

administratif a donné raison en l'espèce au franchisé, d'autres décisions récentes concernant le même groupe retiennent une solution inverse ! (V. not. CAA Versailles, 15 déc. 2023, req. n° 22VE02060, SARL Nickel). Celles-ci sont fondées notamment sur le fait qu'un intermédiaire transparent n'est pas engagé personnellement à l'égard du tiers s'agissant de la mission confiée par le mandant. Il n'est qu'un facilitateur qui disparaît de la scène juridique. Ce dernier n'accomplit donc pas en tant que tel une prestation de service d'aide à la personne devant être soumise à un taux réduit de TVA. Cette transposition en droit fiscal d'un principe cardinal du mandat apporte une réponse d'un point de vue technique. Cependant, elle interroge plus largement quant à la place à accorder aux intermédiaires professionnels qui jouent un rôle non négligeable dans le développement des services aux personnes (Selon la DGCCRF, 5% des sommes facturées au titre de service à la personne découlent d'une structuration selon un schéma de mandats – « Fiches pratiques : services à la personne focus sur le mode mandataire », octobre 2021). Il est difficile de soutenir que faciliter les affaires d'autrui – ici le prestataire de service à la personne ainsi que les familles employeurs – et qui ne peut se résumer à une simple mise en relation, ne constitue pas en soi un mode d'accomplissement de ces prestations. En tout état de cause, les futures décisions en la matière ne manqueront pas d'être commentées !

D. Boulaud

Points de vue pratiques

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

Rabais de fidélité dans l'affaire Intel : suite et fin mais néanmoins clair-obscur

Faits. C'est un vieux feuilleton qui touche à sa fin. L'on se souvient de la sanction d'Intel pour deux types de comportements adoptés à l'égard de ses partenaires commerciaux. D'une part, des rabais consentis à différents équipementiers (Dell, Lenovo, HP, etc.) à la condition qu'ils achètent auprès d'elle la totalité ou la quasi-totalité de certains de ses produits « CPU x86 » (« *Central Processing Units* » d'architecture 86) et, d'autre part des paiements d'Intel à un distributeur européen d'appareils microélectroniques (Media Saturn) à condition que ce dernier vende exclusivement des ordinateurs équipés des produits précités. Ces rabais et paiements auraient assuré la fidélité des quatre équipementiers et de Media-Saturn et ainsi sensiblement réduit la capacité des concurrents (dont AMD) d'Intel à se livrer à une concurrence fondée sur les mérites de leurs CPU x86 (cf. un rappel des faits jusqu'au premier arrêt de la CJUE dans cette affaire, à savoir CJUE, 6 sept. 2017, aff. C-413/14, Intel c/ Commission, Lettre distrib. 10/2017, obs. N. Eréséo).

Concluant à l'existence d'un abus de position dominante, la Commission avait en effet, dès 2009, sanctionné Intel à hauteur de 1,06 milliard d'euros (déc. C(2009) 3726, 13 mai 2009, – aff. COMP/C 3/37.990). A l'occasion de son recours devant le Tribunal de Première Instance, Intel avait notamment contesté la répartition de la charge et le niveau de preuve requis pour qualifier d'abusifs les rabais et les paiements accordés en contrepartie d'un approvisionnement exclusif (TPIUE, 12 juin 2014, Intel c/ Commission, aff. T-286/09). Sur pourvoi d'Intel, la CJUE avait examiné les moyens de la requérante et notamment celui faisant valoir que le Tribunal avait commis une erreur de droit en n'examinant pas les rabais litigieux au regard de l'ensemble des circonstances pertinentes. La Cour énonçait alors que dans le cas où l'entreprise concernée soutient, au cours de la procédure administrative, éléments de preuve à l'appui, que son comportement n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence et, en particulier, de produire les effets d'éviction reprochés, la Commission était non seulement tenue d'analyser, d'une part, l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent et, d'autre part, le taux de couverture du marché par la pratique contestée, ainsi que les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant, mais qu'elle également tenue d'apprécier l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces (cf. N. Eréséo, *préc.*). L'arrêt « *initial* » du Tribunal fut ainsi annulé par la CJUE dans un arrêt du 6 septembre 2017 et l'affaire renvoyée devant ce même Tribunal. Ce dernier, dans un nouvel arrêt (26 janv. 2022, aff. T-286/09) et à partir des enseignements de la CJUE notamment au sujet de la mise en œuvre du test « AEC » (As Efficient Competitor) par la Commission au regard des équipementiers, identifiait des erreurs de

cette dernière dans l'application de ce test et annulait partiellement la décision de Commission, en ce qu'elle avait qualifié les rabais contestés de pratiques d'abus de position dominante (art. 102 TFUE). C'était alors au tour de la Commission de former un pourvoi contre ce deuxième arrêt du Tribunal, en faisant valoir des erreurs dans l'examen du test AEC par le Tribunal. La Cour de Justice rejette le pourvoi contre l'arrêt précité et tranche définitivement ce litige opposant la Commission à Intel.

Problèmes et solutions. Il était en l'espèce question de déterminer si Intel, par ses pratiques, avait abusé de sa position dominante sur le marché mondial des microprocesseurs en mettant en œuvre une stratégie d'ensemble visant à exclure du marché son principal concurrent. La Cour valide l'analyse suivie par le Tribunal pour juger la capacité d'éviction des rabais d'exclusivité contestés insuffisamment démontrée et, partant, annuler le constat d'infraction sur ce point, à l'occasion de sa décision de 2009. Elle apporte à cette occasion des précisions sur la portée du contrôle de légalité incombant au Tribunal lorsqu'il est appelé à se prononcer sur une telle analyse des effets anticoncurrentiels potentiels de telles pratiques, ainsi que sur la mise en œuvre du test « *as efficient competitor test* ».

Analyse. Nous ne rentrerons pas dans le détail à propos de cette pratique « *d'abus d'éviction* » par un opérateur en position dominante (M.A. Frison-Roche et J.C. Roda, Droit de la concurrence, Dalloz, 2^e éd., n°583. Rapp. projet de lignes directrices sur les pratiques d'éviction abusives dans le cadre de la consultation publique lancée le 1^{er} août dernier et qui vient de s'achever fin octobre. https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en?prefLang=fr; sur la réponse à cette consultation par l'Association des Avocats Praticant le Droit de la Concurrence en date du 31.10.2024 : <https://www.apdc.fr/apdc-ec-consultation-on-guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance-31-10-2024/>), qu'il est ici question d'identifier moyennant la mise en œuvre du test du concurrent aussi efficace. Pour les non-initiés, contentons-nous d'énoncer sommairement de quoi l'on parle. Et pour cela, rien de mieux que la reprise ci-après du contenu d'une des littératures d'accès aisée sur le sujet. Il s'agit d'un test, surtout employé en matière d'abus de position dominante et issu de l'approche « plus économique ». Le test n'a rien de très juridique ; c'est un test de coûts qui nécessite généralement l'expertise d'économistes. Il vise à vérifier si les pratiques mise en œuvre par une entreprise dominante conduisent des concurrents aussi efficaces, à pratiquer des prix inférieurs à leurs coûts évitables moyens ou à leurs coûts marginaux moyens de long terme (M.A. Frison-Roche et J.C. Roda, *préc.*, n°595). La Cour, dans l'arrêt rapporté, indique que ce test repose sur une comparaison entre la « *part disputable* » (ce qui désigne, en l'occurrence, 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 profil d'Intel. De cette qualité de partenaire commercial incontournable résultait le pouvoir d'Intel d'utiliser la part non disputable comme un levier pour réduire le prix sur la part disputable du marché) et la « *part requise* » (ce qui désigne, en l'occurrence, la part des besoins du client qu'un concurrent aussi efficace que l'entreprise dominante doit décrocher afin qu'il puisse accéder au marché sans subir de pertes). Autrement présenté, le test AEC effectué dans la décision part du principe qu'un concurrent aussi efficace que l'entreprise en position dominante, qui cherche à décrocher la part disputable des commandes jusque-là satisfaites par une entreprise dominante, doit offrir une « *compensation* » au client, pour le rabais d'exclusivité qu'il perdrait s'il achetait une part moindre que celle définie par la condition d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Le test a alors pour finalité de déterminer si le concurrent aussi efficace que l'entreprise en position dominante, qui subit les mêmes coûts que celle-ci, peut toujours couvrir ses coûts dans ce cas. Le test AEC, tel qu'appliqué en l'espèce, établissait ainsi le prix auquel un concurrent aussi efficace qu'Intel aurait dû offrir ses CPU x86 afin de compenser un OEM pour la perte d'un quelconque paiement d'exclusivité octroyé par Intel (cf. arrêt, points 152 et s.). Ces subtilités rappelées et avec lesquelles le juriste doit faire pour conseiller son interlocuteur, il nous appartient dans ces colonnes de délivrer le « *point de vue pratique* ». A vrai dire, il nous vient à l'esprit le « *Saint-Jérôme écrivant* » du maître Caravage, tant visuellement que sur le fond, et dont il est parfois dit qu'il s'agit d'une œuvre inachevée. Pour son côté « clair » et comme signalé en 2017 à l'occasion du premier arrêt de la CJUE sur ces rabais de fidélité d'Intel, la Cour de justice consacre l'approche par les effets (Lettre distrib. 10/2017, *préc.*) validant, en l'occurrence, l'analyse suivie par le Tribunal pour juger la capacité d'éviction des rabais contestés, qui doit être démontrée (rapp. Paris, 4 avr. 2006, n° 2005/14057, sur recours de la décision 05-D-32 du Conseil de la Concurrence, Lettre distrib. 06/2006, obs. N. Eréséo). Mais la scène a aussi son côté « obscur » car, pour citer d'autres

Points de vue pratiques

maîtres plus contemporains dans la matière qui nous occupe ici (M.A. Frison-Roche et J.C. Roda, préc., n°595), le test est d'abord complexe à manier, ce dont témoigne au demeurant la présente affaire, et sa fiabilité est mise en doute. De plus, si le test est utile pour résoudre les cas qui se présentent aux autorités de concurrence, il doit surtout servir à l'entreprise en position dominante pour évaluer son comportement, et savoir quand elle risque d'enfreindre la loi. Et là, c'est selon nous déjà plus compliqué au plan pratique, au point que les acteurs dominants les plus prudents ne semblent pas s'impatienter à l'idée de voir « testées » par une autorité de concurrence leurs réductions dans l'hypothèse où elles pourraient être litigieuses. Ces derniers préfèrent alors éviter de s'engager sur le terrain de l'analyse et, ce faisant, se gardent de prévoir des rabais de ce type alors qu'ils le pourraient peut-être, mais à un risque qu'ils n'ont envie de courir, ce qui peut s'entendre lorsque l'on connaît l'ampleur des sanctions. Voilà en tout cas un sujet qui interpelle alors que s'engagent les négociations commerciales pour 2025.

J.-M. Vertut

CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 2 octobre 2024, n° 22/12581

Une pratique commerciale trompeuse à l'égard des consommateurs peut caractériser une faute contractuelle du licencié à l'égard de son concédant

Faits. La SAS Kaporal Groupe exerçait, jusqu'à sa liquidation judiciaire, l'activité de conception et commercialisation d'habillement et d'accessoires. Le 18 février 2020, Kaporal et la SA Montres Ambre spécialisée dans la fabrication, la vente et la distribution d'articles d'horlogerie et de bijouterie, concluent un contrat de licence pour la conception, fabrication et commercialisation de montres sous la marque Kaporal. Le contrat comportait classiquement un process et calendrier de développement de chaque produit, chaque étape étant soumise à l'approbation du titulaire de la marque. Des échanges sur la collection intervenaient en mars et avril, puis une réunion de présentation des prototypes et échantillons le 30 juillet. Estimant que Kaporal avait tacitement approuvé ses produits en demeurant silencieuse pendant plus de 20 jours à l'issue de cette rencontre, Montres Ambre lançait la production. Ayant découvert la vente en ligne à prix réduits, sur le site exploité par la société Showroom Privé, de montres de marque Kaporal par son licencié, Kaporal lui a notifié par courriel du 4 septembre 2020 ses commentaires et désaccords sur les prototypes présentés le 30 juillet 2020 puis, par courrier du 9 octobre 2020, l'a mise en demeure de cesser toute fabrication, exploitation et commercialisation des montres sous marque Kaporal non préalablement validées. Par lettre du même jour, elle sommait la société Showroom Privé de cesser leur vente. Par lettre du 22 décembre 2020, Kaporal notifiât à Montres Ambre la résiliation du contrat de licence à ses torts avec un préavis de 30 jours et sollicitait le paiement d'une clause pénale égale au montant des minima garantis pour les années 2021 et 2022, à hauteur de 70 000 euros. Montres Ambre assignait Kaporal devant le tribunal de commerce de Marseille en résolution du contrat de licence et en indemnisation des préjudices en résultant.

Problèmes. La décision offre une mise en application de divers principes de droit contractuel, dont nous retiendrons ici quelques sujets : en premier lieu, le non-respect d'une disposition légale par le cocontractant caractérisant une faute contractuelle, la résolution qualifiée ici de résiliation, l'indemnisation du préjudice en présence d'une clause pénale, et le déséquilibre significatif de plus en plus fréquemment invoqué.

Solution. La Cour rappelle qu'en application des articles 1224 et 1227 à 1230 du code civil, la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. Quelle était donc la ou les inexécutions suffisamment graves pour justifier la résolution notifiée par Kaporal à Montres Ambre ? La Cour relève d'abord la commercialisation par Montres Ambre de montres de marque Kaporal sans approbation du concédant Kaporal, manquant ainsi à ses obligations contractuelles.

Elle identifie ensuite une seconde faute contractuelle, plus intéressante en commentaire, tenant à la **vente à « prix barrés »**. Les produits étaient en effet proposés à un prix réduit de 70 %. S'agissant de nouveaux produits, ils n'avaient jamais fait l'objet d'une commercialisation auparavant. La pratique est intervenue en 2020, à une époque transitoire pour l'encadrement légal des prix de référence. La réglementation historique française imposant comme prix de référence le prix le plus bas pratiqué au cours des trente derniers jours précédant l'opération, avait été supprimée en France par arrêté du 11 mars 2015, afin de se conformer à la Directive sur les pratiques commerciales déloyales de 2005 qui ne laissait place à aucune autre règle que celles édictées par la Directive. Face aux abus constatés, notamment sur

internet, la Commission a introduit par la Directive du 27 novembre 2019 une réglementation du prix de référence – similaire à l'historique française, entrée en vigueur le 28 mai 2022, et transposée dans notre droit français sous l'article L.112-1-1 du Code de la consommation entré en vigueur le 28 mai 2022.

En 2020 donc, le prix de référence était libre et devait simplement ne pas être déloyal et notamment ne pas être trompeur, au sens de la Directive de 2005, des articles L.121-1 du Code de la consommation (s'agissant des pratiques commerciales déloyales), L.121-2 à L.121-4 (s'agissant des pratiques commerciales trompeuses), L.121-2 2°c (visant particulièrement l'induction en erreur du consommateur sur le caractère promotionnel du prix) et enfin, à l'époque, des articles 1 et 2 de l'arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix (admettant par principe la licéité d'une réduction de prix, à charge pour le professionnel de justifier de la réalité et de la loyauté du prix de référence devant être analysée à la lumière de la Directive de 2005).

Or en l'espèce, selon la Cour, la pratique est bien déloyale : *« rien ne permet d'identifier un prix de référence réel et conforme à celui fixé dans les annonces du site showroomprivé.com. De ce seul fait, l'allégation d'une réduction de prix est par nature déloyale... »*, voire trompeuse car la Cour identifie une induction des consommateurs en erreur (*« les produits litigieux étant aisément substituables sur un marché ouvert et très concurrentiel, les parties ne leur prêtant pas de spécificités esthétiques et techniques particulières, le prix est l'élément déterminant de l'acte d'achat, et ce d'autant plus que les réductions proposées sont de grande ampleur et induisent une illusoire montée en gamme des produits vendus. Celles-ci sont ainsi de nature à modifier substantiellement le comportement économique du consommateur moyen, trompé par l'espérance d'une économie significative en réalité inexistante et de l'acquisition d'un bien dont la qualité, induite par le prix de référence affiché, est à l'évidence très inférieure à celle attendue »*).

Si la **pratique est ainsi jugée trompeuse à l'égard du consommateur, elle est aussi une faute contractuelle à l'égard du concédant de licence** : *« Cette pratique commerciale déloyale et trompeuse caractérise également une exécution de mauvaise foi du contrat de licence, qui par hypothèse n'autorise que des emplois licites de la marque, en ce que, par l'effet du partenariat voulu par les parties et concrétisé dans l'apposition sur les produits de la SA Montres Ambre de la marque de la SAS Kaporal Groupe, garantie d'origine commerciale, le consommateur associera directement la seconde aux fautes de la première »*. *« Si ces dispositions sont destinées à la protection du consommateur, elles sont invocables par la SAS Kaporal Groupe, le manquement à une obligation légale de nature à jeter le discrédit sur des produits porteurs de sa marque et, par association, sur son comportement à l'égard de la clientèle, pouvant caractériser une faute contractuelle opposable à la SA Montres Ambre »*. La Cour invoque ici l'exécution de bonne foi des contrats pour appréhender la violation par le cocontractant de dispositions légales à l'égard de tiers, à la condition toutefois semble-t-il que cette violation ait un impact sur le contractant.

Les manquements contractuels imputables à Montres Ambre étant **suffisamment graves**, la rupture anticipée de la relation au sens de l'article 16.2 du contrat était légitime et la rupture, encadrée par un préavis conforme aux stipulations contractuelles, était matériellement fondée et a produit ses effets à l'expiration du préavis conformément à l'article 16.2 du contrat et à l'article 1229 alinéa 2 du code civil.

Se posait alors la question des **restitutions suivant la résolution du contrat** revendiquées par le licencié Montres Ambre. La Cour argumente leur rejet, distinguant résolution et résiliation. *« Depuis la réforme portée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, la résolution 'met fin' au contrat selon la lettre de l'article 1229 du code civil : le régime des restitutions ne découle plus de la fiction juridique de la rétroactivité des effets de la résolution mais est fixé de manière autonome par le législateur. Or, aux termes de ce texte, ce n'est que si les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu que les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. En revanche, lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, ce qui est le cas pour le contrat de licence en débat qui prévoit une rémunération qui demeure causée par les prérogatives exclusives dont a effectivement joui le licencié, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie, la résolution étant en ce cas qualifiée de résiliation. Et, conformément à l'alinéa 2 de l'article 1229 du code civil, la résolution prend effet dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit ici à l'expiration du délai de préavis : la rupture notifiée par la SAS Kaporal Groupe était ainsi une résiliation ne prenant effet que pour l'avenir et non une résolution. Aussi, même en admettant qu'elle soit saisie d'une demande en restitution, celle-ci est infondée »*.