

Revue Lamy de la concurrence

La meilleure défense est l'attaque

À propos de l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire
« Amaury »

Stéphane DESTOURS

- Arrêt Expedia : le déséquilibre significatif dans un contrat international
Bertrand JARDEL
- Agrément d'un distributeur sélectif : la revanche du droit commun des obligations sur le droit de la concurrence (?)
Emmanuel DIENY
- Fusions horizontales : quels impacts sur l'innovation ?
Gildas de MUIZON
- L'interprétation contestable des seuils de contrôle des concentrations par l'Autorité polynésienne de la concurrence
Christian MONTET

65 | MENSUEL
OCTOBRE 2017



Wolters Kluwer

Arrêt Expedia : le déséquilibre significatif dans un contrat international

C'est au premier jour de l'été que la décision est tombée : le groupe Expedia est condamné en appel sur le terrain des pratiques restrictives de concurrence.

En effet, par un arrêt très riche du 21 juin 2017, la cour d'appel de Paris considère que certaines clauses des contrats imposés aux hôteliers français constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties⁽¹⁾.

Cette décision illustre également que la notion de déséquilibre significatif trouve à s'illustrer dans d'autres secteurs économiques que celui de la grande distribution⁽²⁾.

La décision parisienne est une étape supplémentaire dans une longue bataille engagée entre les hôteliers et les OTA (Online Travel Agencies), les plateformes de réservation en ligne dont les deux acteurs principaux sont Expedia et Booking représentant plus de 70 % des réservations sur Internet.

Dès 2011, la DGCCRF avait diligenté une enquête sur ce secteur.

En 2013, la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) saisie par plusieurs organisations représentatives des professionnels de l'Hôtellerie avait rendu un avis identifiant diverses clauses contraires à l'article L. 442-6 du code de commerce⁽³⁾.

C'est dans ce cadre qu'en 2014, le ministre de l'Économie avait saisi, en application des dispositions de l'article L. 442-6, III du code de commerce, le tribunal de commerce de Paris par deux assignations, l'une visant le groupe Booking, l'autre visant le groupe

Expedia au visa des articles L. 442-6, II, d) prohibant les clauses de parité tarifaire et L. 442-6, I, 2° interdisant le déséquilibre significatif.

S'agissant de la procédure Expedia, qui nous intéresse ici, deux clauses étaient plus particulièrement visées :

- la clause de « la nation la plus favorisée » par laquelle l'hôtelier assure à l'exploitant du site de réservation des tarifs et des conditions égaux ou plus avantageux aux tarifs et conditions disponibles auprès de tout concurrent de la centrale de réservation, mais aussi auprès de l'hôtelier lui-même ;
- la clause de la « dernière chambre disponible », par laquelle Expedia s'assure de ce que l'hôtel lui réserve la dernière chambre qui serait disponible à la réservation.

Avant de déterminer si ces clauses sont sanctionnables sur le terrain notamment du déséquilibre significatif, la question était de savoir quelles étaient les conséquences de la dimension internationale du litige. En effet, les sociétés défenderesses sont domiciliées à l'étranger et les contrats visaient l'application du droit anglais pour régir la relation commerciale.

La cour d'appel, par un arrêt très argumenté, n'a pas complètement suivi le raisonnement du tribunal de commerce de Paris dont le jugement du 7 mai 2015⁽⁴⁾ a été partiellement infirmé.



Par Bertrand
JARDEL
Avocat Associé
PDGB Société
d'Avocats

I. – Le déséquilibre significatif et les contrats internationaux

La procédure engagée par le ministre de l'Économie contre les sociétés du groupe

(1) CA Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784.

(2) M. Behar-Touchais, Un déséquilibre significatif à deux vitesses, JCP G 2015, doctr. 603.

(3) CEPC, avis n° 13-10, 16 sept. 2013, sur les relations commerciales des hôteliers avec les entreprises exploitant les principaux sites de réservation hôtelière.

(4) T. com. Paris, 7 mai 2015, n° 2015000040.

Expedia vise des sociétés dont le siège se trouve quasi exclusivement à l'étranger (États-Unis pour EXPEDIA Inc, Travelescape LLC et Hotels.com, Irlande pour WWTE Travel Ltd, Espagne pour Vacationspott SL). Seule Expedia France a son siège en France.

Se posait donc la question de savoir si les tribunaux français étaient ou non compétents.

Ensuite, Expedia soulignait que l'ensemble de ses contrats comprenaient une clause attributive de juridiction les soumettant au droit anglais, et que le juge devait donc appliquer la loi choisie par les parties. La cour d'appel n'a pas suivi le tribunal de commerce sur la solution retenue.

A. – La compétence territoriale

En défense, Expedia soulevait l'incompétence territoriale des juges français au profit des juridictions désignées dans les contrats en application de l'article 23, 1 du règlement « Bruxelles I »⁽⁵⁾.

Elle avançait notamment que la matière était nécessairement contractuelle dans la mesure où le litige supposait une analyse et une interprétation des contrats et relevait qu'aucune des sociétés signataires des contrats n'avait son domicile en France alors que le principe posé par l'article 2.1 du règlement « Bruxelles I » est celui de la compétence des tribunaux du domicile des défendeurs, même en présence d'une loi de police éventuellement applicable au litige.

Le tribunal de commerce avait écarté cette argumentation en retenant que le ministre n'était pas lié par les clauses attributives de juridiction et que, dans la mesure où son action était autonome, non engagée en substitution des hôteliers, cette action avait un caractère délictuel.

C'est en toute logique que le tribunal avait alors retenu sa compétence en application de l'article 5, 3 du règlement « Bruxelles I », aux termes duquel, à titre de compétence spéciale, en matière délictuelle et quasi-délictuelle l'action peut être engagée devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire, le tribunal soulignant que « *le lieu où le fait dommageable s'est produit s'entend à la fois du lieu où le dommage est survenu et du lieu de l'évènement causal*⁽⁶⁾ » et que « *lorsque ces lieux ne sont pas identiques, le défendeur peut être attrait aux choix du demandeur devant le tribunal de l'un de ces lieux* ».

(5) Règl. (CE) n° 44/2001, 22 déc.e 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Ce règlement est remplacé depuis le 10 janvier 2015 par le règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, dit « Bruxelles I Bis », sans changement, en dehors de la numérotation des articles, sur les dispositions évoquées ici.

(6) Par référence à CJCE, 30 nov. 1976, aff. C-21/76, Mines de Potasse d'Alsace, EU:C:1976:166.

La cour confirme le jugement, par un raisonnement en trois points :

- elle souligne tout d'abord que l'action du ministre engagée sur le fondement de l'article L. 442-6, III du code de commerce aux fins de cessation des pratiques litigieuses et de l'application de l'amende civile doit l'être devant les juridictions compétentes désignées par l'article D. 442-3 du code de commerce ;
- cette action, engagée par l'autorité publique, dans sa mission de gardien de l'ordre public économique, vise la protection du fonctionnement du marché et de la concurrence⁽⁷⁾, et non celle des contractants lésés, et est donc autonome.

Sur ce point la cour est parfaitement en ligne avec un arrêt de la Cour de cassation du 18 octobre 2011⁽⁸⁾, qui a jugé que l'action autonome du ministre en cessation des pratiques restrictives de concurrence, qui sanctionne le comportement d'un opérateur économique, est de nature quasi délictuelle, même si les pratiques en cause sont constatées à l'occasion d'une relation commerciale fondée sur un contrat ;

- la cour souligne également que le ministre n'est ni partie au contrat ni n'agit sur son fondement ; la clause attributive de juridiction lui est donc inopposable.

La cour fait ensuite application du règlement « Bruxelles I », et retient la nature délictuelle de l'action du ministre au visa exprès de l'arrêt susvisé du 18 octobre 2011, pour une action qui est « *fondée sur le comportement fautif d'une des parties (...) ayant consisté à violer une disposition légale* », non sur le manquement contractuelle d'une partie.

Les hôteliers victimes étant situés en France, les juridictions françaises sont dès lors compétentes.

La compétence française dans le cas d'une action publique en cessation d'une PCR semble donc s'imposer, après l'avis n° 13-10 de la CEPC susvisé, le jugement du tribunal de commerce de Paris du 24 mars 2015⁽⁹⁾, puis l'arrêt d'appel rejetant le contredit, du 15 septembre 2015⁽¹⁰⁾ dans l'affaire Booking.

Mais on peut s'interroger sur le sort d'une action, non plus du ministre, mais d'un « simple » cocontractant victime sur le fondement du déséquilibre significatif, à la lumière de l'arrêt de la Cour de justice du 14 juillet 2016 *Granarolo*⁽¹¹⁾.

La Cour était saisie d'une question préjudicielle par la cour d'appel de Paris, dans une affaire portant sur la rup-

(7) En ce sens égal., Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761, Bull. civ. IV, n° 143.

(8) Cass. com., 18 oct. 2011, n° 10-28.005, Bull. civ. IV, n° 160.

(9) T. com. Paris, 24 mars 2015, n° 2014027403.

(10) CA Paris, 15 sept. 2015, n° 15/07435.

(11) CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-196/15, Granarolo, EU:C:2016:559.

ture brutale de la relation commerciale établie entre un fournisseur italien et son distributeur français, matière où pour les juridictions françaises la nature délictuelle pouvait sembler claire. La Cour de justice a rappelé que les notions de matières délictuelles et contractuelles au sens du règlement « Bruxelles I » sont autonomes par rapport aux qualifications nationales des états membres.

Elle y conclut que l'article 5, 3 dudit règlement, doit être interprété en ce sens qu'une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale des relations commerciales établies de longue date ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle...

Qu'en sera-t-il si la Cour de justice est saisie d'une question équivalente sur la notion de déséquilibre significatif ?

B. – La loi applicable

Expedia opposait au ministre que les contrats prévoient l'application du droit anglais.

Le tribunal de commerce a, de façon surprenante, retenu cet argument en concluant ici que l'action du ministre avait une nature contractuelle, notamment parce qu'elle tendait à l'annulation des dispositions contractuelles contestées.

À l'image de la CEPC, et de certains auteurs⁽¹²⁾, on voyait mal comment le ministre tiers au contrat pouvait se voir opposer cette clause désignant un droit étranger. De même, comment faire coexister dans une même décision le fait que l'action du ministre était délictuelle quand était évoqué la question de la compétence territoriale, mais contractuelle lorsqu'était étudiée la question de la loi applicable... Enfin, le tribunal jugeait de façon tout aussi inconséquente que le ministre n'était pas tenu par la clause attributive de juridiction mais qu'il était soumis à la clause désignant le droit applicable.

La cour d'appel ne suit pas le tribunal sur cette question et retient au contraire que le droit français est applicable.

Elle rappelle tout d'abord que l'action du ministre n'est pas une action indemnitaire fondée sur un manquement contractuel, mais une action publique fondée sur le comportement fautif d'une partie, qui en imposant à l'autre partie des clauses affectées de nullité, a violé la loi. Il s'agit, selon la cour, d'une violation de l'ordre public.

Elle en conclut que l'objet de la procédure est délictuel, d'où il découle l'application du règlement « Rome II » du 11 juillet 2007⁽¹³⁾.

En application de l'article 14, 1 du règlement, les parties peuvent choisir la loi applicable à une obligation non

(12) Contrats conc. consom. 2016, chron. 3, F. Leclerc.

(13) Règl. n° 864/2007, 11 juill. 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

contractuelle par un accord conclu avant la survenance du fait génératrice, mais ce choix ne peut porter préjudice aux droits des tiers.

En conséquence, le ministre, tiers au contrat, ne peut avoir consenti à la clause, qui lui est alors manifestement inopposable et inapplicable au litige.

Pour déterminer la loi applicable, la cour s'appuie donc sur l'article 4, 1 du règlement « Rome II » qui vise la loi du lieu où le dommage survient, c'est-à-dire ici la loi française.

La cour aurait pu arrêter ici sa démonstration, qui nous paraît suffisamment convaincante.

Pourtant, en miroir du jugement du tribunal de commerce qui avait dû recourir à la notion de loi de police pour voir appliquer, partiellement, le droit français, la cour ajoute, « à titre surabondant » que dès lors que l'action du ministre est portée devant une juridiction française, les lois de police⁽¹⁴⁾ s'appliquent selon l'article 16 du règlement « Rome II »⁽¹⁵⁾.

Elle souligne que les articles L. 442-6, I, 2° (visant la soumission d'un partenaire à un déséquilibre significatif) et L. 442-6, II, d) (prohibant la clause « de la nation la plus favorisée ») « prévoient des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et la loyauté entre partenaires économiques et s'avèrent donc indispensables pour l'organisation économique et sociale ». La cour en veut pour preuve le régime spécifique, et commun à ces délits civils, qui se caractérise par l'intervention du ministre pour la défense de l'ordre public et des instruments juridiques dont il dispose et notamment la demande de prononcé d'une amende civile.

Elle en conclut que ces deux dispositions⁽¹⁶⁾ sont des lois de police qui s'appliquent même si la loi étrangère était applicable.

On ne pourra qu'observer que par la généralité des termes de son raisonnement, la cour semble indiquer que l'intégralité de l'article L. 442-6 du code de commerce⁽¹⁷⁾ est une loi de police.

(14) Définies à l'article 9 §1 du règlement « Rome I » (Règl. n° 593/2008, 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles) comme des « disposition(s) impérative(s) dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ».

(15) Règl. « Rome II », art. 16 : « Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle ».

(16) On relèvera que le tribunal de commerce avait quant à lui écarté la qualification de loi de police s'agissant de l'article L. 442-6, II d), au motif étonnant qu'il n'aurait pas une portée générale.

(17) BRDA 15-16/17, Condition de l'action du ministre de l'Économie en cas de pratique commerciale abusive.

II. – La mise en œuvre

Le juge compétent et la loi applicable étant déterminés, la cour a dû trancher deux autres points importants : qui peut se voir reprocher un déséquilibre significatif et les dispositions contractuelles visées par le ministre sont-elles illicites ?

S'agissant du champ d'application, et sans qu'il soit besoin de s'étendre, la cour rejette naturellement l'argument d'Expedia qui soutenait que l'article L 442-6 n'était applicable qu'au secteur de la grande distribution.

A. – Le tiers au contrat

En première instance, les sociétés Expedia Inc et Expedia France avaient obtenu leur mise hors de cause au motif qu'elles n'étaient pas signataires des contrats fondant l'action du ministre.

Elles soulignaient en effet, que leur mise en cause violerait les principes de l'effet relatif des contrats et celui de la responsabilité personnelle.

L'argument n'est pas saugrenu dans la mesure où l'article L. 442-6, I, 2^e, vise bien un « partenaire commercial », ce qui pourrait laisser à penser que sont visés les seuls cocontractants directs des sociétés victimes de la pratique poursuivie.

La question de la mise en cause d'une société qui n'est pas signataire du contrat litigieux a été tranchée par un arrêt de la Cour de cassation du 4 octobre 2016⁽¹⁸⁾ par lequel la Haute juridiction avait validé la mise en cause de sociétés du groupe Carrefour, non signataires, à raison notamment de leur rôle soit de pilote dans l'élaboration de la convention, soit dans son exécution.

Ici, la cour rappelant que les articles fondant l'action du ministre sont d'interprétation stricte, confirme le jugement du tribunal sur la mise hors de cause de ces sociétés sur le fondement de l'article L. 442-6, II, d), dans la mesure où seules sont visées par cet article les sociétés signataires des contrats dont les clauses sont critiquées.

En revanche, la cour considère que L.442-6, I, 2^e, « *sancctionne un comportement consistant, de façon général, à soumettre ou tenter de soumettre un partenaire, ce comportement pouvant revêtir d'autres formes que la signature d'un contrat dont certaines clauses seraient déséquilibrées* ».

Elle procède donc à une analyse concrète des liens entretenus par les sociétés non signataires avec la pratique en cause et relève notamment que :

- Expedia.fr met en avant la garantie d'alignement des prix sur son site internet. Elle en tire donc avantage ;

- ce sont les commerciaux d'Expedia France qui démarquent les hôteliers pour les faire adhérer aux programmes de commercialisation via les sites exploités par Expedia, ce qui relève d'ailleurs de son activité en France tel qu'elle apparaît sur son K Bis ;
- ce sont ces mêmes employés qui animent la relation commerciale avec les hôteliers en procédant à une « surveillance étroite » du respect du contrat ;
- le site internet Expedia.fr appartient à la société Vacationspot SL, mais est en réalité géré par Expedia Inc. ;
- enfin, les conditions générales de vente et d'utilisation d'Expedia, précisent qu'il faut entendre « Expedia » comme l'ensemble des « entités » du groupe.

La cour en conclut à la mise en cause des sociétés Expedia France et Expedia.fr qui ont concouru au dommage par la fourniture de moyens humains et matériels nécessaires au démarchage des hôteliers.

On comprend assez bien que, sur le terrain délictuel, ces sociétés, qui ont concouru au dommage, soient mises en cause ensemble avec les sociétés signataires des contrats litigieux. Néanmoins, on ne peut pas s'empêcher de penser que la notion de partenaire commercial, posée par l'article L. 442-6, I, 2^e est un peu malmenée quand elle est appliquée à des sociétés qui n'ont pas de lien contractuel avec la victime.

B. – Les manquements invoqués contre Expedia

Deux clauses étaient soumises à la cour : la clause de parité et la clause dite de la dernière chambre disponible.

L'article L. 442-6, II, d) du code de commerce interdit les clauses permettant de « *bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant* ».

La clause de parité figurant au contrat Expedia prévoyait que l'hôtelier devait faire bénéficier automatiquement la plateforme internet de conditions au moins aussi favorables que celles accordées aux autres distributeurs, mais aussi que ses propres conditions internet ou résultant de ses ventes directes.

Les avantages visés portaient donc non seulement sur la politique tarifaire de l'hôtelier mais aussi sur toutes conditions non tarifaires, telles que les programmes de fidélisation, les petits déjeuners offerts ou les surclassements, par exemple.

La cour procède ici à une analyse détaillée de la clause en excluant du champ de l'article L. 442-6, II d) du code de commerce, l'engagement de l'hôtelier au regard de ses propres conditions, l'article ne visant que l'alignement sur les concurrents. La réduction supplémentaire, de 25 %, consentie à Expedia est également écartée puisque seul l'alignement est interdit par cet article.

(18) Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013.

Seule est donc sanctionnée ici la partie de la clause visant l'alignement sur les conditions offertes aux concurrents⁽¹⁹⁾.

Le reste de la disposition, ensemble avec la clause de la dernière chambre disponible, est donc étudié sous l'angle de l'article 442-6, I, 2° du code de commerce qui interdit « *de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

La cour procède ici de façon habituelle en posant les deux éléments de cette pratique, à savoir, d'une part, l'identification de la soumission ou la tentative de soumission et, d'autre part, l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif.

Elle rappelle également que les clauses sont appréciées dans leur contexte, au regard de l'économie du contrat, et *in concreto*, et que la preuve du rééquilibrage pèse sur l'entreprise mise en cause.

La cour retient tout d'abord la soumission au regard du poids économique d'Expedia qui est le leader mondial du voyage en ligne, et au deuxième rang du secteur des réservations hôtelières en ligne. Ainsi, les hôteliers sont placés dans un rapport de force défavorable devant la « force de frappe » d'acteurs représentant 70 % des réservations en ligne et 24 % de leur chiffre d'affaires.

La cour souligne enfin l'absence de pouvoir de négociation des hôteliers devant des contrats qui leur sont imposés, et dans lesquels les clauses litigieuses sont systématiquement présentes.

Le déséquilibre significatif dans les obligations des parties est identifié par la cour d'appel dans l'effet cumulé des deux clauses de parité et de dernière chambre.

En effet, la cour relève que lorsqu'il dispose encore de chambres disponibles, l'hôtelier doit les accorder au groupe Expedia, ce qui le constraint à payer une commission, mais il doit en plus les lui proposer au tarif le plus bas. Il s'agit là d'une atteinte à l'autonomie de l'hôtelier dans sa politique commerciale et tarifaire.

Ces clauses ont donc pour effet de faire bénéficier Expedia des tarifs les plus concurrentiels du marché ; cet avantage étant supporté par le seul hôtelier alors qu'Expedia ne prend en retour aucun risque lié à la réservation.

La cour écarte les justifications apportées par les mises en cause, notamment l'argument de l'effet « panneau publicitaire », Expedia expliquant qu'elle n'est rémunérée que lors des réservations effectives.

(19) Sachant que depuis la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite loi Macron, l'article L. 311-5-1 du code du tourisme dispose que « *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 cour retient, d'une part, que les commissions, élevées, versées à Expedia rémunèrent déjà cette publicité. Elle indique, d'autre part, qu'il n'était pas démontré que les clauses de parité et dernière chambre étaient indispensables à l'équilibre du contrat, et ce d'autant moins que depuis l'entrée en vigueur de la loi Macron, elles doivent être supprimées des contrats, sans qu'Expedia ne justifie depuis d'un quelconque problème de rentabilité ou d'une remise en cause de son modèle économique.

En définitive, la cour enjoint aux sociétés du groupe Expedia de faire disparaître les clauses litigieuses des contrats en cours et prononce une amende de un million d'euros au lieu des deux réclamés par le ministre.

Sur le montant de l'amende civile, la cour rappelle en premier lieu les critères à prendre en considération pour fixer le quantum, parmi lesquels figurent l'effet de dissuasion, la gravité du comportement en cause, le dommage causé à l'économie et la situation individuelle de l'entreprise poursuivie.

Si la gravité et la persistance de la pratique sont relevées, la cour modère toutefois le montant de l'amende civile en notant l'absence d'effet avéré sur les consommateurs et sur la rentabilité des hôtels.

En revanche, sur le terrain de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, la condamnation est bien prononcée *in solidum* à l'égard des sociétés Expedia Inc et Expedia France, non signataires des contrats.

Remarques conclusives

On le voit, les sujets qui seront certainement soumis à la cour de cassation seront nombreux et passionnants.

La notion de déséquilibre significatif a encore du mal à sortir de son secteur de prédilection, celui de la grande distribution. Le ministre diversifie depuis quelques années les cibles de son action dans les secteurs tels la téléphonie mobile ou la restauration rapide.

On notera également qu'une fois encore les victimes sont absentes de la procédure, si ce n'est par l'intermédiaire de leurs syndicats. Aucune n'a osé demander réparation. C'est l'action seule du ministre qui aboutit à la sanction des auteurs des PCR, signe sans doute de la puissance du partenaire dont la responsabilité est recherchée.

Le droit positif progresse sur cette notion de déséquilibre significatif et certaines réflexions émergent pour lui donner un rôle plus général et plus central encore dans l'appréhension des pratiques restrictives de concurrence⁽²⁰⁾. ■

(20) V. par ex. le rapport de l'AFEC, « Observations de l'AFEC sur les évolutions souhaitables en matière de pratiques restrictives de concurrence visées au titre IV du livre IV du code de commerce », 18 sept. 2017, bientôt disponible sur le site <http://www.afec.asso.fr>.