



Par Véronique SÉLINSKY

Avocat à la Cour

→ RLC 2794

Réservation hôtelière par Internet : les mêmes clauses ne produisent pas les mêmes effets selon l'angle d'appréciation

Les mêmes clauses de parité des plateformes de réservation hôtelière ont été appréciées différemment par l'Autorité de la concurrence et par le tribunal de commerce de Paris respectivement sous l'angle du droit des pratiques anticoncurrentielles et du droit des pratiques restrictives

Décision n° 15-D-06, 21 avr. 2015 sur les pratiques mises en oeuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France ;

T.com. Paris, 1^{re} ch., 24 mars 2015, Booking, n° RG : 2014027403 ;

T. com. Paris, 7^e chambre, 7 mai 2015, Expedia, n° RG : j2015000040

1. Les 21 avril 2015, 24 mars et 7 mai 2015, l'Autorité de la concurrence et le tribunal de commerce de Paris se sont respectivement prononcés sur les pratiques des plateformes de réservation hôtelières Booking.com et Expedia, concernant notamment les clauses de parité qu'elles intègrent dans les contrats conclus avec les hôteliers et visant à obtenir un alignement automatique sur les meilleures conditions tarifaires. L'Autorité de la concurrence, se prononçant au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles, s'est montrée plutôt clémentine pour l'OTA (pour Online Travel Agency) en acceptant de mettre un terme à la procédure en contrepartie d'engagements souscrits par Booking.com. Leur pertinence et leur efficacité seront vérifiées début 2017. La juridiction commerciale, quant à elle, prononcé la nullité à effet immédiat des clauses de parité des contrats conclus par Expedia, au titre du droit des pratiques restrictives de concurrence relevant de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, considérant qu'elles sont constitutives d'un déséquilibre significatif. Également saisie des pratiques de booking.com, elle n'a pas encore tranché sur le fond mais seulement sur sa compétence.

I. – LA POSITION DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE : UNE ADMISSION SOUS BÉNÉFICE D'INVENTAIRE

2. La décision 15-D-06, relative à des pratiques désormais répandues dans le secteur de la réservation hôtelière, présente deux spécificités : (i) elle s'inscrit dans le cadre d'une procédure menée en coordination avec la Commission européenne et les autorités de concurrence italiennes et suédoises ; (ii) elle prévoit une séance orale contradictoire « de bilan intermédiaire », prévue à fin 2016,

pour permettre à l'Autorité de vérifier – au regard d'un rapport établi par Booking.com et discuté par les parties saisissantes – que les engagements ont bien tenu leurs promesses (dynamisation significative de la concurrence entre plateformes, réduction du niveau des commissions, et élargissement de l'offre concurrentielle), sachant que Booking s'engage à mettre en œuvre les engagements à compter du 1^{er} juillet 2015 au plus tard et cela pour une durée de 5 ans, sauf évidemment si le bilan intermédiaire est négatif.

3. La décision fait suite à une double saisine, régularisée d'une part par les syndicats hôteliers le 16 octobre 2013, et d'autre part par le groupe Accord régularisée il y a seulement deux mois, le 23 février 2015, reprochant à Booking.com (mais également aux plateformes de réservation hôtelière en général, les « OTA », d'imposer aux hôteliers des clauses contractuelles de parité les obligeant à leur accorder les tarifs, le nombre de nuitées et les conditions d'offre (conditions de réservation, offre de petit déjeuner, etc.) les plus avantageux, sans pouvoir se les réserver pour leurs propres canaux de distribution en ligne ou hors ligne. Étaient également dénoncées des commissions prohibitives, des clauses contractuelles permettant aux plateformes d'utiliser le nom de l'hôtel pour améliorer leur référencement, interdisant aux hôtels de contacter directement les clients obtenus par leur intermédiaire, de suspension/résiliation unilatérale, d'exonération de responsabilité.

A. – Marché pertinent et position des OTAs

4. La décision donne à l'Autorité de la concurrence de préciser le rôle des OTAs qui sont des intermédiaires sur un marché biface comportant, d'un côté, les hôteliers et, de l'autre côté, les



consommateurs de nuitées. Le marché amont est organisé autour de contrats conclus entre la plateforme et les hôteliers. Le marché aval est constitué par les services que l'OTA offre gratuitement aux consommateurs : recherche, comparaison et réservations de nuitées. C'est ce second segment qui était concerné par la procédure mais « dans la mesure où il s'agit d'un marché biface, il convient cependant de tenir compte de la seconde face du marché et de ses effets indirects éventuels sur le marché en cause » (déc. commentée, § 98). Le marché pertinent sur lequel apprécier les pratiques est défini comme « le marché de l'offre de services de réservation de nuitées seules d'hôtels français sur des OTA (plateformes de réservation d'hôtels en ligne (PRH) et agences de voyage en ligne), à l'exclusion du canal direct des hôtels et notamment de leur site Internet, des méta-moteurs de recherche et des moteurs de recherche ». Sur le plan géographique, le marché français a été apprécié sur le plan national, même si la décision observe que le pouvoir de marché des OTAs provient de leur présence européenne et mondiale. Dans le cadre de la procédure d'engagements, la position de Booking.com n'avait pas à être caractérisée précisément mais la décision relève une part de marché supérieure à 30 % qui fait qu'on ne peut exclure une position dominante renforcée par l'importance des effets de réseaux indirects, élevant de fortes barrières à l'entrée.

B. – Pertinence des engagements validés

5. Booking.com a demandé le bénéfice de la procédure d'engagements, ce qui a donné lieu à l'établissement d'une note d'évaluation préliminaire des 17 et 24 novembre 2014 contenant les préoccupations de concurrence (tandis que les procédures visant les plateformes Expedia et HRS également visées par la saisine se poursuivaient encore), ainsi que l'instruction d'une demande d'avis du ministre (annoncées dans le communiqué de presse de l'Autorité : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=606&id_article=2534). Seules les clauses de parité sont concernées par la procédure d'engagements (à l'exclusion des autres pratiques dénoncées, notamment les commissions) considérées comme de nature à atténuer la concurrence entre Booking.com et les autres canaux de distribution, à évincer les petites et nouvelles plateformes, risques augmentés par l'effet cumulatif de clauses similaires mises en place par l'ensemble des opérateurs du secteur. Au regard des dispositions relatives aux ententes illicites, les préoccupations de concurrence ont mis l'accent sur la restriction, résultant des clauses de parité tarifaire, de la capacité de ces derniers à déterminer librement leur politique commerciale et plus précisément les prix pratiqués et le nombre de nuitées mises à disposition sur les canaux concurrents de Booking.com (déc. commentée, § 138). Les mêmes clauses sont susceptibles de tomber également sous le coup de la prohibition des abus de position dominante, en l'espèce abus d'éviction, individuel ou collectif (déc. commentée, § 145).

6. Les engagements proposés par Booking.com le 11 décembre 2014 ont été soumis à un test de marché permettant le dépôt de nouvelles propositions d'engagements, à trois reprises, courant mars 2015, résultant de négociations avec l'Autorité pour tenir compte du résultat du test de marché. D'autres modifications ont été apportées et acceptées par l'Autorité lors de sa séance du 31 mars 2015, présidée par le président en personne, assisté des vice-présidents et de quatre membres, ce qui montre l'importance du problème abordé. Les engagements finalement acceptés sont

au nombre de 9 : (1) suppression des obligations de parité tarifaire, (2) des obligations de parité des conditions, (3) des obligations de parité des disponibilités de nuitées, avec cette réserve toutefois non négligeable que les hôtels ne pourront pas proposer d'offres tarifaires et de conditions plus avantageuses sur leurs canaux en ligne (sauf dans le cadre d'un programme de fidélité) et pourront seulement publier en ligne des annonces qualitatives du type « prix avantageux », (4) obligation de mettre en œuvre une politique de communication conforme aux engagements, (5) et des comportements équivalents, (6) obligation de permettre aux hôtels de recontacter les clients antérieurs, (7, 8 et 9) obligations relatives au champ d'application, au délai de mise en œuvre et à l'établissement d'un bilan intermédiaire ainsi qu'au non-contournement des engagements. Booking.com aurait manifesté l'intention d'étendre ses engagements à l'ensemble des pays de l'espace économique européen (Aut. conc., Entrée Libre, juin 2015) : une telle uniformisation aurait des avantages certains pour l'opérateur, sachant que d'autres autorités de concurrence européennes se sont montrées plus réservées, tel le Bundeskartellamt dubitatif quant à l'argument selon lequel les investissements effectués par Booking.com seraient de nature à créer une clientèle supplémentaire par rapport à celle existante (BKAm, déc. 20 déc. 2013, Vandenborre I. et Frese M.-J., Most Favoured Nation Clauses Revisited, European Competition Law, 12, 2014, p. 588 à 594 ; Haute cour régionale de Düsseldorf, 9 janv. 2015).

7. Pour l'Autorité de la concurrence, la concurrence entre OTAs devrait s'en trouver restaurée : les hôtels devraient redevenir libres de gérer leurs disponibilités et d'allouer à Booking.com des quotas de nuitées éventuellement inférieurs à ceux proposés à d'autres plateformes. De leur côté, les hôtels pourront désormais proposer des tarifs inférieurs sur des plateformes concurrentes de Booking.com mais aussi via leurs canaux directs hors ligne (téléphone, mails, agences de voyages, etc.). Mais les engagements ne vont pas jusqu'à leur permettre de proposer ces tarifs sur leur propre site internet. Dans ces conditions, même si la Lettre trimestrielle de l'Autorité, « Entrée Libre », considère avoir « ranimé » le marché, on peut douter de la satisfaction complète des hôteliers à l'égard de ces engagements *a minima* qui ne comportent aucune action directe sur les commissions pourtant jugées prohibitives. Si le leader mondial de la réservation en ligne craint un « parasitisme » des hôteliers, ces derniers voient eux-mêmes les plateformes de réservation comme des parasites qui profitent de leurs investissements et s'emparent de leur clientèle. On comprend qu'une telle complexité ne puisse être surmontée au terme d'une procédure d'engagements classique et que l'Autorité ait souhaité aller plus loin au vu de résultats concrets.

8. La clause de rendez-vous prévue pour janvier 2017 contredit quelque peu le paragraphe 323 qui déclare « clore la procédure » : il semble bien qu'elle offre au contraire, le cas échéant, l'occasion de la rouvrir. En effet, alors que les engagements sont prévus pour durer jusqu'en 2020, un rapport d'exécution à une date aussi proche laisse supposer que l'Autorité a été saisie d'une certaine hésitation. On saura donc dans un délai relativement peu éloigné si on a eu raison d'espérer que la suppression des obligations de parité tarifaire et de disponibilités suffise à permettre le rétablissement « du lien entre le niveau de commission exigé par Booking.com auprès de l'hébergement et le volume de la demande qui s'adresse à elle » (déc. commentée, § 283).

II. – LA POSITION DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS : UNE CONDAMNATION DES CLAUSES DE PARITÉ À EFFET IMMÉDIAT

9. La décision de l'Autorité de la concurrence est à mettre en parallèle avec les jugements du tribunal de commerce de Paris saisi de questions proches, mais distinctes, sur les clauses de parité mise en œuvre par Booking et par Expedia, l'autre grand nom de la réservation hôtelière. Le ministre de l'Économie avait déclenché la procédure, sur le terrain du droit des pratiques restrictives, et demandait le prononcé d'une amende. Les syndicats hôteliers membres du Groupement National de l'Hôtellerie s'étaient joints dans le cadre d'une intervention accessoire, fortement contestée par l'OTA, mais déclarée recevable par le tribunal.

A. – La compétence du tribunal de commerce

10. Dans les deux affaires se posait une première question de compétence soulevée par les deux OTAs qui s'appuyaient sur une clause, figurant dans les contrats avec les hôteliers, et attribuant compétences aux juridictions hollandaises (Booking) ou anglaises (Expédia).

11. Dans son jugement en date du 24 mars 2015, le tribunal de commerce de Paris a rejeté les exceptions d'incompétence soulevées par les sociétés Booking.com B.V et Booking.com France, et leur a enjoint de conclure au fond. C'est dans la décision Expédia que le tribunal explicite ses arguments. L'action a été engagée par le ministre chargé de l'Économie sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce qui poursuit un « *objectif de préservation de l'ordre public économique* » (Cons. const. QPC, 13 mai 2011, n° 2011-126 ; TGI Paris, 7 juin 2012, n° RG : 10/10240). Le tribunal souligne son rôle « *de gardien de l'ordre public économique autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence* », comme l'avait également jugé la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 17 janv. 2012, aff. 51255/08, GA-LEC c/ France). À cette fin, il dispose d'une « *action autonome* » et, n'étant pas « *partie aux conventions* », il ne saurait se voir opposer une clause contractuelle.

12. C'est donc sur le terrain délictuel que se déploie l'action du ministre. Il s'agit ici d'un délit complexe en raison de ce que l'origine du dommage (fait générateur) peut être trouvée dans la rédaction des clauses litigieuses (hors de France), tandis que sa réalisation et ses effets sur les hôteliers et sur le public peuvent être constatés en France. La CEPC, dans son avis 13-10 sur les relations commerciales des hôteliers avec les entreprises exploitant les principaux sites de réservation hôtelière a rappelé les principes applicables en la matière pour affirmer la compétence d'une juridiction française, au regard des dispositions des règlements n° 44/2001 du 22 décembre 2000, « Bruxelles I », et n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007, « Rome II », dès lors que l'action est déclenchée par le ministre et où la pratique litigieuse porte atteinte au fonctionnement du marché français. S'agissant de la loi applicable, la Cour de cassation a jugé en pareil cas que la loi applicable est aussi bien celle du lieu du fait générateur du dommage que celui de sa réalisation (Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2007, Bull. civ. I, n° 132 ; Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 1997, D. 1997.177, note Santa-Croce M., JCP 1997.11.22903, note Muir Watt H., Rev. crit. DIP 1997.504, note Bischoff J.-M. Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2003, LPA 2003, n° 255, p. 11, note Ancel P., JCP 2004.11. 10006, note Lardeux G., JDI 2004.499, note Légier G., Rev. crit. DIP 2004.83, et la note). La

cour de Paris avait déjà jugé que les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce sont « *des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique et comme telles constitutives d'une loi de police* » (CA Paris, 28 sept. 2006, n° RG : 04/04462). Le tribunal, pour sa part, précise dans le jugement Expédia que « *pour des établissements situés en France, l'article L. 442-6, I, 2° est une disposition dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police* ». L'application d'une telle loi de police ressortit à la compétence des juridictions françaises (CJCE, 30 nov. 1976, Mines de potasse d'Alsace, Rev. crit. DIP 1977.568, note Bourel P., D. 1977.614, note Droz G.A.L., JDI 1977.728, obs. Huet A.). Décliner la compétence des juridictions françaises aboutirait à empêcher le ministre chargé de l'Économie de remplir sa mission. Au reste, indépendamment de ce point, le dommage résultant de la mise en œuvre des clauses litigieuses est bien situé en France, et la compétence territoriale du juge est donc bien française.

B. – La condamnation des clauses de parité

13. Après avoir débouté Expedia de sa demande de sursis à statuer (fondée sur la procédure devant l'Autorité de la concurrence), le tribunal s'est donc prononcé sur les clauses visant à obtenir automatiquement des hôteliers les meilleures conditions tarifaires et promotionnelles.

14. Il a prononcé l'annulation des clauses de parité tarifaire et de conditions promotionnelles qui tendent à assurer aux défenderesses signataires, un alignement automatique sur les meilleures conditions tarifaires. Faute de contrepartie suffisante, elles sont constitutives d'un déséquilibre significatif prohibé par l'article L. 442-6, I, 2°. Le déséquilibre significatif ne s'apprécie pas sur une seule clause mais sur un ensemble, au regard de l'équilibre général du contrat. La Cour de cassation en a précisé les éléments, en critiquant notamment l'absence de réciprocité des obligations (Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, publié au Bulletin (Eurochan), et Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 (Provera)). Appliquant ce critère, le tribunal relève : « *le fait d'assurer au consommateur le prix le plus bas (ce qui est mis en avant sur les sites Internet) est assuré par les défenderesses en conservant intégralement leur marge relative (fixée en pourcentage, avec éventuellement un plancher en valeur absolue) et non en faisant un effort sur leurs propres taux de marge, même en cas de promotion accordée par l'hôtel (...) ces dispositions peuvent peser très fortement sur la marge réelle des dernières chambres vendues à des tarifs professionnels, sans impacter significativement les marges des défenderesses (...) la clause "d'alignement automatique sur les meilleures conditions tarifaires" n'est pas la contrepartie d'un risque ou d'un engagement d'achat minimum justifiant un tel avantage* ».

15. Dans le jugement Expédia, le tribunal a, en revanche, débouté les demandeurs en ce qui concerne la clause dite de « *dernière chambre disponible* » (parité de disponibilités) car leur argument était essentiellement axé sur la corrélation des deux clauses de parité. Or : (i) « *il n'y a pas lieu de considérer la coexistence de deux clauses dans la mesure où le tribunal a retenu la nullité des clauses visant à l'obtention automatique des meilleures conditions tarifaires et promotionnelles dans les contrats faisant l'objet de la présente instance* » ; (ii) « *dans la mesure où l'hôtelier reste libre de fixer son prix, selon le canal de distribution, (cette clause)... est*

la contrepartie de la visibilité offerte par les défenderesses sans rémunération financière fixe ». Le tribunal ne fait pas non plus droit à la demande d'amende civile, observant que « le ministre de l'Économie n'a pas produit d'éléments permettant d'apprécier le préjudice subi, ni demandé la répétition de l'indu ».

16. Surtout, il ordonne l'exécution provisoire : « il convient de faire cesser le trouble à l'ordre public économique constaté sans plus tarder (...) s'agissant de clauses qui, selon les défenderesses, sont conformes à l'intérêt des deux parties, elles ne devraient avoir aucune difficulté à demander à leur cocontractants de signer à nouveau cette clause dans le cas où l'instance d'appel la considérerait comme conforme aux textes ».

17. Expédia a souligné le caractère « complexe » du jugement qui envisagerait « toutes les options » (?). S'il est vrai que le jugement, en vertu de l'effet relatif, ne concerne que les contrats soumis à l'appréciation du tribunal, la motivation concerne le principe même des clauses de parité tarifaire appliquées par tous les OTAs. Si le ministre de l'Économie était partie à la procédure, c'est bien en raison de sa mission de gardien de l'ordre public économique, ce qui montre que la question était plus large que l'analyse de quelques contrats. Le jugement est parfaitement clair, prétendre le contraire est une contre-vérité manifeste.

18. En conclusion, constatant l'opposition frontale entre les deux approches, le lecteur ne peut manquer de se poser une question

pratique : si les hôteliers – s'appuyant sur le jugement du tribunal de commerce – se rebiffent contre les clauses de parité tarifaire, et si dans leur grande sagesse concurrentielle les OTAs ne les appliquent plus, comment l'Autorité pourra-t-elle faire le bilan programmé ? Affaire à suivre donc, d'autant que la complexité est accrue par le fait que le législateur s'est, à son tour, préoccupé de la question : au jour de la rédaction de cet article, le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dit Macron, dans la forme du texte sur lequel le gouvernement a engagé sa responsabilité (en application de l'article 49, alinéa 3, de la Constitution) le 16 juin 2014, comporte un article L. 311-5-1 qui devrait mettre fin aux problèmes en France. Il dispose : « Le contrat entre un hôtelier et une personne physique ou morale exploitant une plateforme de réservation en ligne portant sur la location de chambres d'hôtel aux clients ne peut être conclu qu'au nom et pour le compte de l'hôtelier et dans le cadre écrit du contrat de mandat mentionné aux articles 1984 et suivants du code civil.

Nonobstant le premier alinéa du présent article, l'hôtelier conserve la liberté de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite ».

La réservation hôtelière par Internet n'a donc pas fini d'alimenter la réflexion juridique ! ■

PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

AVIS CONSULTATIFS

→ RLC 2795

Alliances dans la grande distribution

L'Autorité publie son avis relatif aux rapprochements à l'achat dans le secteur de la grande distribution, sur fond de débats parlementaires relatifs au projet de loi Macron.

Aut. conc., avis n° 15-A-06, 31 mars 2015, relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution

1. Cet avis est intervenu dans un contexte de guerre des prix obligeant les enseignes, pour réduire leurs marges, à procéder à des alliances. Récemment, quatre rapprochements notables se sont produits : Système U/Auchan, Groupe casino/Intermarché, Carrefour/Cora. Selon l'Autorité, ces alliances entraînent une concentration du marché détenu désormais à 90 % par quatre opérateurs, avec pour conséquence des risques concurrentiels sur le marché aval (échange d'informations, symétrie des condi-

tions d'achat, réduction de la mobilité inter-enseignes) et sur le marché amont (risques de réduction de la qualité, de l'investissement et de l'innovation des fournisseurs, et risque d'éviction de ces fournisseurs).

2. L'Autorité a été saisie fin 2014 par le ministre chargé de l'Économie et par la Commission des affaires économiques du Sénat, sur le fondement respectivement des articles L. 462-1 et L. 461-5 du code de commerce, dans le cadre des débats parlementaires relatifs au projet de loi Macron pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

3. L'Autorité s'est d'abord intéressée à un amendement tendant à lui confier un contrôle ex ante sur les projets de rapprochement. Une telle modification législative est préconisée par l'Autorité et consisterait à introduire une obligation légale de notification préalable pour tout nouvel accord de rapprochement. Les seuils de notification des accords seraient définis « sur la base du poids économique individuel des parties à l'accord, à travers leur chiffre d'affaires réalisé à l'achat dans le cadre de l'accord », de telle sorte qu'elle ne porte que sur les accords les plus susceptibles d'avoir une incidence sur la structure concurrentielle (avis commenté, § 291). Cette proposition a d'ores et déjà été prise en compte