



**Décision n° 05-D-34 du 27 juin 2005
relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la vente
sur Internet d'appareils audiovisuels**

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu les lettres enregistrées le 10 mars 2005, sous les numéros 05/0018F et 05/0019M, et la lettre complémentaire enregistrée le 12 avril 2005, par lesquelles la société Concurrence a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Google France, Kelkoo, Sony France ainsi que par la société Fotovista sur le marché de la vente sur Internet d'appareils audiovisuels et a demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application ;

Vu les observations présentées par les sociétés Concurrence, Google France, Kelkoo, Sony France, Fotovista et par le commissaire du gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du gouvernement et les représentants des sociétés Concurrence, Google France, Kelkoo, Sony France et Fotovista entendus lors de la séance du 24 mai 2005 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LES SECTEURS D'ACTIVITÉS

1. La présente affaire concerne le secteur de la distribution de produits électroniques grand public, et plus précisément ceux de marque Sony, ainsi que le secteur de la publicité sur Internet.
2. Le secteur de la distribution de produits électroniques est appréhendé de manière générale, quel que soit le canal de distribution (vente en magasin, vente sur Internet, vente par correspondance, vente aux professionnels).

3. La publicité peut être faite sur Internet par plusieurs moyens : bannières, « *pop-ups* » (fenêtre publicitaire), liens contextuels, etc. Sur Internet, la publicité vise à la fois à faire passer un message et à fournir du trafic aux annonceurs en direction de leur site ou d'une page spécifique de celui-ci. Les moyens de publicité sur Internet examinés dans la présente affaire sont le service de liens commerciaux proposés par la société Google France sur son moteur de recherche « *Google.fr* » et sur des sites partenaires ainsi que le service de référencement et de promotion offert par la société Kelkoo sur son site « *Kelkoo.com* ».

B. LES ENTREPRISES

4. La société Concurrency distribue du matériel d'électronique grand public et d'informatique. Elle exploite deux magasins à Paris et possède un site Internet, « *Concurrency.fr* », qui permet de prendre connaissance du prix des produits vendus en magasin, mais pas d'acheter à distance.
5. La société Google France propose, sur son site « *Google.fr* », deux catégories de prestations. D'abord, elle a installé un moteur de recherche dite naturelle géré par la société Google Inc. (domiciliée en Californie) et dont les résultats sont donnés par un algorithme à partir d'une base de données créée en recensant les sites Internet du monde entier. Ensuite, elle a créé un programme publicitaire permettant d'afficher, sur le moteur de recherche « *Google.fr* » (service Adwords) ou sur des sites partenaires (service Adsense), des annonces en relation avec les requêtes entrées par les internautes sur le moteur de recherche ou avec les thèmes abordés par le site partenaire. Le fait pour un internaute de cliquer sur l'une de ces annonces entraîne un renvoi vers la page concernée et une facturation par clic de l'annonceur par Google France.
6. La société Kelkoo exploite un site, « *Kelkoo.com* », qui propose aux services marchands sur Internet de référencer leurs offres commerciales pour tous types de produits dans une base de données et offre aux internautes, par un classement par catégories ou un moteur de recherche dédié aux achats, la présentation des offres figurant dans la base de données et répondant à une recherche selon différents critères, le plus prisé étant celui du prix. Elle facture aux marchands le référencement et l'apport de trafic en fonction du nombre de clics, dont la valeur dépend de différents critères et notamment de la visibilité recherchée par le marchand.
7. La société Sony France est le principal fournisseur de la société Concurrency en produits électroniques grand public. Elle ne pratique pas de distribution sélective. De ce point de vue, l'approvisionnement en produits de marque Sony est libre. Toutefois, l'approvisionnement direct auprès de Sony France et le bénéfice de remises quantitatives ou qualitatives sont subordonnés à la signature d'un contrat avec Sony, l'European Management Agreement (EMA). Le système de remises tarifaires de Sony France s'appuie sur un barème, unique depuis le 1^{er} avril 2005, qui, à partir de grandes catégories de services similaires, différencie les modalités de validation de ces services en fonction du canal de distribution (vente en magasin, vente sur Internet, vente par correspondance, vente aux professionnels).
8. La société Fotovista fait partie du groupe Fotovista, dont l'activité se décompose en trois pôles : prise de vue, comptoir photo et distribution. Pixmania est un site de vente de produits électroniques sur Internet. Il fait partie du pôle distribution du groupe, tout comme

les magasins Foci (vente de matériel, mais également services de photographie) et le grossiste Japan Diffusion (activité auprès de revendeurs traditionnels indépendants). Ces trois circuits sont alimentés en matériel Sony via La Centrale Fotovista, signataire du contrat EMA et client direct de Sony France.

C. LES PRATIQUES DÉNONCÉES

9. La société Concurrence dénonce cinq catégories de pratiques : des pratiques commerciales illicites (notamment de publicité mensongère), des pratiques d'imposition de conditions abusives et de refus d'accès au service de Google France, une pratique de refus d'accès au service de Kelkoo, des pratiques relatives à l'utilisation de la marque Sony comme moyen de publicité sur Internet et des pratiques de discrimination dans l'application du barème de remises tarifaires de la société Sony France.

1. LES PRATIQUES COMMERCIALES ILLICITES

10. La société Concurrence reproche à la société Kelkoo de procéder à de la publicité mensongère, notamment dans son auto-promotion mais également par l'affichage mensonger des frais de port et d'enlèvement et par l'absence de mise à jour des prix ou d'indication sur leur durée de validité. La société saisissante reproche également à Kelkoo de ne pas respecter les obligations légales que son activité publicitaire lui impose.
11. La société saisissante fait en outre grief à la société Fotovista (exploitant le site Pixmania) de procéder à de la publicité trompeuse, sur les prix proposés principalement, ainsi qu'à des pratiques tarifaires illicites.

2. LES PRATIQUES RELATIVES AU SERVICE DE LIENS COMMERCIAUX DE LA SOCIÉTÉ GOOGLE FRANCE

12. La société Concurrence reproche à la société Google France d'inclure dans les conditions d'accès à son service Adwords les clauses abusives suivantes : textes originaux en anglais faisant foi, compétence du droit et des tribunaux californiens, liberté discrétionnaire de modifier, de supprimer ou de faire figurer des annonces sur un autre site. La société saisissante reproche également à la société Google France de lui refuser l'accès à son service de liens commerciaux Adwords et d'utiliser le mot clé « sony ».
13. Elle soutient que, la société Google France étant en position dominante sur le marché des moteurs de recherche, ces pratiques sont constitutives d'un abus de position dominante.

3. LES PRATIQUES RELATIVES À L'ACCÈS AU SERVICE OFFERT PAR LA SOCIÉTÉ KELKOO

14. La société Concurrence reproche à la société Kelkoo de refuser de référencer ses offres sur son site « *Kelkoo.com* ». Les offres de la société saisissante sont apparues sur le comparateur de prix « *Kelkoo.com* » à partir d'octobre 2003. Les relations entre les deux sociétés ont cessé en février 2004, la société Concurrence ne souhaitant pas figurer sur un site contrevenant, selon elle, à de nombreuses obligations légales et la société Kelkoo

relevant que la société Concurrence ne payait pas ses factures (par ailleurs contestées comme étant illicites par la société Concurrence).

15. La société saisissante prétend que, la société Kelkoo étant en position dominante sur le marché des comparateurs de prix, ces pratiques sont constitutives d'un abus de position dominante.

4. LES PRATIQUES RELATIVES À L'UTILISATION DE LA MARQUE SONY COMME MOYEN DE PUBLICITÉ SUR INTERNET

16. La société Concurrence soutient que la marque Sony serait utilisée et attribuée sur Internet de façon abusive et discriminatoire. Cela créerait une désorganisation du réseau, une concurrence déloyale des revendeurs non agréés, ainsi qu'une publicité mensongère et trompeuse faisant passer des revendeurs non signataires du contrat EMA pour des revendeurs agréés.
17. La société saisissante dénonce ainsi l'attribution discriminatoire de l'autorisation d'utiliser la marque Sony dans le service de liens commerciaux de Google France et sur le comparateur de prix « *Kelkoo.com* » autorisation qui serait refusée à la société Concurrence, signataire du contrat EMA, et accordée à des sociétés non signataires dudit contrat. Elle dénonce également la pratique consistant, sur le moteur de recherche naturelle « *Google.fr* », à exclure le site « *concurrence.fr* » des résultats de certaines recherches.
18. S'agissant de ces pratiques, la société Concurrence reproche aux sociétés Google France et Kelkoo d'avoir abusé de leur position dominante, respectivement sur le marché des moteurs de recherche et sur le marché des comparateurs de prix, à ces mêmes sociétés de s'être entendues avec la société Sony France qui leur aurait accordé de manière discriminatoire l'utilisation de la marque Sony dans leur service respectif et à la société Sony France d'avoir manqué à son obligation d'exécuter le contrat de distribution européen en faisant respecter l'usage de sa marque.

5. LES PRATIQUES RELATIVES À L'APPLICATION DES PRINCIPES DE REMISES TARIFAIRES DE LA SOCIÉTÉ SONY

19. La société Concurrence conteste les remises accordées à certains distributeurs, notamment sur Internet. Elle dénonce les remises auxquelles certains sites non signataires du contrat EMA peuvent accéder via des grossistes sans proposer les services y afférents. Elle dénonce également la possibilité pour des signataires du contrat EMA distribuant des produits, via plusieurs canaux de distribution, de bénéficier sur la totalité des produits Sony achetés des remises acquises en contrepartie de services fournis sur leur canal de distribution principal.
20. La société saisissante reproche ainsi à la société Sony France de s'entendre avec certains revendeurs dont Fotovista pour consentir des dérogations discriminatoires au barème de remises tarifaires qualitatives relatives à l'achat de matériel Sony.

D. LES MESURES CONSERVATOIRES DEMANDEES

21. La société Concurrence demande au Conseil de la concurrence de prononcer les mesures conservatoires suivantes :
- enjoindre à la société Google France de vendre les mots clés constitués notamment par les marques distribuées par Concurrence, ainsi que par des associations entre ces marques et les types de produits vendus par Concurrence, selon le barème en vigueur sans imposer de clause abusive, notamment d'incompétence des tribunaux français, de possibilité de modification par Google France des annonces et de choix des supports sans l'autorisation de Concurrence ;
 - enjoindre à la société Kelkoo de vendre les mots clés constitués notamment par les marques distribuées par Concurrence, ainsi que par des associations entre ces marques et les types de produits vendus par Concurrence ;
 - enjoindre à la société Sony France d'interdire à Kelkoo et à Google France d'user de sa marque sans autorisation et d'imposer un traitement non discriminatoire envers ses revendeurs agréés, si ceux-ci veulent apparaître en payant, sur les résultats des moteurs de recherche et de comparaison de prix ;
 - enjoindre à la société Sony France de cesser les dérogations dans l'application de ses barèmes de prix et accords de coopération, consistant à permettre que les sites non agréés bénéficient des rémunérations qualitatives, soit directement si Sony les livre, soit indirectement par l'intermédiaire de grossistes, de centrales d'achats, ou de toute autre entreprise bénéficiaire de ces rémunérations pour ses activités habituelles, et qui rétrocéderait des produits ;
 - enjoindre à la société Sony France de ne plus accorder de dérogation à ses revendeurs agréés, qui exploitent à la fois des magasins de détail et un site de vente Internet, tout en gardant pour les ventes Internet le bénéfice des rémunérations qualitatives attribuées pour les services rendus dans leur magasin de détail, par le biais de remises, ristournes ou accords de coopération.

II. Discussion

22. L'article 42 du décret du 30 avril 2002 énonce que « *la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée* ». Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 462-8 du code de commerce selon lequel le Conseil de la concurrence, « (...) *peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* » .

A. SUR LE MOYEN SOULEVE A TITRE PRELIMINAIRE PAR LA SOCIETE GOOGLE FRANCE

23. La société Google France demande au Conseil de la concurrence, à titre préliminaire, de rejeter la plainte et la demande de mesures conservatoires du fait de l'absence de rattachement clair à un quelconque fondement juridique et de la motivation inexistante de la plainte, rendant difficile l'exercice des droits de la défense.
24. En l'espèce, les différents actes de saisine font référence à des qualifications juridiques et font notamment mention des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 464-1 du code de commerce. En outre, les différents actes de l'instruction ont permis à la société Google France de prendre connaissance du détail des pratiques dénoncées ainsi que des demandes de la société Concurrence et de pouvoir y répondre. Ce moyen doit donc être écarté.

B. SUR LE MOYEN RELATIF AU RETRAIT DES MESURES CONSERVATOIRES A L'ENCONTRE DE LA SOCIÉTÉ GOOGLE FRANCE

25. La société Google France demande au Conseil de la concurrence de donner acte du retrait par la société Concurrence de la demande de mesures conservatoires à son encontre au motif que, dans ses observations complémentaires du 3 mai 2005, celle-ci reconnaît que les conditions contractuelles qui lui créaient des difficultés ont disparu et semble en conséquence renoncer à ses demandes de mesures conservatoires.
26. Toutefois, le retrait de tout ou partie des demandes d'une saisine, de même qu'un désistement, ne peut être implicite ou déduit et doit résulter d'un acte explicite du saisissant. Tel n'est pas le cas en l'espèce, de sorte que les mesures conservatoires demandées à l'encontre de la société Google France ne peuvent être considérées comme retirées. Ce moyen doit donc être écarté.

C. SUR LA RECEVABILITÉ DES DOCUMENTS TRANSMIS LE 23 MAI 2005

27. La société Concurrence a transmis au Conseil de la concurrence le 23 mai 2005, veille de la séance du Conseil, des observations et différentes pièces concernant les sociétés Google France, Kelkoo ou Sony France. Certains documents ont été transmis par la société Concurrence aux avocats de certaines sociétés par fax, mais ne l'ont pas été à toutes les parties, ni au commissaire du gouvernement.
28. Le Conseil de la concurrence a considéré, notamment dans ses décisions n° 01-MC-07 du 21 décembre 2001 et n° 03-D-41 du 4 août 2003, qu'aucune disposition du code de commerce n'impose de délai pour la mise en état de procédures de mesures conservatoires, qui se caractérisent par l'urgence mais dont l'instruction doit permettre, dans un temps nécessairement restreint, de réunir le plus d'éléments possibles sur le bien-fondé de la demande. Lorsque le rapporteur général, usant de la faculté qu'il tient de l'article 34 du décret du 30 avril 2002, décide, pour une meilleure organisation du débat, de fixer des délais aux parties, le dépôt des pièces après l'expiration du temps imparti ne saurait justifier, sur ce seul fondement, leur rejet de la procédure dès lors que la partie adverse a bénéficié d'un temps suffisant pour assurer sa défense au regard des pièces produites.

29. En l'espèce, les documents étaient nombreux et contenaient un certain nombre d'éléments nouveaux de réflexion ou de contestation. Un délai était nécessaire aux parties pour les examiner et y répondre. Leur transmission dans les conditions ci-dessus énoncées n'a pas permis aux parties d'assurer leur défense. Les documents datés du 23 mai 2005 doivent donc être écartés des débats.

D. SUR LES PRATIQUES DENONCEES

1. SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES ILLICITES

30. De manière générale, le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour connaître de pratiques tarifaires ou de publicité mensongère. Il en irait autrement si de telles pratiques étaient le fait d'une entreprise en position dominante ou résultaient d'une entente entre plusieurs entreprises et qu'elles avaient en outre pour objet ou pouvaient avoir pour effet de restreindre la concurrence sur un marché. Or, en l'espèce, la saisine n'apporte aucun élément de nature à suggérer que ces conditions soient remplies.

2. SUR LES PRATIQUES RELATIVES AU SERVICE DE LIENS COMMERCIAUX DE LA SOCIÉTÉ GOOGLE FRANCE

a) Sur les conditions d'accès au service de liens commerciaux Adwords

31. S'agissant des conditions générales d'accès au service Adwords, la société saisissante soutient notamment que les clauses dénoncées nuisent aux droits de la défense d'une petite entreprise en cas de litige et sont contraires aux règles du procès équitable.
32. Il convient tout d'abord de relever que les clauses incriminées par la société Concurrence à l'appui de sa saisine du 10 mars 2005 dataient de 2003 et n'étaient plus en vigueur au jour de la saisine, leur remplacement ayant eu lieu en juin 2004.
33. Les clauses dénoncées, concernant l'attribution de compétence et les règles d'interprétation, destinées à régir les rapports entre des professionnels, parties à un contrat, ne soulèvent pas de difficultés au regard du droit de la concurrence. Par ailleurs, la possibilité pour Google de faire apparaître une annonce sur des sites partenaires (ce qui correspond en fait au service Adsense) n'apparaît pas comme illicite, d'autant qu'il est prévu que l'annonceur puisse s'y opposer. Enfin, la clause donnant la possibilité à Google de modifier ou supprimer une annonce de façon discrétionnaire n'a pas un caractère anticoncurrentiel mais son utilisation aurait pu l'être. Toutefois, rien dans la saisine ne permet de présumer qu'une utilisation de cette clause ait été faite par la société Google France à des fins ou avec des conséquences anticoncurrentielles. Au surplus, ces différentes clauses ont fait l'objet d'une mise à jour le 19 avril 2005. Elles stipulent désormais la compétence des tribunaux français, l'application du droit français et prévoient que les modifications et suppressions des annonces se font dans le respect du contrat.
34. Il résulte de ce qui précède qu'aucun des éléments apportés n'est suffisant pour caractériser l'existence d'une pratique anticoncurrentielle s'agissant des conditions d'accès au service Adwords.

b) Sur le refus d'accès au service de liens commerciaux Adwords

35. La société Concurrence invoque à l'appui de sa plainte une lettre adressée par elle le 4 février 2005 à la société Google France.
36. Toutefois, cette lettre, qui est la seule prise de contact de la société Concurrence avec la société Google France concernant l'accès au service Adwords antérieurement au 17 mai 2005, ne constitue pas une demande d'accès au dit service. Elle fait état des réserves de la société Concurrence quant à certaines conditions d'accès au service Adwords et de sa volonté d'accéder à ce service à des conditions différentes de celles proposées par Google France. Ainsi, la demande de la société Concurrence ne répond ni aux méthodes d'inscription (deux possibilités : un « *self-service* » on-line et une inscription via un service commercial pour les « *grands comptes* »), ni aux conditions d'accès librement mises en place par Google France. Cette lettre ne peut donc être considérée comme une demande effective d'accès, vis-à-vis de laquelle l'absence de réponse de la société Google France pourrait être interprétée comme un refus.
37. Il ressort au surplus des éléments apportés par l'instruction, notamment des observations écrites de la société Concurrence du 18 mai 2005 et de ses déclarations orales en séance, qu'à compter de sa première tentative d'inscription au « *self-service* », le 17 mai 2005, cette dernière a pu accéder au service de liens commerciaux du site « *Google.fr* », et faire paraître des annonces, y compris pour le mot clé « *sony* ».
38. Depuis son inscription, la société Concurrence dénonce les conditions de fonctionnement du service Adwords et leur opacité. De telles demandes, au demeurant nouvelles dans la procédure et sur lesquelles le Conseil n'est pas tenu de se prononcer puisqu'elles n'ont pas été évoquées dans la saisine (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 avril 2005, Export Press), ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence, en ce qu'elles concernent les relations commerciales entre les deux sociétés, sans que la société plaignante n'apporte d'élément de nature à concrétiser une pratique anticoncurrentielle.
39. Il résulte de ce qui précède qu'aucun des éléments avancés n'est suffisant pour caractériser l'existence d'une pratique anticoncurrentielle s'agissant de l'accès au service Adwords.

3. SUR LES PRATIQUES RELATIVES À L'ACCÈS ET À LA TARIFICATION DU SERVICE OFFERT PAR LA SOCIÉTÉ KELKOO

40. Il apparaît que toutes les demandes de la société Concurrence concernant son référencement sur le site « *Kelkoo.com* » étaient subordonnées, d'abord à des demandes de modification du site tenant selon la société saisissante à la cessation de contraventions à des obligations légales, puis, à compter des observations déposées au Conseil de la concurrence le 8 mai 2005 et d'une lettre adressée à la société Kelkoo le 9 mai 2005, à la validation par les autorités françaises de concurrence des pratiques dénoncées.
41. Ainsi, les demandes de la société Concurrence ne pouvaient être assimilées à une véritable demande d'accéder au service, tel que librement proposé par la société Kelkoo ; par conséquent, le silence de Kelkoo ne peut être interprété comme constitutif d'un refus d'accès au service.
42. De plus, l'argumentation relative à l'illicéité du site « *Kelkoo.com* » est inopérante, dès lors qu'il s'agit d'un refus d'engagement de relations contractuelles et non des modalités de ces relations ou de l'appréciation du respect par le site « *Kelkoo.com* » des contraintes légales propres à son activité, qui ne relèvent au demeurant pas de la compétence du

Conseil de la concurrence, à défaut de tout élément permettant de présumer un objet ou un effet anticoncurrentiel potentiel.

43. Dans ses observations du 8 mai 2005, la société Concurrence dénonce une absence de critères et un favoritisme dans la tarification du service de la société Kelkoo. Ces allégations, au demeurant nouvelles dans la procédure et sur lesquelles le Conseil n'est pas tenu de se prononcer puisqu'elles n'ont pas été évoquées dans la saisine (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 avril 2005, Export Press), ne sont appuyées d'aucun élément permettant de présumer que les critères explicitement cités dans les conditions générales de vente de Kelkoo ne sont en réalité pas utilisés.
44. Il résulte de ce qui précède qu'aucun des éléments apportés n'est suffisant pour caractériser l'existence d'une pratique anticoncurrentielle s'agissant de l'accès au service offert par la société Kelkoo.

4. SUR LES PRATIQUES RELATIVES À L'UTILISATION DE LA MARQUE SONY COMME MOYEN DE PUBLICITÉ SUR INTERNET

45. La société Concurrence soutient que l'attribution du mot clé « *sony* » doit être contrôlée par la société Sony elle-même qui, en l'absence d'un tel contrôle, manquerait aux obligations découlant du contrat EMA. Elle précise que le réseau de quasi-distribution sélective instauré pour la distribution de produits Sony rendrait l'usage de la marque Sony par un revendeur non agréé illégal et qu'en permettant l'usage du mot clé « *sony* », Google France commettrait un acte de contrefaçon similaire à ceux condamnés dans les récentes affaires Vuitton (TGI Paris, 4 février 2005) ou Accor (TGI Nanterre, 17 janvier 2005) et un abus répréhensible au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce du fait de sa position dominante.
46. Elle affirme, en outre, que la gestion discriminatoire des mots clés « *sony* » dans les liens commerciaux du site « *Google.fr* » s'appuie sans doute sur un contrôle de Sony et par conséquent sur une entente entre Google France et Sony France. Un raisonnement globalement similaire est tenu à propos d'une entente entre Sony France et Kelkoo.
47. Dans ses observations du 12 mai 2005, la société Sony France a souligné qu'il n'existe pas de distribution sélective des produits Sony. Elle a également rappelé, qu'en l'état actuel des règles de la propriété intellectuelle, un revendeur ayant licitement acquis des produits d'une marque peut en faire la promotion en utilisant cette marque, tant qu'il en est fait un usage normal et qui ne nuit pas à l'image de la marque, du produit ou du fabricant. Elle a précisé à cet égard : *Quant à l'usage [que les revendeurs] peuvent faire de la marque ou du mot "sony" pour décrire leurs activités dans l'annonce qui sert de base à leur référencement par les sites Google ou Kelkoo, il relève d'un usage tout à fait normal, puisqu'il se limite, en fait, à l'indication de ce que ces opérateurs vendent effectivement des produits Sony* » .
48. Ainsi, la situation est différente de celle des arrêts cités, dans lesquels le titulaire de la marque s'opposait à la vente de mots-clés reprenant sa marque ou dans lesquels le mot-clé était employé pour renvoyer sur des sites de concurrents ou commercialisant ostensiblement des contrefaçons. En tout état de cause, un contrôle de l'usage de la marque relève des prérogatives de son titulaire, qui est seul juge de ce qui est abusif, illégitime ou préjudiciable à son image. Un tel litige ne relève pas de la compétence du Conseil de la concurrence, pas plus que celui tendant à mettre en jeu la responsabilité de Sony, dans

l'hypothèse où son absence de réaction créerait un préjudice à certains revendeurs et contreviendrait aux engagements pris dans son contrat EMA.

49. En l'état, les éléments apportés ne suffisent donc pas à caractériser une pratique anticoncurrentielle individuelle de la société Google France ou collective avec la société Sony France dans le fonctionnement du service Adwords. Il en irait autrement si l'utilisation du mot clé « *sony* » était, comme cela est allégué, octroyée de manière discriminatoire et refusée à la société Concurrence. Or, tel n'est pas le cas puisque, comme précisé précédemment, les déclarations de la société Concurrence confirment son utilisation du service Adwords et du mot clé « *sony* » postérieurement au 17 mai 2005.
50. De la même façon, le référencement d'offres concernant des produits Sony sur le site « *Kelkoo.com* » n'est pas fermé à la société Concurrence, qui a pu référencer de telles offres d'octobre 2003 à février 2004. Il convient de relever que le fonctionnement du service du site « *Kelkoo.com* » ne s'appuie pas sur des mots clés mais sur la communication des références et des données commerciales concernant les produits proposés. Le litige entre les deux sociétés porte de manière générale sur l'accès au service de la société Kelkoo et non de manière spécifique sur le seul référencement d'offres concernant des produits Sony (la société Concurrence proposant, certes de manière marginale, des produits d'autres marques). En outre, rien dans le dossier ne permet de présumer l'existence d'un accord anticoncurrentiel entre les sociétés Kelkoo et Sony France.
51. S'agissant de l'exclusion partielle du site « *Concurrence.fr* » des résultats de la recherche naturelle sur le site « *Google.fr* », il ressort des explications techniques apportées par la société Google France pendant l'instruction que l'exclusion d'un site du moteur de recherche naturelle ne peut se faire qu'au niveau de la base de données (auquel cas le site n'apparaît dans les résultats d'aucune requête) et non au stade des résultats après une requête (sauf modification par Google Inc. de l'algorithme de recherche et partant de tous les résultats de recherche). Or, il résulte des pièces de l'instruction, et notamment des observations de la société Google du 12 mai 2005, que le site « *Concurrence.fr* » apparaît dans les résultats à certaines requêtes faites sur le moteur de recherche. Du reste, le Conseil de la concurrence a considéré, dans une décision n° 00-D-32 du 9 juin 2000, que « *l'exercice de la fonction de guide de recherche sur Internet n'implique pas d'obligations portant sur le référencement de la totalité des sites Web (...) ou sur l'adoption de méthodes particulières de classement des sites* ». Il en résulte que le fait que le site « *Concurrence.fr* » n'apparaisse pas dans les résultats donnés à toutes les requêtes intéressant l'activité de la société Concurrence ne peut, en lui même, être révélateur d'une quelconque discrimination abusive.
52. Ainsi, s'agissant de l'utilisation discriminatoire de la marque Sony comme moyen de publicité sur Internet, les éléments apportés par la société saisissante ne permettent de caractériser, ni un accord entre Sony France et Google France ou entre Sony France et Kelkoo, ni l'abus d'une position dominante ayant un objet ou pouvant avoir un effet anticoncurrentiel. A cet égard, les relations établies entre une agence publicitaire et Google France concernant l'utilisation par Sony France du service Adwords ne peuvent raisonnablement être considérées, contrairement à ce que soutient la société saisissante, comme un indice pertinent d'une entente entre Sony France et Google France.
53. Il résulte de ce qui précède qu'aucun des éléments apportés n'est suffisant pour caractériser l'existence d'une pratique anticoncurrentielle s'agissant de l'usage de la marque Sony comme moyen de publicité sur Internet.

5. SUR LES PRATIQUES RELATIVES À L'APPLICATION DES PRINCIPES DE REMISES TARIFAIRES DE LA SOCIÉTÉ SONY FRANCE

54. La société Concurrence soutient que Sony France fait illicitement bénéficier des revendeurs non signataires du contrat EMA de remises qualitatives par l'intermédiaire de grossistes. Elle soutient également que certains revendeurs bénéficient, de façon dérogatoire et discriminatoire, pour leur vente sur Internet ou leur activité de grossiste de remises obtenues pour la vente en magasins. Elle évoque plusieurs revendeurs mais ne fournit d'éléments qu'à l'égard de la société Fotovista et de son site « *Pixmania.fr* ». Elle avance à ce propos que le point de savoir si le site « *Pixmania.fr* » fournit un nombre important de services n'est pas pertinent. Elle considère en effet, d'une part, que ceux-ci ne répondent pas aux critères du barème général et, d'autre part, que la structure du barème de Sony ne permet pas une telle pratique, dès lors caractéristique d'une dérogation illicite.
55. La société Sony France a souligné dans ses observations que, d'une manière générale, la construction de son barème de remise qualitative visait à ne pas préjuger du canal de distribution le plus pertinent et à ce qu'aucun ne soit favorisé, le montant de remise maximum étant très proche pour les quatre types de vente prévus. Elle a noté en outre que, s'agissant spécifiquement de la société Fotovista et de son site « *Pixmania.fr* », la société Concurrence bénéficiait d'un total de remises pratiquement similaire à celui de la société Fotovista, pour un chiffre d'affaires dix fois moindre.
56. Le Conseil de la concurrence a déjà eu à connaître de l'application dérogatoire par Sony France de certaines remises qualitatives. Dans une décision n° 93-D-19 du 7 juillet 1993, confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 novembre 1997, il a sanctionné l'attribution, sans contre-partie et sans justification, d'une remise de 5% pour service après-vente à certaines sociétés de la grande distribution. Il n'a en revanche pas sanctionné certains aménagements contractuels, dès lors notamment qu'ils étaient accordés à tous les distributeurs (voir aussi décision n° 02-D-67 du 7 novembre 2002).
57. S'agissant de la revente à des distributeurs non signataires du contrat EMA, le barème de Sony ne prévoit pas de conditions particulières relatives à la revente à des professionnels, entendus au sens large, sauf à ce que l'image de la marque ou de ses produits puisse en souffrir. Les remises sont alors octroyées en contrepartie des services rendus par les signataires du contrat EMA dans leur activité de revente aux professionnels. Seul l'octroi de la remise logistique (qui ne concerne pas uniquement la vente aux professionnels) est limité à la livraison de revendeurs répondant aux critères d'appréciation posés par le contrat EMA (sans être forcément signataires de ce dernier). Partant, la tarification faite par un grossiste à ses clients peut donc être fixée librement, sous la limite des contraintes légales, telles que l'interdiction de la revente à perte par exemple.
58. S'agissant de la possibilité pour un distributeur de bénéficier des remises qualitatives acquises pour la totalité des produits achetés et quel que soit le canal utilisé pour leur revente, il convient de relever que le barème de Sony ne traite pas directement d'une telle situation. Il n'interdit donc pas l'interprétation, explicitement formulée par Sony dans ses observations et dans un courrier au moins adressé à la société Concurrence le 19 novembre 2004, selon laquelle les remises octroyées au titre du canal de distribution principal sont également acquises pour le matériel revendu via un canal de distribution accessoire. La société Sony France n'accorde pas ainsi une dérogation, mais prévoit un aménagement contractuel, qu'elle a d'ailleurs proposé à la société Concurrence dans le courrier précité. Elle se réserve explicitement, dans son barème, la possibilité de vérifier si les critères d'attribution des remises sont satisfaits ou de contrôler que les produits sont

bien revendus dans les conditions prévues et, le cas échéant, de cesser ou suspendre l'octroi des remises. Or, rien n'indique qu'un tel contrôle ne serait pas effectué par la société Sony France.

59. Dans le cas de la Centrale Fotovista, signataire du contrat EMA et client direct de Sony, les remises accordées le sont au titre du barème général (vente en magasin). Or, il ressort des chiffres communiqués par la société Fotovista que l'activité sur Internet du site Pixmania est supérieure aux ventes réalisées dans les magasins physiques de la chaîne Foci. Toutefois, ce fait n'est pas à lui seul susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle répréhensible.
60. Il ressort en effet des éléments de l'instruction, et notamment de l'examen du site « *Pixmania.fr* », de la présentation des services proposés par ce site dans les observations de la société Fotovista, des déclarations en séance de la société Sony France ainsi que de l'étude du barème Sony, que le niveau des services rendus sur le site Pixmania est élevé et similaire au niveau des services rendus par les magasins Foci et que le montant total des remises qu'il est possible d'obtenir avec le barème Internet est à peu de choses près le même qu'avec le barème général. Rien n'indique que la situation dénoncée entraîne l'octroi à la société Fotovista de remises supplémentaires et non méritées ou révèle une discrimination à l'encontre de la société Concurrence.
61. Ainsi, aucun des éléments avancés concernant les pratiques de Sony France dans l'application de ses remises tarifaires qualitatives ne permet de présumer l'existence d'une dérogation accordée sciemment par Sony France à certains distributeurs à l'exclusion de certains autres, sans contrepartie réelle et sans justification, ni d'une absence de volonté de vérifier l'existence des services rendus ou encore d'une volonté de fausser la concurrence en avantageant une forme ou un canal de distribution. Aucune discrimination susceptible d'être qualifiée au titre de l'article L 420-1 du Code de commerce ne semble donc pouvoir être caractérisée.
62. Il résulte de ce qui précède qu'aucun des éléments versés par la partie saisissante ou recueillis durant l'instruction n'est suffisant pour caractériser l'existence d'une pratique anticoncurrentielle s'agissant de l'application des principes de remises tarifaires de la société Sony France.
63. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la partie saisissante n'apporte pas d'éléments probants suffisants pour caractériser l'existence de pratiques qui auraient pour objet ou pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence au sens des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la délimitation exacte des marchés pertinents ou encore sur l'existence d'une éventuelle position dominante.
64. Il convient donc de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 du code de commerce et, par voie de conséquence, de rejeter la demande de mesures conservatoires.

DÉCISION

Article 1^{er} : La saisine au fond enregistrée sous le numéro 05/0018 F est rejetée.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 05/0019 M est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M. Berkani, par Mme Aubert, vice-présidente, président la séance, Mme Mader-Saussaye, MM. Combe, Flichy, Gauron, Piot et Ripotot, membres.

La secrétaire de séance,
Rita Sougoumarane

La vice-présidente,
Françoise Aubert

© Conseil de la concurrence