des logiciels en dépit de l'exclusion formelle qui subsiste dans la Convention sur le brevet européen.

D. — Certificats complémentaires de protection des médicaments

14. — La Cour de justice n'a pas souvent l'occasion de se pencher sur les certificats complémentaires de protection (C.C.P.) qui s'appliquent aux médicaments et visent à compenser l'absence d'exploitation du brevet dans l'attente d'une autorisation de mise sur le marché (A.M.M.). Une décision de septembre 2010⁴⁵ dispose qu'une demande de C.C.P. doit être introduite dans les six mois après l'obtention d'une A.M.M. communautaire, et non dans les six mois de la date d'adhésion d'un pays à l'Union européenne. C'est l'occasion de revenir sur une décision oubliée lors de la précédente chronique⁴⁶ qui a tranché en faveur de la possibilité de délivrer des C.C.P. au titulaire d'un brevet de base pour un produit qui a déjà fait l'objet d'un autre C.C.P. délivré à un autre titulaire d'un brevet de base différent. L'hypothèse est celle d'un médicament couvert par plusieurs brevets pour lesquels les différents titulaires demandent le bénéfice de C.C.P. distincts.

5

Droit des marques

A. — Législation

15. — La commission européenne a lancé une grande étude sur le système de la marque communautaire. Dans l'attente de l'analyse juridique confiée à l'Institut Max Planck de Munich, le Conseil européen a déjà fait part de ses

observations⁴⁷ et préconise notamment de définir davantage la coopération entre l'O.H.M.I. et les offices nationaux, de permettre à l'O.H.M.I. de participer à la lutte contre la contrefaçon et de répartir entre les offices nationaux 50% des taxes de renouvellement qu'elle perçoit, et enfin de réduire les divergences entre la directive d'harmonisation du droit des marques et le règlement sur la marque communautaire.

B. — Validité de la marque

1. — Caractère distinctif de la marque

16. — Une simple lettre peut être enregistrée comme marque si elle remplit la condition du caractère distinctif. C'est ce que la Cour rappelle à l'O.H.M.I. qui avait refusé l'enregistrement de la lettre *α* en tant que marque communautaire⁴⁸, lui reprochant d'avoir exigé « un certain niveau de créativité ou d'imagination linguistique ou artistique de la part du titulaire de la marque »⁴⁹. Les critères relatifs à l'appréciation du caractère distinctif doivent rester identiques pour toutes les catégories de marques, même s'il peut apparaître que la perception du public pertinent varie pour chacune de ces catégories et qu'il peut s'avérer plus difficile d'établir un tel caractère distinctif pour certaines d'entre elles. La Cour insiste sur l'examen *in concreto* auquel l'O.H.M.I. doit en tout cas procéder pour apprécier l'aptitude du signe à distinguer les différents produits et services⁵⁰.

Il en est de même pour les slogans publicitaires, ainsi que l'a rappelé à de multiples reprises la juridiction européenne. Dans une affaire relative au slogan *Vorsprung durch Technik*, enregistré comme marque verbale par la société Audi, la Cour interdit à nouveau d'appliquer à ce type de signes des critères plus stricts d'appréciation de leur caractère distinctif⁵¹. Est ainsi censuré l'arrêt du Tribunal qui avait constaté que la marque demandée manquait de caractère distinctif en raison de sa perception comme une formule promotionnelle et son utilisation laudative et promotionnelle⁵².

17. — Une autre catégorie de marque semble faire son apparition dans la jurisprudence communautaire, celle de la marque de position. Une décision relative à une marque portant sur la couleur orange appliquée à la pointe d'une chaussette⁵³, considère que cette qualification, inconnue dans le règlement sur la marque communautaire mais « inventée » par les demandeurs de marques, « se [rapproche] des catégories de marques figuratives et tridimensionnelles, dès lors qu'[elle vise] l'application d'éléments figuratifs ou tridimensionnels à la surface d'un produit »⁵⁴ et risque en conséquence de se confondre avec l'aspect du pro-

(38) O.E.B., grande chambre de recours, 29 septembre 2010, G 1/09.

(39) O.E.B., grande chambre de recours, 15 février 2010, G 1/07.

(40) O.E.B., grande chambre de recours, 19 février 2010, G 2/08.

(41) C.R.T., 1^{er} juillet 1998, T-1173/97, *Produits programmes d'ordinateur c. IBM*.

(42) C.R.T., 23 février 2006, T-424/03, *Clipboard formats I c. Microsoft*. Voy. également C.R.T., 15 novembre 2006, T-154/04, *Duns Licensing Associates L.P.*

(43) Sur cette décision, voy. notre note, « Le brevet logiciel qui ne dit pas son nom », *I.R.D.I.*, 2007/3, pp. 243-247.

(44) O.E.B., grande chambre de recours, 12 mai 2010, G 3/08.

(45) C.J., 2 septembre 2010, *Kirin Amgen*, C-66/09.

(46) C.J., 3 septembre 2009, *AHP Manufacturing BV c. Bureau voor de Industriële Eigendom*, C-482/07.

(47) Conclusions du Conseil du 25 mai 2010 sur la révision à venir du système des marques dans l'Union européenne, 2010/C 140/07, *J.O.U.E.*, 29 mai 2010, C 140, p. 22.

(48) C.J., 9 septembre 2010, *Borco-Marken-Import Matthesen GmbH & Co. FG c. O.H.M.I.*, C-265/09.

(49) *Ibidem*, § 38.

(50) *Ibidem*, §§ 39 et 44.

(51) C.J., 21 janvier 2010, *Audi AG v. O.H.M.I.*, C-398/08 P.

(52) *Ibidem*, § 41.

(53) Trib., 15 juin 2010, *X Technology Swiss*, T-547/08.

(54) *Ibidem*, § 20.

duit désigné, ce qui peut rendre plus difficile la démonstration d'un caractère distinctif. C'est d'ailleurs le cas en l'espèce, le tribunal considérant que « la coloration de la pointe d'un article de bonneterie chaussante serait perçue soit comme un élément décoratif, soit comme un élément fonctionnel lié au renforcement de la pointe »⁵⁵.

Autre marque de position ayant eu les faveurs de la jurisprudence européenne : un motif cousu sur la poche d'un pantalon. Là aussi le Tribunal considère que ce motif manque de caractère distinctif, car il constitue une décoration habituelle pour les poches des vêtements et « ne présente aucun caractère unique, original ou inhabituel »⁵⁶. Bien que les juges européens prennent soin de préciser qu'il ne s'agit pas là des critères requis pour apprécier le caractère distinctif d'une marque et examinent l'aptitude de la marque à identifier l'origine du produit, il n'en demeure pas moins qu'ils se départissent avec difficulté du réflexe consistant à lier la distinctivité à la créativité ou au caractère marquant du signe⁵⁷.

18. — L'article 38, § 2, du règlement sur la marque communautaire (devenu l'article 37 dans la version coordonnée du 26 février 2009) prévoit que lorsque la marque comporte un élément dépourvu de caractère distinctif, qui peut créer des doutes sur l'étendue de la protection de la marque, l'O.H.M.I. peut imposer comme condition à l'enregistrement de la marque que le demandeur déclare qu'il n'invoquera pas de droit exclusif sur cet élément. Le Tribunal applique cette disposition⁵⁸, ce qui est assez rare pour mériter une analyse dans cette chronique. Il rappelle que la fonction de ces *disclaimers* est « de mettre en évidence le fait que le droit exclusif reconnu au titulaire d'une marque ne s'étend pas aux éléments non distinctifs qui la composent »⁵⁹, laissant ceux-ci disponibles pour les concurrents. En l'espèce, il s'agissait de simples nombres occupant une position dominante dans les marques figuratives demandées.

19. — S'agissant de l'acquisition d'un caractère distinctif par l'usage, une décision du Tribunal établit un lien entre la définition du public pertinent à l'égard duquel devra être vérifiée cette acquisition d'un caractère distinctif et la fonction essentielle de la marque, à savoir garantir au consommateur l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque⁶⁰. Il en résulte que ce public se compose des destinataires des produits concernés, sans qu'il faille distinguer si l'intérêt qu'ils portent au produit est actuel ou potentiel⁶¹. En outre, ce caractère distinctif doit être acquis sur tout le territoire de l'Union européenne sur lequel la marque serait dépourvue d'un tel caractère⁶², soit potentiellement sur l'ensemble du territoire communautaire et non sur une partie substantielle de celui-ci.

(55) *Ibidem*, § 46.

(56) Trib., 28 septembre 2010, *Rosenruist - Gestaos e serviços*, T-388/09.

(57) Voy. les paragraphes 23 et 26 de l'arrêt.

(58) Trib., 19 novembre 2009, *Agencja Wydawnicza Technopol c. O.H.M.I.*, aff. jointes T-425/07 et T-426/07.

(59) *Ibidem*, § 19.

(60) Trib., 29 septembre 2010, *CNH Global n.v.*, T-378/07.

(61) *Ibidem*, § 44.

(62) *Ibidem*, §§ 46-48.

2. — Caractère descriptif d'une marque

20. — Durant la période examinée, les marques suivantes ont notamment été considérées comme descriptives : des chiffres pour des périodiques, livres et brochures de jeu⁶³, Color Edition pour des produits cosmétiques et de maquillage⁶⁴, un signe figuratif reprenant la dénomination Packaging pour des emballages et du carton⁶⁵, Hunter pour des produits en cuir destinés aux chiens et chevaux⁶⁶, Foodlube pour un lubrifiant alimentaire⁶⁷, Wiener Werkstätte (atelier viennois) pour des objets décoratifs et des articles de bijouterie, en raison du lien qui peut être établi avec un mouvement artistique connu sous ce nom⁶⁸, Safeload pour des camions⁶⁹, Memory pour des jeux⁷⁰, Golden Toast pour des produits de boulangerie⁷¹, Le gommage des façades pour des produits de nettoyage des bâtiments⁷², Euro Automatic Cash pour des mécanismes de paiement automatique⁷³, Superskin pour des cosmétiques, mais non pour des parfums et produits pour les cheveux⁷⁴, Cannabis pour de la bière et des alcools⁷⁵. Ce dernier exemple, fondant le caractère descriptif sur la possibilité que les consommateurs des boissons concernées puissent penser que le cannabis en serait un ingrédient, montre la sévérité de la juridiction européenne en matière de marques descriptives et sa propension à voir dans toutes sortes d'appellations des éléments référant à des caractéristiques des produits ou services concernés, au prix d'une imagination parfois invraisemblable.

3. — Marques portant sur des formes tridimensionnelles

21. — La Cour de justice a mis un terme définitif à la saga Lego⁷⁶. Pour rappel⁷⁷, en septembre 2008, le tribunal avait rejeté la demande de marque portant sur la forme de la célèbre brique en plastique, la forme de ce produit étant nécessaire à l'obtention d'un résultat technique⁷⁸. L'entreprise danoise ne l'avait pas entendu de cette oreille et avait intenté un ultime recours. C'était en pure perte. La Cour confirme l'interprétation du tribunal : l'article 7, § 1^{er}, e, doit être interprété à la lumière de l'intérêt général qui le sous-tend, en l'espèce la né-

cessité de conserver la disponibilité de solutions techniques ou de caractéristiques utilitaires d'un produit afin de préserver une concurrence saine et loyale⁷⁹. L'exclusion des marques sur des formes nécessaires à l'obtention d'un résultat technique permet en conséquence d'assurer que ne puissent être perpétués, sans limitation dans le temps et après l'expiration d'un éventuel brevet, des droits exclusifs sur des solutions techniques. L'arrêt confirme par ailleurs que même l'acquisition d'un caractère distinctif par l'usage s'estompe devant cette exclusion⁸⁰.

Il précise en outre l'interprétation à donner aux termes de l'exclusion. D'une part, les termes « exclusivement » et « nécessaire » de la disposition concernée⁸¹ ont pour effet que « lorsque toutes les caractéristiques essentielles de la forme répondent à la fonction technique, la présence de caractéristiques non essentielles sans fonction technique [est], dans ce cadre, dépourvue de pertinence »⁸². Ce n'est que si la forme comporte un élément non fonctionnel majeur, ornemental ou fantaisiste, qu'il pourrait être enregistré comme marque. L'arrêt rejette également l'argument de l'entreprise Lego sur la multiplicité des formes : peu importe en effet que le résultat technique puisse être obtenu par des formes alternatives, ce qui compte est que la solution technique incorporée dans la forme demandée à l'enregistrement reste disponible⁸³.

L'examen de la fonctionnalité d'un signe tridimensionnel aux fins d'apprécier s'il répond à l'exclusion prévue par l'article 7, § 1^{er}, e, ii, comporte donc deux étapes : la première vise à l'identification des caractéristiques essentielles de la forme concernée, sur base soit de l'impression globale dégagée par le signe, soit d'un examen successif de chacun de ses éléments constitutifs⁸⁴, mais en aucun cas du point de vue du public ciblé. Ensuite, il s'agit de vérifier si les caractéristiques essentielles ainsi identifiées répondent à la fonction technique du produit, ce qui peut être effectué notamment en tenant compte des brevets antérieurs qui décrivent les éléments fonctionnels de la forme concernée⁸⁵.

L'arrêt dissipe ainsi les hésitations qui restaient après l'arrêt *Philips*⁸⁶, mais crée une distinction entre caractéristiques essentielles et non essentielles qui risque de ne pas être facile à appliquer en pratique.

22. — Pendant la période couverte par cette chronique, ont été refusées à l'enregistrement pour absence de caractère distinctif : la forme d'une tête de guitare⁸⁷, la forme d'une bouteille émerisée blanche ou noire⁸⁸, la représentation d'une partie d'un mandrin comprenant trois rainures⁸⁹.

(79) C.J., 14 septembre 2010, *Lego Juris*, C-48/09 P, § 44.

(80) *Ibidem*, § 47.

(81) L'exclusion concerne les « signes constitués exclusivement par la forme du produit nécessaire à l'obtention d'un résultat technique ».

(82) C.J., 14 septembre 2010, *Lego Juris*, *op. cit.*, § 51.

(83) *Ibidem*, §§ 53-56.

(84) *Ibidem*, § 70.

(85) *Ibidem*, §§ 84-85.

(86) C.J., 18 juin 2002, *Philips*, C-299/99, *Rec.*, p. I-5475.

(87) Trib., 8 septembre 2010, *Hans Peter Wilfer*, T-458/08.

(88) Trib., 27 avril 2010, *Freixenet c. O.H.M.I.*, T-109/08 et T-110/08.

(89) Trib., 21 avril 2010, *Schunk c. O.H.M.I.*, T-7/09.

C. — Disponibilité de la marque

1. — Produits identiques ou similaires

23. — Ont été notamment considérés comme produits ou services identiques ou similaires :
— la gestion des affaires commerciales et la facturation d'honoraires de médecins privés⁹⁰;
— du vin et du vinaigre⁹¹;
— les publications imprimées et les services de diffusion d'informations en ligne⁹²;
— les services de transmission de données par voie électronique et la diffusion de programmes télévisés⁹³.

En revanche constituent des produits et services différents des lunettes, bijoux et pinces à cheveux et des vêtements⁹⁴.

2. — Ressemblance entre les signes et risque de confusion

24. — À plusieurs occasions, le Tribunal censure des décisions des chambres de recours de l'O.H.M.I. qui avaient considéré qu'il ne saurait y avoir de risque de confusion entre deux marques faiblement distinctives que si elles sont utilisées pour des produits ou des services identiques ou si les signes sont identiques ou très similaires, au motif que la faiblesse du caractère distinctif de la marque fondant l'opposition n'est qu'un facteur parmi d'autres à prendre en compte dans l'appréciation du risque de confusion⁹⁵.

25. — Lorsque l'opposition à une demande de marque communautaire se fonde sur une série de marques antérieures, se caractérisant par la répétition d'un même préfixe ou suffixe extrait d'une marque originaire, le risque de confusion pour le consommateur consiste à ce qu'il considère que la marque demandée fait partie de la même série⁹⁶. Toutefois, le refus d'enregistrement d'une marque qui comporterait le même élément qu'une série de marques antérieures ne peut se baser sur la seule présence de cette série ni sur l'existence du caractère distinctif de l'élément commun aux marques antérieures. Si le lien entre la marque demandée et la série de marques repose sur la seule présence de l'élément commun de la série, « cet élément doit présenter un caractère distinctif de nature à permettre à l'élément en cause de faire naître à lui seul, une association directe, dans l'esprit du public, à la série concernée »⁹⁷. On peut également établir un risque de confusion « sur la base de similitudes entre la marque demandée et la série de marques invoquée, qui vont au-delà de la simple présence d'un élément commun et qui peuvent, notamment, avoir trait à la position dans laquelle cet élément figure habi-

tuellement dans les marques ou à son contenu sémantique »⁹⁸.

26. — Dans l'appréciation du caractère distinctif de la marque précédente, lorsque celle-ci est composée d'un nom patronymique, le nom de famille domine généralement dans la perception qu'en a le public concerné. Néanmoins cela ne dispense pas de tenir compte des éléments propres à l'espèce « et, en particulier de la circonstance que le nom de famille en question est peu courant ou au contraire très répandu », ainsi que de la notoriété éventuelle « de la personne qui demande que son prénom et son nom, pris ensemble, soient enregistrés en tant que marque, dès lors que cette notoriété peut, de toute évidence avoir une influence sur la perception de la marque par le public pertinent »⁹⁹.

27. — Durant la période couverte par cette chronique, ont notamment été considérés comme des signes ressemblants :

- Porto Alegre et Vista Alegre pour du porto¹⁰⁰;
- Icebreaker et Iceberg pour des vêtements¹⁰¹
- Sorvir et Norvir pour des médicaments¹⁰²;
- Botox et Botumax pour des produits pharmaceutiques¹⁰³;
- Peerstorm et Peter Storm pour des vêtements¹⁰⁴;
- Rioja et Riojovina pour du vin et du vinaigre¹⁰⁵;
- Educa Memory Game et Memory pour des jeux¹⁰⁶;
- Elise et Eliza pour des logiciels¹⁰⁷;
- Kids Vits et Vits4kids pour des produits vitaminés¹⁰⁸.

3. — Autres signes antérieurs protégés

28. — En vertu de l'article 8, § 4, du règlement sur la marque communautaire, le titulaire d'une marque non enregistrée ou d'un autre signe peut s'opposer à l'enregistrement d'une marque communautaire à quatre conditions : ce signe doit être utilisé dans la vie des affaires, il doit avoir une portée qui n'est pas seulement locale, le droit à ce signe doit avoir été acquis conformément au droit de l'État membre antérieurement à la demande de marque communautaire, et ce signe doit permettre à son titulaire d'interdire l'utilisation d'une marque plus récente. Si les deux premières conditions s'apprécient sur la base du droit communautaire, les deux dernières doivent être interprétées à la lumière de la législation nationale et de la

jurisprudence l'ayant appliquée. Le titulaire du droit sur le signe à l'appui duquel se fonde l'opposition doit en conséquence fournir des preuves suffisantes permettant de déduire que les marques antérieures non enregistrées sont notoirement connues dans l'État membre concerné ou sur une partie substantielle du territoire national¹⁰⁹.

Cet article 8, § 4, du règlement n'exige pas d'établir la preuve d'un « usage sérieux » de la marque notoire invoquée, une telle preuve pouvant toutefois être requise par le droit national régissant la protection du signe¹¹⁰. Quant à l'utilisation du signe dans la vue des affaires, celle-ci ne doit pas nécessairement se produire sur le territoire de l'État membre dont le droit est invoqué, une transaction commerciale transfrontière pouvant suffire à remplir la condition posée¹¹¹.

29. — Toujours en matière de marque notoire, encore faut-il qu'il y ait réellement utilisation de la dénomination comme marque notoire. Une exploitation commerciale de l'œuvre d'un artiste, aussi importante soit-elle, ne prouve pas l'utilisation du nom de l'artiste en tant que marque, pour indiquer l'origine commerciale de produits et services¹¹². En outre, la protection au nom en tant que signe utilisé dans la vie des affaires ne peut être invoquée à l'encontre d'un enregistrement de marque que par le titulaire de ce nom¹¹³. Enfin, le droit d'auteur ne constitue pas un signe utilisé dans la vie des affaires au sens de l'article 8, § 4, du règlement sur la marque communautaire susceptible d'être invoqué à l'appui d'une opposition, bien qu'il puisse également fonder une action en nullité de la marque¹¹⁴.

30. — Les indications géographiques empêchent l'enregistrement de marques communautaires sur la même dénomination. Dans la mesure où la protection des indications géographiques trouve sa source dans la législation des États membres, il incombe à ceux-ci de déterminer les indications géographiques qu'ils veulent protéger, ainsi que la portée de celles-ci¹¹⁵. L'opposabilité aux tiers de cette protection nationale se réalise par la publication de ces dispositions au journal officiel de l'État membre qui les adopte, la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* n'étant qu'une mesure d'information supplémentaire. Par exemple, l'Espagne protège la dénomination Valencia et l'étend au nom des sous-régions, communes et localités qui appartiennent à la zone de production de ce vin. Une marque communautaire ne peut en conséquence être enregistrée sur la dénomination Cuvée Palomar, pour du vin ne provenant pas de cette région, El Palomar étant une de ces communes reprises dans la protection de la dénomination viticole, et ce même si ce nom n'apparaît pas dans le *Journal officiel européen* mais seulement dans la publication nationale. L'arrêt du Tribunal souligne en outre que cette protection contre l'enregistrement

(109) C.J., 7 juillet 2010, *Valigeria Roncato*, T-124/09.

(110) Trib., 9 juillet 2010, *Grain Millers*, T-430/08, §§ 27-28. Voy. également Trib., 30 septembre 2010, *Granuband* c. O.H.M.I., T-534/08.

(111) *Ibidem*, § 41.

(112) Trib., 22 juin 2010, *José Padilla*, T-255/08, § 54.

(113) *Ibidem*, § 63.

(114) *Ibidem*, § 65.

(115) Trib., 11 mai 2010, *Abadia Retuerta*, T-237/08, § 99.

(90) Trib., 30 septembre 2010, *PVS* c. O.H.M.I., T-270/09.

(91) Trib., 9 juin 2010, *Munoz Arraiza* c. O.H.M.I., T-138/09.

(92) Trib., 27 octobre 2010, *Michalakopoulou Ktimatiki Touristiki*, T-365/09.

(93) Trib., 17 décembre 2009, *Notartel* c. O.H.M.I., T-490/07.

(94) Trib., 24 mars 2010, *2nine* c. O.H.M.I., T-363/08.

(95) Trib., 7 juillet 2010, *mPay24*, T-557/08, § 45. Voy. également Trib., 25 juin 2010, *MIP Metro*, T-407/08; Trib., 11 mai 2010, *Wessang* c. O.H.M.I., T-492/08.

(96) Trib., 27 avril 2010, *UniCredito Italiano*, aff. jointes T-303/06 et T-337/06.

(97) *Ibidem*, § 39.

(98) *Ibidem*, § 40.

(99) C.J., 24 juin 2010, *Barbara Becker*, C-51/09 P.

(100) Trib., 8 septembre 2010, *Sociedade QUINTA do Portal*, T-369/09.

(101) Trib., 8 septembre 2010, *Icebreaker Ltd* c. O.H.M.I., T-112/09.

(102) Trib., 13 septembre 2010, *Abbott Laboratories* c. O.H.M.I., T-149/08.

(103) Trib., 28 octobre 2010, *Farmeco* c. O.H.M.I., T-131/09.

(104) Trib., 8 juillet 2010, *Engelhorn* c. O.H.M.I., T-30/09.

(105) Trib., 9 juin 2010, *Munoz Arraiza* c. O.H.M.I., T-138/09.

(106) Trib., 19 mai 2010, *Ravensburger* c. O.H.M.I., T-243/08.

(107) Trib., 24 mars 2010, *Eliza* c. O.H.M.I., T-130/09.

(108) Trib., 9 décembre 2009, *Longevity Health Products* c. O.H.M.I., T-484/08.

d'une marque postérieure s'applique indépendamment de tout risque de confusion ou de tromperie à l'égard du public.

D. — Protection conférée par la marque

1. — Usage de la marque

31. — En l'espace de quatre mois et de quatre arrêts¹¹⁶, la Cour de justice dissipe les incertitudes relatives à l'atteinte que constituerait l'usage de marques dans des mots clé vendus par Google en échange d'un positionnement dans les annonces commerciales apparaissant simultanément aux résultats de recherche. On sait que la jurisprudence sur la question était pour le moins fragmentée en Europe, ce qui explique la succession de recours préjudiciels introduits.

Dans sa série de décisions, la Cour fait preuve d'une clémence étonnante à l'égard de la société Google, considérant qu'elle ne réalise pas d'usage de la marque, condition préalable à une éventuelle atteinte, car en tant que prestataire d'un service de référencement, Google « permet à ses clients de faire usage de signes identiques ou similaires à des marques, sans faire lui-même un usage desdits signes »¹¹⁷, que le service ainsi presté fasse l'objet d'une rémunération étant indifférent. Et voilà les incertitudes des juridictions nationales balayées dès la première condition requise pour qu'il y ait contrefaçon de marque¹¹⁸. On ne pensait pas que la société américaine s'en tirerait à si bon compte¹¹⁹.

En revanche, les entreprises qui achètent des mots clé couverts par des marques appartenant à autrui utilisent sans conteste ces signes dans leur publicité, qui prend de nouvelles formes dans l'environnement internet, ce qui est un usage de la marque visé par l'article 5(3) de la directive sur les marques¹²⁰. Ce n'est donc qu'à l'égard de ces « annonceurs » que la juridiction européenne poursuit son raisonnement. On pouvait se demander si l'usage du signe était bien réalisé pour des produits ou services, même si la marque en question n'apparaissait pas explicitement dans l'annonce publicitaire que le moteur de recherche suscite lors de l'introduction du mot clé¹²¹. Cela ne fait pourtant aucun doute pour la Cour : s'appuyant sur la recherche de l'internaute sur la base de la marque utilisée comme mot clé, les liens promotionnels de l'annonceur offrent de la sorte une alternative aux produits ou services du titulaire de la

marque¹²². La décision précise également que « même dans des cas où l'annonceur ne vise pas, par son usage du signe identique à la marque en tant que mot clé, à présenter ses produits ou ses services aux internautes comme une alternative par rapport aux produits ou aux services du titulaire de la marque, mais a, au contraire, pour but d'induire les internautes en erreur sur l'origine de ses produits ou de ses services, en leur faisant croire que ceux-ci proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci, il y a usage "pour des produits ou des services" »¹²³. La démonstration s'appuie à mon sens un peu trop sur une notion proche d'un risque de confusion qui ne devrait pourtant pas intervenir à ce stade.

Dans l'affaire *Portakabin*, le Hoge Raad hollandais avait également posé la question de savoir si l'achat d'un mot clé ne pouvait pas être qualifié d'usage à des fins autres que pour distinguer des produits et services, visé par l'article 5, § 5, de la directive et type d'atteinte que reconnaît le droit Benelux des marques¹²⁴. Mais la Cour écarte cette question, ayant tranché dans son arrêt *Google* précédent, qu'il s'agit de toute manière d'un usage pour distinguer des produits et services¹²⁵. La question pourtant était intéressante, les conditions des deux types d'atteinte étant différentes et les cours et tribunaux du Benelux penchant davantage pour la deuxième sorte¹²⁶.

32. — Les affaires *Google* constituent également une nouvelle occasion pour la Cour européenne de répéter qu'il n'y a usage répréhensible de la marque que lorsqu'on peut démontrer une atteinte à une des fonctions de la marque, qu'il s'agisse de la fonction d'indication d'origine ou de la fonction publicitaire.

Selon la Cour, l'achat de mots clé porte bien atteinte à la fonction d'indication d'origine « lorsque l'annonce du tiers suggère l'existence d'un lien économique entre ce tiers et le titulaire de la marque »¹²⁷ ou « lorsque l'annonce, tout en ne suggérant pas l'existence d'un lien économique, reste à tel point vague sur l'origine des produits ou des services en cause qu'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif n'est pas en mesure de savoir, sur la base du lien promotionnel et du message commercial qui y est joint, si l'annonceur est un tiers par rapport au titulaire de la marque ou, bien au contraire, économiquement lié à celui-ci »¹²⁸. À l'inverse, il n'y aurait pas d'atteinte à la fonction publicitaire, les juges européens considérant que, même si le titulaire de la marque risque de devoir déboursier un montant supérieur pour acheter sa propre marque comme mot clé auprès de Google, afin de concurrencer les annonces faites par les concurrents, il n'en reste pas moins que le site d'accueil de la marque apparaîtra normalement en tête des résultats naturels de la recherche et ce gratuitement¹²⁹.

(122) *Ibidem*, §§ 68-69.

(123) *Ibidem*, § 72.

(124) C.J., 8 juillet 2010, *Portakabin*, *op. cit.*, § 21, cinquième question préjudicielle.

(125) *Ibidem*, § 55.

(126) Sur cette question, voy. O. Sasserath, « AdWords : usage de la marque... mais quel usage de la marque? », *Revue Lamy - Droit de l'immatériel*, mai 2009, pp. 14-18.

(127) *Ibidem*, § 89.

(128) *Ibidem*, § 90.

(129) C.J., 23 mars 2010, *Google*, *op. cit.*, §§ 95-98.

Cette insistance réitérée sur l'atteinte à une des fonctions de la marque prend une tournure de plus en plus critiquable. En premier lieu, parce qu'elle ne repose sur aucun texte applicable, que ce soit la directive ou le règlement sur la marque communautaire, faisant de la justification de la protection un de ses conditions d'application. Ensuite, parce qu'elle ajoute une condition superflue dans certains cas, particulièrement lorsqu'il s'agit de l'usage d'une signe couvert par une marque pour des produits et services identiques. Enfin, parce qu'elle introduit, pour ce qui concerne l'atteinte à la fonction d'indication d'origine, le critère de risque de confusion de manière prématurée dans l'analyse des conditions de la contrefaçon.

33. — La décision *Portakabin* ajoute des précisions intéressantes sur la possible invocation, par l'annonceur ayant acheté la marque comme mot clé à Google, d'une défense basée sur les exceptions prévues au droit des marques, particulièrement lorsque ce dernier vend en réalité des produits de la marque en question. La première exception pertinente relève de l'article 6, b, de la directive 89/104 permettant l'usage par un tiers d'indications relatives à l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique ou à d'autres caractéristiques des produits ou services. Sur ce point, l'arrêt considère que l'usage d'un mot clé identique à une marque protégée dans un service de référencement sur internet ne vise normalement pas à fournir des indications sur une caractéristique des produits ou services offerts par le tiers faisant cette usage, sauf circonstances particulières à l'espèce à apprécier par le juge national¹³⁰. Quant à informer le public sur la destination du produit offert, hypothèse couverte par l'article 6, c, de la directive sur les marques, là aussi cette appréciation relève de la juridiction nationale. Dans les deux cas toutefois, la Cour rappelle que l'exception ne vaut que si l'usage est fait conformément aux usages honnêtes en matière commerciale, ce qui ne saurait être le cas dans l'achat de mot clé qui crée une ambiguïté, pour l'internaute, quant aux produits ou services offerts¹³¹.

Le Hoge Raad hollandais posait enfin la question de l'épuisement du droit de marque. La société Primakabin vendait en effet des produits de la marque *Portakabin*, cette dernière étant le mot clé utilisé. La Cour de justice a par le passé admis l'usage d'une marque protégée pour annoncer au public la commercialisation par un tiers de produits mis dans le commerce par le titulaire de la marque¹³². Dans cette nouvelle décision, les juges communautaires admettent que « le titulaire d'une marque n'est pas habilité à interdire à un annonceur de faire, à partir d'un signe identique ou similaire à ladite marque que cet annonceur a sans le consentement dudit titulaire sélectionné en tant que mot clé dans le cadre d'un service de référencement sur Internet, de la publicité pour la revente de produits fabriqués par ce titulaire et mis dans le commerce dans l'E.E.E. par celui-ci ou avec son consentement, à moins qu'il n'existe un motif légitime, au sens du paragraphe 2 dudit article, qui justifie que ledit titulaire s'y oppose, tel qu'un usage dudit signe laissant penser qu'il existe un lien économique

(130) C.J., 8 juillet 2010, *Portakabin*, *op. cit.*, §§ 60-61.

(131) *Ibidem*, §§ 68-70.

(132) C.J., 4 novembre 1997, *Dior c. Evora*, C-337-95, *Rec.*, P. I-6013.

entre le revendeur et le titulaire de la marque ou un usage portant une atteinte sérieuse à la renommée de la marque »¹³³. Constituerait de tels justes motifs, rendant son pouvoir d'interdiction au titulaire de la marque, le fait que le revendeur a remplacé la mention de la marque sur les produits, par son propre nom, ou une revente dans un volume, une présentation ou une qualité qui amoindrirait gravement l'image de la marque¹³⁴.

La promotion de la vente de produits couverts par l'épuisement semble donc la seule issue pour les entreprises achetant des mots clés à Google pour attirer les internautes vers leurs propres sites, pour autant que l'usage de la marque à cette fin ne crée ni confusion ni atteinte à l'image de la marque.

2. — Épuisement

34. — Aux fins de l'application du principe d'épuisement du droit de marque, il est nécessaire de vérifier que les produits revêtus de la marque ont été mis dans le commerce avec le consentement du titulaire de celle-ci, exprimé de manière expresse ou implicite. Un tel consentement, qui constitue l'élément déterminant à prendre en compte est celui qui « équivaut à une renonciation du titulaire de la marque à son droit exclusif »¹³⁵. Cela ne peut être le cas de « testeurs à parfum » remis aux magasins sans transfert de propriété et avec une indication claire d'interdiction de revente sur leur conditionnement.

3. — Déchéance de la marque

35. — Afin de résister à une action en déchéance de la marque basée sur un défaut d'usage sérieux pendant cinq ans, le titulaire de la marque peut apporter des preuves de l'usage de la marque « sous une forme qui diffère par des éléments n'altérant pas le caractère distinctif de cette marque dans la forme sous laquelle elle a été enregistrée »¹³⁶, ce qui permet au titulaire de la marque d'apporter au signe enregistré les variations rendues nécessaires par son exploitation commerciale, pour autant que ces adaptations n'altèrent pas le caractère distinctif de la marque.

E. — Questions procédurales

36. — Deux arrêts de la période analysée, l'un du Tribunal¹³⁷, l'autre de la Cour¹³⁸, ont considéré qu'aucun intérêt à agir ne devait être démontré à l'appui d'actions en nullité absolue de la marque et d'actions en déchéance de la marque. Ces actions pouvant être introduites, selon l'article 55, § 1^{er}, du règlement 40/94 sur la marque communautaire, par toute personne physique ou morale, seule la capacité d'ester en justice, et non la démonstration d'un intérêt à agir, peut être exigée.

(133) C.J., 8 juillet 2010, *Portakabin*, *op. cit.*, § 92.

(134) *Ibidem*, § 93.

(135) C.J., 3 juin 2010, *Coty Prestige Lancaster Group*, C-127/09.

(136) Trib., 10 juin 2010, *Atlas Transport*, T-482/08.

(137) Trib., 3 décembre 2009, *Iranian Tobacco*, T-223/08.

(138) C.J., 25 février 2010, *Lancôme parfums et beauté*, C-408/08 P.

6

Droit des dessins et modèles

37. — Une fois n'est pas coutume, l'année écoulée regorge de décisions relatives au dessin et modèle communautaire. Deux décisions du tribunal précisent les conditions s'appliquant à la demande de nullité de l'enregistrement d'un dessin et modèle en raison de l'existence d'un dessin et modèle antérieur et la méthodologie à suivre pour apprécier cette demande¹³⁹. La protection du dessin ou modèle s'étend en effet à tout dessin ou modèle qui ne produit pas sur l'utilisateur averti une impression globale différente, tout en tenant compte du degré de liberté du créateur dans l'élaboration du dessin et modèle.

(139) Trib., 18 mars 2010, *Grupo Promer Graphic*, T-9/07; Trib., 22 juin 2010, *Shenzen Taiden Industrial*, T-153/08.

S'agissant de l'utilisateur averti, Ce n'est ni un fabricant ni un vendeur des produits dans lesquels le dessin ou modèle est destiné à être incorporé¹⁴⁰, mais plutôt l'utilisateur de ce produit¹⁴¹. Pour des supports promotionnels pour jeux, ce serait à la fois l'enfant auquel se destinent ces jeux et le directeur du marketing d'une société fabriquant des produits promus par de tels objets. Dans le cas de micros destinés à des conférences ou des réunions formelles, ce sont les personnes participant à ces événements. L'utilisateur averti est, selon le tribunal, « doté d'une vigilance particulière et il dispose d'une certaine connaissance de l'état de l'art antérieur, c'est-à-dire du patrimoine des dessins ou modèles relatifs au produit en cause qui ont été divulgués à la date du dépôt du dessin ou modèle contesté »¹⁴². Sans être un concepteur ou un expert technique, il connaît les différents dessins ou modèles existants ainsi que leurs caractéristiques et fait preuve d'un degré d'attention relativement élevé lorsqu'il les utilise¹⁴³. En revanche, l'utilisateur averti n'est pas capable de distinguer les aspects de l'apparence du produit dictés par sa fonction technique, ce qui impose à l'O.H.M.I., dans son appréciation, d'inclure les aspects techniques dans l'apparence du produit.

Quant au degré de liberté du créateur, qui va déterminer l'ampleur de la marge de différenciation possible par rapport aux modèles existants, il doit être « défini à partir, notamment, des contraintes liées aux caractéristiques imposées par la fonction technique du produit ou d'un élément du produit, ou encore des prescriptions légales applicables au produit. Ces contraintes conduisent à une normalisation de certaines caractéristiques, devenant alors communes aux dessins ou modèles appliqués au produit concerné »¹⁴⁴.

Sur la base de ces deux premières délimitations, on peut alors déterminer l'impression globale produite par les dessins ou modèles en conflit. L'utilisateur averti écartera les éléments banals ou communs à tous les exemples de produits en cause pour se limiter aux caractéristiques arbitraires ou qui divergent de la norme. C'est sur ce point que le degré de liberté du créateur intervient : « plus la liberté du créateur dans l'élaboration du dessin ou modèle contesté est restreinte, plus des différences mineures entre les dessins ou modèles en cause pourront suffire à produire une impression globale différente sur l'utilisateur averti »¹⁴⁵.

Enfin le caractère individuel doit être apprécié au regard de la nature du produit dans lequel le dessin ou modèle est incorporé et non par référence à d'autres produits similaires¹⁴⁶.

À relever également d'une de ces décisions, le fait que la mauvaise foi du demandeur à l'enregistrement n'est pas une cause de nullité de celui-ci, étant absente de la liste des motifs de

(140) Trib., 18 mars 2010, *Grupo Promer Graphic*, *op. cit.*, § 62.

(141) Trib., 22 juin 2010, *Shenzen Taiden Industrial*, *op. cit.*, § 46.

(142) Trib., 18 mars 2010, *Grupo Promer Graphic*, *op. cit.*, § 62.

(143) Trib., 22 juin 2010, *Shenzen Taiden Industrial*, *op. cit.*, § 47.

(144) Trib., 18 mars 2010, *Grupo Promer Graphic*, *op. cit.*, § 67.

(145) *Ibidem*, § 72.

(146) Trib., 22 juin 2010, *Shenzen Taiden Industrial*, *op. cit.*, § 60.

strada
lex

Relexez-vous,
Strada lex travaille pour vous !



Votre portail juridique Strad@droit bénéficie aujourd'hui des évolutions technologiques les plus récentes et laisse ainsi la place à **Strada lex**, une version hautement innovante.

Grâce à ses nouvelles fonctionnalités, **Strada lex** rend **vos recherches juridiques plus simples, plus rapides et plus performantes !**

Découvrez les **nombreux avantages de Strada lex** sur www.stradalex.com et sur www.larcier.com

L'accès le plus direct à toute l'information juridique

Pour toute question, démonstration personnelle ou formation gratuite, contactez l'équipe Strada lex.

► info@stradalex.com
► **02/548 07 20**
► www.stradalex.com

nullité du dessin ou modèle communautaire reprise à l'article 25, § 1^{er}, du règlement 6/2002¹⁴⁷.

38. — Une dernière décision du tribunal traite d'un conflit entre l'enregistrement d'un dessin ou modèle et l'existence d'une marque antérieure sur une forme tridimensionnelle¹⁴⁸. Il est d'abord précisé que ce motif de nullité n'implique pas la reproduction de la marque dans le dessin ou modèle ultérieur soit intégrale et identique dans ses moindres détails¹⁴⁹, et ceci afin de garantir une protection efficace des marques antérieures et la cohérence avec le système du droit des marques qui n'exige pas une identité entre les signes. En parallèle toujours avec le système prévu en cas d'opposition d'une marque antérieure à l'enregistrement d'une autre marque et lorsque le droit national régissant la marque invoquée le permet, la preuve d'un usage sérieux de la marque peut être demandée par le demandeur du dessin ou modèle contesté mais doit le faire en temps utile et non pour la première fois devant la chambre de recours¹⁵⁰. C'est également le droit allemand, régissant la protection de la marque antérieure à l'encontre d'un dessin et modèle identique, qui requiert la démonstration d'un risque de confusion dans l'esprit du public entre la marque invoquée et le dessin ou modèle, ce qui permet à l'O.H.M.I. d'appliquer la jurisprudence communautaire développée sur la notion de risque de confusion en matière de marque¹⁵¹.

En l'espèce toutefois, la demande en nullité du titulaire de la marque antérieure tourne court car le tribunal annule la décision de la chambre de recours qui y avait fait droit sur le simple motif que cette dernière a comparé le modèle enregistré avec une marque tridimensionnelle différente de la marque antérieure sur laquelle se basait le recours¹⁵².

7

Obtentions végétales

39. — Le droit des obtentions végétales n'est pas en reste avec une décision de la Cour du 15 avril 2010¹⁵³. Toutefois, le pourvoi se contentait de contester des éléments de faits ainsi que le raisonnement du Tribunal ayant annulé l'enregistrement d'une variété générale, jugée non distincte d'une variété existante et manquant donc de la nouveauté requise. Aucun point de droit n'est en conséquence tranché par cet arrêt.

Séverine DUSOLLIER(**)

(147) Trib., 18 mars 2010, *Grupo Promer Graphic*, op. cit., § 30.

(148) Trib., 12 mai 2010, *Beifa group*, T-148/08.

(149) *Ibidem*, § 50.

(150) *Ibidem*, § 68.

(151) *Ibidem*, § 97.

(152) *Ibidem*, § 117.

(153) C.J., 15 avril 2010, *Ralf Shrader c. OCVV*, C-38/09 P.

(**) Professeur aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur, Belgique.

Aides d'État

Accès aux documents relatifs à des procédures de contrôle

Le Tribunal a déclaré irrecevables les recours dirigés contre des décisions implicites de refus d'accès à certains documents relatifs à des procédures de contrôle de prétendues aides d'État octroyées à Ryanair par les exploitants de plusieurs aéroports d'États membres de l'Union. Ces décisions implicites avaient été suivies par des décisions explicites de refus précisant les exceptions invoquées à l'appui du refus d'accès. Ryanair considérait ces décisions explicites comme inexistantes, car adoptées hors délais. Le Tribunal a jugé que par les décisions explicites de refus, la Commission avait procédé de fait au retrait des décisions implicites. Constatant qu'une éventuelle annulation pour vice de forme des décisions implicites ne pourrait que donner lieu qu'à de nouvelles décisions identiques quant au fond aux décisions explicites, le Tribunal a décidé que Ryanair n'avait pas intérêt à agir contre les décisions implicites de refus. Concernant l'inexistence alléguée des décisions explicites de refus, le Tribunal a souligné que le seul fait que des décisions soient adoptées après l'expiration des délais prévus n'a pas pour effet de priver la Commission de son pouvoir de décision et de rendre les décisions prises inexistantes. Le Tribunal a également rejeté les demandes d'annulation formées à titre subsidiaire contre les décisions explicites de refus (Trib., 10 décembre 2010, *Ryanair c. Commission*, aff. jointes T-494/08 à T-500/08 et T-509/08).

Légalité d'une aide dont le versement est subordonné au remboursement d'une aide antérieure illégale

À la suite d'un transfert d'installations de production d'une société à de nouvelles sociétés, l'ancienne société restant intéressée dans ces nouvelles sociétés, toutes ces sociétés peuvent, au regard d'une aide, former ensemble un groupe unique, en dépit du fait que les nouvelles sociétés possèdent une individualité juridique distincte de l'ancienne société. Une telle unité économique peut notamment exister lorsque la restructuration forme un tout cohérent du point de vue industriel et financier. En outre, une entité qui détient des participations de contrôle dans une société et qui exerce effectivement ce contrôle en s'immiscant dans la gestion de celle-ci doit être considérée comme prenant part à l'activité économique exercée par l'entreprise contrôlée. À défaut, un simple démembrement d'une entreprise en deux entités distinctes, dont la première poursuivrait directement l'activité économique antérieure et la seconde contrôlerait la première suffirait à priver de leur effet utile les règles du droit de l'Union relatives aux aides d'État. En outre, la prise en compte, lors de la procédure d'examen d'une aide par la Commission, d'un risque de contournement de l'ordre de recouvrement d'une aide antérieure à la suite d'une telle restructuration ne saurait être subordonnée à la preuve de l'existence d'un tel objectif. En effet, si tel était le cas, les entreprises seraient incitées à concevoir des structures sociales visant à contourner le recouvrement des aides illégales, en tirant avantage du fait que la charge de la preuve de la poursui-

te d'un tel objectif incomberait à la Commission. Enfin la nécessité d'éviter l'effet cumulé des aides non remboursées et des aides envisagées est la même, qu'il s'agisse d'aides individuelles ou d'aides relevant d'un régime d'aides, et la Commission est fondée à subordonner la compatibilité d'une aide à la restitution préalable d'aides antérieures illégales (C.J., 16 décembre 2010, *AceaElectrabel Produzione*, C-480/09 P).

Taux d'intérêt applicables à la récupération des aides d'État

Le J.O. C 7 du 4 janvier 2011 publie (p. 4) la communication de la Commission concernant les taux d'intérêt applicables à la récupération des aides d'État et les taux de référence et d'actualisation pour vingt-sept États membres, en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2011.

Citoyenneté

Reconnaissance du titre de noblesse

L'article 21 TFUE ne s'oppose pas à ce que les autorités d'un État membre puissent refuser de reconnaître, dans tous ses éléments, le nom patronymique d'un ressortissant de cet État, tel qu'il a été déterminé dans un second État membre, dans lequel réside ledit ressortissant, lors de son adoption à l'âge adulte par un ressortissant de ce second État membre, lorsque ce nom patronymique comprend un titre de noblesse qui n'est pas admis dans le premier État membre au titre de son droit constitutionnel, pour autant que les mesures prises par ces autorités dans ce contexte soient justifiées par des motifs liés à l'ordre public (C.J., 22 décembre 2010, *Fürstin von Sayn-Wittgenstein*, C-208/09).

Concurrence

Bris de scellés apposés par la Commission lors d'une enquête

La Commission peut infliger aux entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 1% de leur chiffre d'affaires pour avoir brisé, délibérément ou par négligence, des scellés apposés par la Commission lors d'une inspection. À cette fin, il incombe à la Commission de démontrer que le scellé a été brisé, mais non le fait que l'on ait, à la suite du bris de scellé, effectivement pénétré dans le local mis sous scellé. Lorsque le bris de scellé a été établi par la Commission, il appartient à l'entreprise en question de démontrer l'existence de circonstances susceptibles de mettre en cause la valeur probante des éléments de preuve sur lesquels s'est fondée la Commission. Lorsqu'un scellé a été apposé dans les locaux d'une entreprise, cette dernière se doit de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher sa manipulation, notamment en informant son personnel et les éventuels visiteurs de la présence du scellé et des conséquences possibles d'une manipulation de celui-ci. En l'occurrence, une amende correspondant à 0,14% du chiffre d'affaires de l'entreprise en question