

CONCURRENCE

• Procédure d'engagements (abus de position dominante) dans le secteur des plateformes de réservation hôtelière : les suites du test de marché lancé par l'Autorité de la concurrence – acceptation par l'autorité des propositions d'engagements de booking.com

Dans le cadre d'une plainte des principaux syndicats hôteliers français au sujet des pratiques mises en œuvre par les plateformes de réservation hôtelière (en 2013), l'Autorité de la concurrence avait exprimé des préoccupations de concurrence suscitées par ces pratiques, notamment concernant les clauses de parité tarifaire figurant dans les contrats conclus entre les plateformes et les hôtels.

Aux termes de ces clauses, les plateformes exigeaient des hôteliers de bénéficier de conditions commerciales (incluant le tarif, la facturation ou non du petit-déjeuner en sus, la disponibilité du nombre de nuitées dans les chambres, les conditions de réservation) au moins aussi avantageuses que celles proposées par ces hôteliers aux plateformes concurrentes ou par le biais d'autres canaux de distribution, incluant la réservation directe auprès des hôtels.

En réponse à l'Autorité de la concurrence qui avait constaté, dans son évaluation préliminaire des pratiques, que booking.com était susceptible de détenir une position dominante sur le marché de la réservation hôtelière et que les clauses susvisées étaient susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels, booking.com avait fait des propositions d'engagements, au mois de décembre 2014, consultables sur le site internet de l'Autorité de la concurrence.

Suite aux observations émises par les tiers intéressés (notamment la CGPME, B&B Hôtels, Best Westerns, Relais & Châteaux, Hilton Worldwide), booking.com a étendu ses propositions d'engagements dans le sens d'une liberté accrue des hôtels dans l'offre de conditions commerciales différenciées aux consommateurs, par type de canal de distribution (que ce soit via une plateforme de réservation hôtelière ou une réservation directe auprès des hôtels), concernant et les conditions tarifaires et la disponibilité des chambres. L'Autorité de la concurrence a accepté ces engagements pris pour une durée de 5 ans, en vigueur à compter du 1er juillet 2015 – engagements souscrits à l'identique par booking.com également auprès des autorités italienne et suédoise de concurrence en coordination avec la Commission européenne.

Dans sa décision du 21 avril 2015, l'Autorité de la concurrence rappelle les effets anticoncurrentiels des clauses de parité tarifaire, à savoir le risque de réduction de la concurrence entre les différentes plateformes concurrentes et le risque d'éviction. En effet, l'obligation pour les hôtels de consentir aux plateformes les mêmes conditions commerciales, quels que soient les montants de commissions demandées par les plateformes aux hôtels, n'encourage pas celles-ci à différencier leurs taux de commissions ; cette obligation peut permettre à booking.com, qui occupe une position très importante (voire dominante) sur le marché, de maintenir des taux de commissions élevés sans risquer de réduire le nombre de réservations sur son site par des conditions commerciales de réservation moins favorables que celles proposées par les hôtels via d'autres plateformes. Cette pratique comporte en conséquence un risque d'éviction des concurrents de booking.com qui ne peuvent attirer les consommateurs par des conditions de réservation plus avantageuses que celles proposées via booking.com.

L'Autorité de la concurrence rappelle ensuite les critiques formulées par les tiers intéressés à l'égard des engagements proposés au mois de décembre 2014 par booking.com et détaille le contenu des engagements qu'elle a obtenus de booking.com et qu'elle considère nécessaires et suffisants pour répondre aux préoccupations de concurrence. Ces engagements, qui s'appliqueront à toutes les réservations effectuées par des consommateurs auprès d'hébergements localisés en France, contiennent en substance les améliorations suivantes :

- la suppression de toute obligation pour les hôtels de respecter une parité tarifaire ou une parité des autres conditions commerciales (condition de réservation et d'annulation, petit déjeuner, spa, etc...) à l'égard d'une part, des autres plateformes de réservation d'hôtels en ligne et agences de voyage en ligne, et d'autre part, de leurs propres canaux hors ligne, et notamment la possibilité pour les hôtels de proposer des tarifs inférieurs à condition de ne pas être publiés ni commercialisés en ligne (l'obligation de parité tarifaire est maintenue pour les offres des hôteliers sur Internet);

- la suppression complète de toute obligation de parité des disponibilités des chambres ;
- la possibilité pour les hôtels de recontacter les clients antérieurs.

L'Autorité de la concurrence effectuera un bilan contradictoire sur l'efficacité des engagements au plus tard le 1er janvier 2017 (décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne).

• **Pratiques restrictives de concurrence dans le secteur des plateformes de réservation hôtelière (déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties) : annulation de clauses de parité tarifaire**

Saisi par le ministre de l'économie sur le fondement de l'article L 442-6-III du Code de commerce, le Tribunal de commerce de Paris déclare nulle la clause de parité tarifaire incluse dans les contrats conclus entre les sociétés du groupe Expedia et des hôtels en France permettant à Expédia de s'assurer l'obtention automatique des conditions tarifaires (incluant les conditions promotionnelles) et des conditions non tarifaires plus favorables consenties par l'hôtelier via les autres canaux de distribution.

Le tribunal constate que les contrats sont soumis au droit anglais mais que les dispositions du Code de commerce prohibant le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties peuvent être qualifiées de lois de police, qui doivent être appliquées par un tribunal français, compétent en dépit de la clause de juridiction désignant les tribunaux anglais, qui n'est pas opposable au ministre de l'économie (celui-ci n'est pas partie aux contrats conclus entre Expedia et les hôteliers).

La clause de parité tarifaire introduit un déséquilibre dans les droits et obligations des parties car l'obligation pour les hôtels d'étendre aux plateformes de réservation en ligne du groupe Expedia les meilleures conditions tarifaires, dont les conditions promotionnelles, peut peser très fortement sur leur marge, alors que les promotions ne peuvent impacter significativement la marge des plateformes en ligne, dont la rémunération est fixée en pourcentage du prix de vente (avec éventuellement un plancher en valeur absolue). Le tribunal prononce la nullité de la clause de parité tarifaire. Il refuse en revanche de prononcer la nullité des clauses de parité des disponibilités des chambres considérant qu'en annulant l'obligation pour l'hôtelier de répercuter les meilleures conditions tarifaires aux plateformes de réservation d'Expedia, la clause octroyant à ces plateformes des disponibilités au moins égales à celles des autres canaux de distribution constitue une contrepartie de la visibilité offerte sans rémunération financière fixe.

En l'absence de démonstration d'un préjudice subi par les hôteliers et du caractère intentionnel de la faute commise, le tribunal rejette la demande du ministère de l'économie de condamnation d'Expedia à une amende civile à hauteur de 2 millions d'euros ainsi que sa demande de publication dans des organes de presse grand public (T.com. Paris, 7 mai 2015, n°2015000040, Ministre de l'économie c./Groupe Expedia).

• **Entente : appréciation d'une restriction de concurrence par l'objet dans un accord de répartition de clientèle**

A l'occasion d'une question préjudicielle posée par une juridiction roumaine, dans une affaire opposant une société privée de gestion de fonds de pension roumaine à l'autorité de la concurrence roumaine, l'avocat général de la Commission européenne a présenté ses conclusions, qui rappellent la méthode d'analyse de la restriction de concurrence par l'objet indépendamment de ses effets sur le marché. Cette analyse concerne plus particulièrement un accord de répartition de clientèle entre concurrents qui a soulevé de la part de la juridiction roumaine la question de savoir si, dans le cas d'une pratique de répartition de clients, le nombre final concret de ceux-ci était pertinent pour apprécier la condition d'affectation significative de la concurrence, au sens des dispositions de l'article 101§1 du TFUE relatives à la prohibition des ententes anticoncurrentielles.

L'avocat général confirme que les accords de répartition de clients sont susceptibles de présenter, par leur nature même, un degré suffisant de nocivité et conclut que l'accord litigieux est à première vue restrictif de concurrence de par son objet, notamment dans le contexte d'un nouveau marché (à savoir celui de la gestion privée des fonds de pension obligatoires), d'une mobilité réduite des consommateurs sur ce marché (en raison des pénalités applicables en cas de transfert d'un consommateur d'un fonds de pension à un autre) et de la volonté des participants à l'accord de se soustraire à la loi applicable.

L'avocat général rappelle ensuite que dès lors qu'un accord a un objet anticoncurrentiel, il n'est nullement besoin d'examiner les effets concrets de celui-ci et conclut que le nombre de clients répartis entre les concurrents ayant participé à l'accord litigieux est dénué de pertinence, ce point relevant des effets concrets d'une entente.

Toutefois, l'avocat général émet l'avis selon lequel la condition du caractère « sensible » de la restriction de concurrence pour qualifier une entente anticoncurrentielle ne saurait être écartée en présence d'une restriction par l'objet, dans l'hypothèse où l'accord en cause ne pourrait manifestement produire que des effets insignifiants sur la concurrence, compte tenu notamment de la faible position des participants à l'accord sur le marché des produits en cause, faisant échapper l'accord à l'application de l'article 101§1 du TFUE (affaire C-172/14, ING Pensii Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA c./Consiliul Concurentei - conclusions de l'avocat général, Mr. Nils Wahl, du 23 avril 2015).

• **Entente : l'Autorité de la concurrence publie sur son site un document de consultation publique sur le fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la normalisation et de la certification**

Cette consultation est ouverte jusqu'au 1er juin 2015. L'Autorité de la concurrence est partie du constat que le processus de normalisation, de par son manque de transparence (notamment dans le secteur du BTP), peut être un outil de collusion entre concurrents établis pour créer des barrières artificielles à l'entrée de nouveaux entrants sur un marché. La consultation a pour objet de déterminer les mesures qui pourraient être prises pour améliorer les procédures d'élaboration des normes, en écartant les risques collusifs, ainsi que les procédures de certification. L'Autorité de la concurrence remarque que l'activité de certification soulève également des questions de concurrence liées notamment :

- au coût et à la longueur des procédures pour obtenir l'accréditation de certification,
- à la confusion entre activités de normalisation et de certification qui peut induire des disparités de concurrence, notamment au profit de l'AFNOR,
- à la confusion sur le caractère obligatoire ou facultatif de la certification.

• **Abus de position dominante : réparation civile du dommage concurrentiel subi par une entreprise victime d'un abus de position dominante**

Par jugement du 30 mars 2015, le Tribunal de commerce de Paris condamne deux entreprises ayant commis un abus de position dominante, en raison de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques, à verser à l'entreprise victime de cet abus des dommages-intérêts. L'infraction d'abus de position dominante est qualifiée comme telle principalement à partir des constatations effectuées par l'Autorité de la concurrence dans une décision n°10-D-29 rendue le 27 septembre 2010 relatives aux pratiques de ces deux entreprises, qui avaient souscrits des engagements pour clore la procédure devant l'Autorité de la concurrence.

Pour rappel, la directive n°2014/104 adoptée le 26 novembre 2014 a pour objet de faciliter dans les Etats membres de l'Union européenne les actions en dommages-intérêts en réparation des dommages subis par les consommateurs et les entreprises du fait d'infractions au droit de la concurrence. Par ailleurs, une action de groupe a été introduite au bénéfice des consommateurs dans la loi n°2014-344 relative à la consommation, dite « loi Hamon » (T.com. Paris, 30 mars 2015, Sté DKT International c./Sté Eco-Emballages, Sté Valorplast).

DISTRIBUTION – PROPRIETE INTELLECTUELLE

• **Rupture des relations commerciales : la loi n'interdit pas d'aménager les conditions de la rupture de la relation commerciale établie**

Un fabricant de meubles avait assigné son distributeur pour rupture brutale des relations commerciales établies suite à des diminutions importantes de commandes. En l'espèce, le distributeur avait lancé un appel d'offres (en janvier 2009) pour son approvisionnement en gammes de canapés et fauteuils, auquel le fabricant avait participé et qui avait été retenu. Le distributeur avait parallèlement informé le fabricant de la diminution des commandes de meubles dans les mois à venir en raison de la crise économique et des baisses des ventes et avait consenti à verser une indemnité au fabricant, avec lequel il était en relation commerciale depuis 17 ans, aux termes d'un premier protocole d'accord d'une durée d'un an (septembre 2009/août 2010). Les parties avaient ensuite conclu un second accord prévoyant une date de terme à leur collaboration, avec de nouvelles baisses de volume pendant plus deux ans (jusqu'en décembre 2012).

La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait considéré que la diminution importante des volumes de commandes pendant la durée du préavis, qu'elle avait fait courir à compter du jour de la notification de l'appel d'offres (soit une durée de préavis totale de 48 mois) constituait une rupture brutale des relations commerciales.

Tout en rappelant le caractère d'ordre public des dispositions prohibant la rupture de relations commerciales sans préavis raisonnable (article L442-6, I, 5° du Code de commerce), à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation, la Cour suprême énonce que ces dispositions n'interdisent pas aux parties de convenir des modalités de la rupture de leurs relations commerciales ou de transiger sur l'indemnisation du préjudice subi par suite de la brutalité de cette rupture (Cass.com, 16 décembre 2014, n°13-21.363, Sté Ikea AG c./ Sté Green Sofa Dunkerque).

- **Contrefaçon de marques : l'usage d'une dénomination identique à une marque déposée ne constitue pas une contrefaçon à défaut d'usage « à titre de marque »**

Ayant constaté qu'une société commercialisait des produits (trousses d'écolier, tapis de souris, dessous de verre,...) reproduisant le nom « Moulin rouge » avec le dessin d'un moulin rouge ou la photographie de la façade du Moulin rouge, la société titulaire de la marque Moulin rouge et la société exploitante du cabaret éponyme avaient assigné la société pour contrefaçon de marque.

La Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel qui avait rejeté l'action en contrefaçon considérant que la dénomination « Moulin rouge » n'était employée par la société fabricante des produits qu'à des fins descriptives d'un site touristique, au même titre que d'autres monuments emblématiques de la capitale, sans affecter la garantie d'origine des produits. En effet, cette dénomination n'était pas utilisée de façon isolée pour désigner les produits litigieux mais en association avec l'image du cabaret, dans le seul but de l'identifier, comme élément du patrimoine touristique de Paris. Si la Cour de cassation confirme que l'usage de cette dénomination intervient dans la vie des affaires, elle considère qu'il ne constitue pas pour autant un usage à titre de marque, faute de remplir la fonction distinctive conférée à cette marque (Cass.com, 31 mars 2015, n°13-21.300, Sté Moulin Rouge c./ Sté Les éditions artistiques du Tertre).

CONSOMMATION

- **Clauses abusives : la juridiction compétente en matière de clauses abusives est déterminée par la législation nationale des Etats-membres de l'Union européenne**

Saisie d'une question préjudicielle sur la conformité d'une règle de procédure hongroise avec la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives, la CJUE répond que cette directive ne contient pas de dispositions expresses déterminant la juridiction compétente pour connaître des recours des consommateurs visant à faire constater l'invalidité de clauses abusives. Il appartient dès lors à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et régler les modalités procédurales des recours.

Dans cette affaire, deux consommateurs hongrois avaient introduit une action devant une juridiction locale pour faire constater la nullité d'un contrat de crédit immobilier, contestant la validité de la clause compromissoire prévoyant la compétence d'un tribunal arbitral constitutive, selon eux, d'une clause abusive. En application d'une règle de procédure hongroise, la juridiction locale s'était dessaisie au profit de la juridiction départementale, seule compétente pour connaître des contestations en matière de clauses abusives, dont la saisine s'avérait être plus coûteuse pour le consommateur. La CJUE constate que la directive susvisée ne s'oppose pas à la mise en œuvre d'une règle nationale, sous réserve que celle-ci n'engendre pas d'inconvénients procéduraux de nature à rendre excessivement difficile l'exercice des droits conférés au consommateur par l'ordre juridique de l'Union (CJUE, 12 février 2015, affaire C-567/13, Nora Baczo, Janos Istvan Viznyiczai c./ Raiffeisen Bank Zrt).