



Décembre 2024

Focus

Retour sur l'épilogue de l'affaire Intel : la CJUE entérine l'approche par les effets des abus d'éviction

CJUE, 24 octobre 2024, aff. C-240/22 P

Focus
Retour sur l'épilogue de l'affaire Intel : la CJUE entérine l'approche par les effets des abus d'éviction

Panorama

Cumul des indemnités de rupture brutale et de concurrence déloyale

Affaire Pizza sprint : responsabilité de l'acquéreur du réseau à l'égard des franchisés

Points de vue pratiques

Loi de police, arbitrage, PRC et PAC : un ordre public international à la carte

Nouvelles Lignes directrice sur la promotion des ventes

Condamnation des « dérogations tarifaires » accordées par un fournisseur au client final de son distributeur pour imposition des prix de revente

Indépendance de l'agent : ça pique !

Modification de la gamme de produits du contrat d'agence commerciale : rupture imputable au mandant ?

En bref...

La Lettre est rédigée par le groupe Contrats et Distribution du Centre du Droit de l'Entreprise

Ont contribué au présent numéro

Lucas Bettoni
MCF Université Toulouse-Capitole
Karine Biancone
Avocat à la Cour

Marie-Pierre Bonnet-Desplan
Avocat à la Cour

Nicolas Ferrier
Pr. Université de Montpellier
Directeur éditorial

Yasmina Idani
MCF Université de Montpellier

Nathalie Lefeuve-Roumanos
Avocat à la Cour

Aymeric Louvet
Avocat à la Cour

Clémence Mouly-Guillemaud
Pr. Université de Montpellier

Margot Silly
Chargée d'enseignements

Jean-Michel Vertut
Avocat à la Cour

Athénaïs Weil
Chargée d'enseignements

Association Droit et Distribution
39 rue de l'Université
34060 Montpellier Cedex 2
associationdroitdistribution@gmail.com
www.cde-montpellier.com

Faits. En mai 2009, la Commission européenne inflige à Intel une amende de 1,06 milliards d'euros pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché mondial des microprocesseurs (Comm. UE, 13 mai 2009, COMP/C-3/37.990). Deux types d'abus à l'égard de ses partenaires commerciaux lui sont reprochées : des rabais accordés à quatre équipementiers informatiques stratégiques à la condition qu'ils achètent auprès de lui la totalité de leurs microprocesseurs (rabais de fidélité) et des paiements accordés à un distributeur européen d'appareils microélectroniques à condition que ce dernier vende exclusivement des ordinateurs équipés des produits précités (rabais d'exclusivité). Le Tribunal de l'UE rejette le recours en annulation introduit par Intel (12 juin 2014, T 286/09) mais l'arrêt est annulé par la Cour de justice qui lui reproche de ne pas avoir examiné l'ensemble des arguments d'Intel formulés au sujet de la mise en œuvre par la Commission du test « AEC » (*As Efficient Competitor*), cette dernière étant tenue d'analyser non seulement l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent, le taux de couverture du marché par les rabais contestés, les conditions et les modalités d'octroi de ces rabais, leur durée et leur montant, mais aussi l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces (CJUE, 6 sept. 2017, C-413/14 P, Lettre distrib. 10/2017, obs. N. Eréséo). Sur renvoi, le Tribunal, qui identifie des erreurs de la Commission dans l'application de ce test, annule partiellement la décision de la Commission, en ce qu'elle qualifie les rabais d'exclusivité contestés de pratiques constitutives d'une violation de l'article 102 du TFUE, et annule intégralement l'amende écopée par Intel (TUE, 26 janv. 2022, T-286/09). À son tour, la Commission forme un pourvoi contre le second arrêt du Tribunal, en faisant valoir que le contrôle exercé par celui-ci sur les appréciations de celle-là relatives au test AEC est entaché d'irrégularités de procédure, d'erreurs de droit et de dénaturation des éléments de preuve.

Problème. Les moyens de la Commission à l'appui de son pourvoi renvoient plus largement à la question de savoir, d'une part, si le fabricant de microprocesseurs, en pratiquant des rabais de fidélité et d'exclusivité à l'égard de ses clients, a abusé de sa position dominante sur le marché des microprocesseurs en mettant en œuvre une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise dominante et, d'autre part, comment l'effet anticoncurrentiel de ces agissements doit être apprécié par les autorités de concurrence et les juridictions de contrôle.

Solution. La Cour rejette le pourvoi de la Commission en validant l'analyse suivie par le Tribunal dans son arrêt de 2022 pour juger la capacité d'éviction des rabais d'exclusivité insuffisamment démontrée. Elle apporte à cette occasion des précisions importantes sur la portée du contrôle de légalité incombant au Tribunal lorsqu'il est amené à se prononcer sur l'analyse adoptée par l'autorité européenne de concurrence des effets anticoncurrentiels potentiels de ces pratiques, ainsi que sur la mise en œuvre du test du concurrent aussi efficace.

Analyse. Clôturant la « saga » Intel, la décision livre des enseignements majeurs pour l'appréciation du caractère anticoncurrentiel des pratiques tarifaires d'éviction. Concernant les implications pratiques de cette solution, notamment les incertitudes que le test

économique fait peser sur les avantages financiers consentis entre partenaires commerciaux, nous renvoyons aux perspicaces observations de Me Vertut (Lettre distrib. 11/2024, p. 9). De même, les aspects procéduraux ainsi que les prétentions relatives à la violation des droits de la défense seront laissés de côté. Cela permet de se concentrer sur l'évolution, ou plutôt la révolution, ici à l'œuvre pour la caractérisation de l'abus de position dominante par éviction, que ce soit par la pleine consécration de l'approche par les effets (I) ou par la primauté reconnue au test d'AEC pour la réalisation de l'analyse économique (II).

I.- La consolidation de l'approche par les effets en matière d'abus d'éviction

La décision marque l'aboutissement d'un changement de paradigme entamé par le premier arrêt de la Cour de justice dans cette même affaire en matière d'abus de position dominante (CJUE, 6 sept. 2017, préc.). Elle fait la part belle à l'analyse économique en mettant clairement un terme à l'approche formaliste qui a longtemps prévalu dans la caractérisation des abus d'éviction (V. not. CJCE, 13 févr. 1979, *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/76, spéc. § 89, considérant abstraitement que le fait de se trouver en position dominante empêche une entreprise de lier ses clients par une obligation d'approvisionnement exclusif ou par un système de rabais de fidélité). Pour la Cour désormais, « tout effet d'éviction ne porte pas nécessairement atteinte au jeu de la concurrence » (§ 175). La concurrence par les mérites peut en effet conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs en termes, notamment, de prix, de production, de choix, de qualité ou d'innovation. Par conséquent, pour pouvoir considérer, dans un cas donné, qu'une pratique est constitutive d'une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 102 du TFUE, il est nécessaire de démontrer que, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent la concurrence par les mérites entre entreprises, ce comportement a pour effet actuel ou potentiel de restreindre cette concurrence en évinçant des entreprises concurrentes aussi efficaces du ou des marchés concernés, ou en empêchant leur développement sur ces marchés (§ 176).

Suivant cette approche économique de l'abus de position dominante, il ne saurait y avoir de présomption d'illégalité des rabais de fidélité pratiqués par les entreprises en position dominante. L'autorité poursuivante doit rapporter la preuve d'effets anticoncurrentiels actuels ou potentiels de ces agissements, en appréciant l'ensemble des circonstances factuelles pertinentes, que celles-ci concernent ce comportement lui-même, le ou les marchés en cause ou le fonctionnement de la concurrence sur celui-ci ou ceux-ci, et en se fondant sur des éléments d'analyse et de preuve précis et concrets (§ 179). Et il lui incombe, pour ce faire, d'analyser non seulement des éléments tels que l'importance de la position dominante de l'entreprise en cause, le taux de couverture du marché par les rabais en cause ainsi que les conditions et modalités d'octroi, leur durée et leur montant, mais aussi l'existence d'une éventuelle stratégie visant à évincer les concurrents aussi efficaces (§ 181). Or, c'est à raison, en l'espèce, que le Tribunal a considéré que la décision de la Commission était entachée d'imprécisions et d'erreurs dans l'appréciation de la capacité des rabais d'exclusivité à produire un effet d'éviction anticoncurrentiel, en particulier dans la conduite du test AEC (v. II).

Pour conclure sur la pleine consécration de l'approche par les effets, on peut noter que cette position de la Cour est difficile à concilier avec l'actuelle version du projet de

lignes directrices relatives aux pratiques d'éviction abusives d'entreprises dominantes. Le projet indique en effet à son paragraphe 82 que tout « accord exclusif est présumé être susceptible de produire des effets d'éviction », le terme accord exclusif comprenant, au sens de la Commission, les rabais ayant des effets d'exclusivité (Comm. UE, Projet de Lignes directrices sur l'application de l'article 102 TFUE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 1^{er} août 2024). Ce n'est pas la première fois que la Cour désavoue la Commission dans un choix de politique de concurrence au niveau de l'Union (V. dernièrement la censure de l'interprétation faite par la Commission de l'article 22 du règlement n° 139/2004 sur les concentrations d'entreprises : CJUE, 3 sept. 2024, *Illumina Grail*, aff. jtes C-611/22 P et C-625/22 P). Il sera intéressant de consulter la version définitive de ces orientations, attendue pour le quatrième trimestre de l'année 2025, pour voir si l'exécutif européen aura ou non tenu compte de cet arrêt Intel dans la finalisation de sa grille d'analyse.

II.- La prééminence du test AEC dans la réalisation de l'analyse économique

L'autre intérêt de la décision réside dans la place accordée au test AEC dans l'analyse des effets d'éviction ainsi que dans les précisions apportées par la Cour de justice sur la manière dont l'autorité de concurrence doit opérer ce test économique en présence de rabais de fidélité.

En premier lieu, la Cour souligne l'importance, pour ne pas dire la primauté, du test AEC dans l'appréciation des effets anticoncurrentiels des rabais d'exclusivité : « la capacité de tels rabais à évincer un concurrent aussi efficace que l'entreprise en position dominante, lequel concurrent est supposé faire face aux mêmes coûts que ceux que supporte cette entreprise, s'apprécie, de manière générale, en recourant au test AEC » (§ 181). Rappelons que selon ce test économique du concurrent aussi efficace, est abusive, non l'exclusion de n'importe quel concurrent, mais seulement celle du concurrent aussi efficace que le dominant. En situation de concurrence « normale », le concurrent aussi efficace (c'est-à-dire celui dont les coûts ne sont pas supérieurs à ceux du dominant) devrait pouvoir rivaliser avec le dominant. S'il est évincé, la concurrence ne se fait pas par les mérites et il y a donc abus. En revanche, s'il a des coûts supérieurs et qu'il est évincé, c'est qu'il n'est pas aussi efficace que le dominant, lequel est alors plus compétitif et l'emporte bien grâce à ses mérites. Il n'y a donc pas d'abus. En résumé, l'abus fait défaut lorsque le comportement du dominant est « simplement » agressif, et ne fait qu'évincer les entreprises peu aptes au marché (pour une explication de ce test, D. Bosco, *Abus de position dominante*, Rép. Dalloz dr. eur., 2019, n° 60 et s.). Si le test AEC constitue la règle générale pour l'évaluation des effets anticoncurrentiels générés par les rabais de fidélité, est-il devenu le standard de définition de tous les abus d'éviction ? Au paragraphe 202, la Cour laisse entendre que le test AEC s'applique à toute la gamme des pratiques tarifaires. On sait aussi qu'il a déjà été étendu aux clauses d'exclusivité (V. CJUE, 19 janv. 2023, *Unilever Italia*, aff. C-680/20, Lettre distrib. 02/2023, nos obs.). Aucune raison économique évidente ne semble justifier que les pratiques d'éviction en dehors des rabais soient assujetties à des critères alternatifs. Une déclaration plus explicite de la Cour sur la portée de la généralité du test AES aurait été néanmoins appréciable.

En second lieu, le contrôle de l'application faite par la Commission du test AEC aux rabais litigieux offre l'occasion à la Cour d'explicitement une méthode d'application du test particulièrement complexe, qui relève de l'économétrie et non du droit. Appliqué aux rabais, le test consiste à comparer la « part disputable », c'est-à-dire la part du marché que les clients d'Intel étaient disposés et en mesure de reporter leur approvisionnement sur un autre fournisseur, nécessairement limitée compte tenu, notamment, de la nature du produit ainsi que de l'image de marque et du profit d'Intel, et la « part requise », c'est-à-dire la part des besoins du client qu'un concurrent aussi efficace qu'Intel doit décrocher afin qu'il puisse accéder au marché sans subir de perte. En l'occurrence, le Tribunal a pu valablement constater que la Commission avait sous-estimé la part disputable en se fondant sur une partie des données seulement, ce qui a faussé le test AEC qui aurait pu passer de négatif en positif s'il avait été tenu compte de l'ensemble des données.

L. Bettoni

Panorama

CA Paris, 6 novembre 2024, n° 23/14142

Cumul des indemnités de rupture brutale et de concurrence déloyale

Faits. Après avoir été employée durant 5 ans par une société spécialisée dans l'impression numérique, une salariée crée une société concurrente avec un client de son employeur et annonce sa démission le jour où elle transfère sur sa messagerie personnelle le carnet d'adresse des clients et fournisseurs de son employeur. Victime d'un détournement de ses clients, la société d'impression assigne en rupture brutale de leurs relations commerciales deux d'entre eux, lesquels seront définitivement condamnés à réparer le préjudice occasionné par cette brutalité. Ultérieurement, la victime assigne également la nouvelle société concurrente en concurrence déloyale. Son préjudice, évalué à 96 374 euros en première instance est réduit à 5 000 euros en appel, la Cour estimant que le dommage résultant de la concurrence déloyale « ne peut se cumuler avec la réparation que la victime a déjà obtenue des co-auteurs des faits. Ce motif est censuré par la Cour de cassation qui affirme « l'indemnisation au titre de la rupture brutale d'une relation commerciale établie avec un client répare seulement le préjudice découlant de l'absence ou de l'insuffisance de préavis et peut se cumuler avec l'indemnisation, par l'auteur d'actes de concurrence déloyale, du préjudice résultant de la perte de ces clients au-delà de la période de préavis » (Com., 28 juin 2023, n° 22-10.184). Il revient alors à la Cour d'appel de renvoi de traduire concrètement cette affirmation lors de l'évaluation du préjudice causé par la concurrence déloyale.

Le problème est ainsi de déterminer le quantum du préjudice causé par la perte de clients à l'issue d'une concurrence déloyale alors que lesdits clients ont d'ores et déjà indemnisés le gain manqué par la victime postérieurement à la rupture en raison de la brutalité de celle-ci.

Solution. La Cour admet que l'indemnisation des deux préjudices se cumule puisqu'ils portent sur des objets distincts : d'une part, le « détournement de clientèle par le concurrent » et d'autre part « les préjudices découlant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même ». Dès lors, « le préjudice consécutif à un détournement de clientèle, indemnisable dans le cadre d'une action en concurrence déloyale, réside [...] dans le gain manqué et dans la perte subie découlant directement de la perte définitive des revenus générés à l'occasion de la relation rompue, peu important la soudaineté de sa cessation. Si, à raison de la fonction du préavis et du maintien des conditions antérieures pendant son exécution ainsi que des modalités de calcul du préjudice que cause son insuffisance ou son absence, les dommages et intérêts alloués compensent la perte du client en elle-même, cette compensation n'est que temporaire. L'indemnisation ne couvre dès lors pas les conséquences plus lointaines mais certaines de la disparition définitive de la relation, analyse qui explique que la Cour de cassation ait précisé que "l'indemnisation au titre de la rupture brutale d'une relation commerciale établie avec un client [puisse] se cumuler avec l'indemnisation, par l'auteur d'actes de concurrence déloyale, du préjudice résultant de la perte de ces clients au-delà de la période de préavis" ».

Analyse. La solution appelle pleine approbation en son principe. L'objet des préjudices n'est pas le même, ce qui suffit à justifier le cumul de leur indemnisation. En théorie, l'absence de préavis ne répare pas le préjudice occasionné par la perte d'un client fautivement détourné. Mais les choses se compliquent car ces deux préjudices sont indemnisés sur le même modèle du gain manqué durant les mois consécutifs à la rupture, à savoir la marge qu'aurait dégagé la victime en l'absence de rupture.

Une telle indemnisation se comprend parfaitement pour la perte du client détourné puisque, en l'absence de cette faute, il aurait maintenu ses commandes. Elle paraît moins convaincante lorsqu'il s'agit d'indemniser l'absence de préavis, laquelle devrait identifier une absence de prévenance par l'inexécution de la délivrance d'une information annonçant la rupture. Le préjudice devrait n'être que la perte d'une chance de compenser l'ancien chiffre d'affaires par une réorientation de l'activité : puisque la rupture est libre, le préjudice, lorsqu'elle survient sans annonce préalable, n'est pas la perte du gain qu'aurait emporté l'absence de rupture mais l'impossibilité d'entreprendre les démarches pour réorienter l'activité et substituer un tiers à l'ancien partenaire. Le scénario contrefactuel est donc celui d'une reconversion plus ou moins