

DROIT INTERNATIONAL ET DROITS ÉTRANGERS

Les clauses de parité tarifaire devant l'OFT, en attendant la position de l'Autorité de la concurrence française

Office of Fair Trading, 31 janvier 2014, n° OTF1514 - Hotel online booking, Booking.com, Expedia Inc., Intercontinental Hotels Group plc

Mots-clés : DROIT INTERNATIONAL ET DROITS ÉTRANGERS * Entente verticale * Clause de parité tarifaire * Engagements * Culture de concurrence

Solution : Appelé à se prononcer, après le *Bundeskartellamt* allemand, sur les pratiques tarifaires des plateformes de réservation hôtelière, l'OFT (l'*Office of Fair Trading*) accepte de traiter la question par l'intermédiaire de la procédure d'engagements (décision disponible à l'adresse suivante : www.offt.gov.uk/shared_offt/ca-and-cartels/oft1514dec.pdf) :

« L'OFT reconnaît que les conséquences exactes de l'introduction d'une concurrence par les prix limitée au travers des engagements ne peuvent être anticipées avec une certitude complète » (Décis., § 6.57, p. 40). »

Observations : À la suite d'une plainte d'avril 2010 dénonçant les conditions contractuelles convenues entre plusieurs hôtels et certaines centrales de réservation en ligne, l'*Office of Fair Trading* (« OFT ») a adopté, le 31 janvier 2014, une décision mettant fin, par voie d'engagements, à la procédure ouverte à l'encontre des deux principaux sites internet de réservation hôtelière (Booking.com et Expedia) et du plus important groupe hôtelier au monde, Hotel Inter-Continental London Limited (« HICL »). L'OFT avait en effet choisi, le 31 juillet 2012, d'adresser une communication de griefs à « un nombre restreint d'opérateurs significatifs afin d'arriver à une issue rapide et satisfaisante » (Décis., § 6.57, p. 40), même s'il aura fallu près de quatre ans pour y parvenir.

Selon l'OFT, en s'engageant à ne pas proposer de chambres d'hôtel à des prix inférieurs à ceux proposés ou communiqués par HICL, Booking.com et Expedia auraient conclu avec ce groupe hôtelier des accords anticoncurrentiels par l'objet (Décis., § 5.1, 5.2 et 5.3, p. 20). Ces clauses, communément désignées « clauses de parité tarifaire », prévoient l'obligation pour l'hôtelier de proposer ses chambres à la plateforme de réservation en ligne en question à un prix final au moins aussi avantageux que celui qui pourrait être proposé par l'hôtelier par un autre canal de distribution.

Contrairement au droit français (Aut. conc., communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, pt 13), des engagements peuvent être soumis à l'OFT après la communication des griefs (OFT, *A guide to the OFT's investigation procedures in competition cases*, §10. 18, p.54 : www.offt.gov.uk/shared_offt/policy/OFT1263rev). Les parties mises en cause ont utilisé cette possibilité et, en vue d'échapper à une sanction pécuniaire potentielle, ont proposé des engagements consistant à amender leurs conditions contractuelles existantes. Il s'agit plus particulièrement de donner aux centrales de réservation en ligne la possibilité de proposer, à tout moment, ou de consentir des remises à des clients cibles titulaires d'une carte de membre leur donnant accès à des remises spécifiques auprès d'une centrale de réservation en ligne ou d'un hôtel (*closed group*) dès lors qu'ils ont déjà fait une réservation auprès de ladite centrale de réservation en ligne.

Si l'OFT reconnaît ne pas être en mesure d'apprécier avec une « certitude complète » quels seront *in fine* les effets des engagements sur les prix, elle considère toutefois qu'ils sont de nature à répondre aux préoccupations de concurrence identifiées. En effet, ils permettent, d'une part, un degré plus important de concurrence par les prix et, d'autre part, à de potentiels nouveaux entrants de rentrer sur le marché (Décis., § 6.61, p. 42).

On notera qu'à la suite des tests de marché effectués, l'OFT a souhaité réduire la durée des engagements proposés (de trois à deux ans) pour ne pas figer un secteur actuellement en pleine évolution (Décis., § 6.38, p. 34). Par ailleurs, les engagements portent uniquement sur les hôtels du groupe HICL situés au Royaume-Uni au lieu de concerner l'ensemble des hôtels situés dans l'Union européenne. L'OFT considère, en effet, que, sur ce dernier point, d'autres autorités de concurrence nationales pourraient être mieux placées qu'elle (Décis., § 6.34, p. 33). Certaines (voir ci-dessous) sont d'ailleurs d'ores et déjà saisies.

Panorama des procédures actuellement en cours au sein du Réseau Européen de Concurrence (au 4 mars 2014) : Les pratiques contractuelles d'Expedia et Booking.com font actuellement l'objet d'un examen dans les États membres suivants (source : Mlex) :

— France : suite à un avis de la CEPC sur les relations commerciales des hôteliers avec les entreprises exploitant les principaux sites de réservation hôtelière (avis n° 13-10), la DGCCRF a assigné Expedia devant le Tribunal de commerce de Paris pour avoir imposé des restrictions tarifaires à un certain nombre d'hôtels en France. Par ailleurs, deux plaintes ont été déposées devant l'Autorité de la concurrence, d'une part, par l'Union des métiers de l'industrie hôtelière et, d'autre part, par le Syndicat national des hôteliers, restaurateurs, cafetiers et traiteurs. Le président Bruno Lasserre a indiqué, lors de sa récente audition au Sénat, qu'il s'agissait là d'un « sujet important ».

— Allemagne : le *Bundeskartellamt* a enjoint au portail de réservation en ligne HRS (qui a fait appel de cette décision) de modifier ses conditions contractuelles et examine actuellement celles de Booking.com et d'Expedia.

— Suède : l'ANC suédoise a ouvert une enquête et adressé des questionnaires aux sociétés Expedia et Booking.com.

— Italie : l'ANC italienne a été saisie d'une plainte

visant les pratiques contractuelles d'Expedia et de Booking.com.

— Hongrie : selon le communiqué de presse posté sur son site Internet le 29 juillet 2013, l'autorité de concurrence hongroise enquête également sur des pratiques similaires.

Retient encore l'attention la recommandation de l'OFT aux acteurs de la réservation hôtelière en ligne bénéficiant de conditions contractuelles similaires à celles visées par la Décision. L'OFT les invite à s'assurer de leur compatibilité avec le droit anglais et européen de la concurrence (Décis., § 6.64, p. 43). Plus généralement, l'OFT considère que sa Décision permettra une large diffusion de la culture de concurrence pour les accords verticaux du secteur de la réservation hôtelière en ligne, mais

également pour d'autres secteurs d'activité (Décis., § 6.65, p. 43).

On saluera à cet égard la démarche de l'OFT qui, pour une meilleure diffusion de la culture de concurrence (*advocacy*), a publié, à l'appui de la Décision, trois fiches synthétiques sur les implications concrètes des engagements rendus obligatoires pour (I) les consommateurs, (II) les hôtels situés au Royaume-Uni et (III) les centrales de réservation en ligne.

Romain Maulin

À retenir

Les « clauses de parité tarifaire » stipulées par des plateformes de réservation hôtelière sont susceptibles d'être le support d'ententes verticales. La position de l'Autorité de la concurrence française sur ce sujet est attendue.

DISTRIBUTION

FRANCHISE

Quelle responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé ?

Cour de cassation, com., 7 janvier 2014, n° 12-17.154

Mots-clés : FRANCHISE * Procédure collective * Responsabilité du franchiseur * Exécution de bonne foi * Tarifs * Difficultés financières * Renégociation

FONDEMENT : Code civil, art. 1134, art. 1135

Solution : Une société acquiert plusieurs fonds de commerce de location de véhicules automobiles auprès d'une entreprise à la tête d'un réseau de franchise et conclut avec cette dernière un contrat de franchise. Le franchisé est placé, trois ans plus tard, en liquidation judiciaire. La question centrale est celle de savoir si le liquidateur judiciaire peut obtenir, au bénéfice du franchisé, des dommages et intérêts en invoquant des manquements du franchiseur à l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, sans déloyauté. Rejetant le pourvoi, la Cour répond par la négative. D'une part, il ne peut être reproché au franchiseur d'avoir refusé de reprendre lui-même l'exploitation des sites déficitaires et de réduire ou de supprimer le montant des redevances prélevées sur le chiffre d'affaires de ces sites dès lors que le franchisé, professionnel indépendant, assume seul la charge de ses pertes et que la force obligatoire des conventions s'oppose à ce qu'une partie, en l'absence de clause en ce sens, se voit imposer de renégocier le contrat en cours. D'autre part, il ne peut pas non plus être soutenu que le franchiseur a commis une faute en imposant au franchisé des tarifs « grands comptes » insuffisants pour lui permettre d'équilibrer l'exploitation dès lors

que le franchiseur a mené une politique commerciale dynamique à l'égard de la clientèle « grands comptes ». Enfin, le franchiseur ne saurait engager sa responsabilité en raison de la baisse du nombre d'agences exploitées sous son enseigne sur le territoire national dès lors que le maillage du territoire ne constitue pas une obligation de résultat à la charge du franchiseur et que le franchisé ne démontre pas la responsabilité directe du franchiseur dans la diminution du volume des agences.

Observations : Les zones de contentieux sont très nombreuses dans les contrats de franchise en raison, notamment, de l'intérêt commun qui tout à la fois enrichit et fragilise ce contrat. Si le juge avait déjà pu sanctionner le déséquilibre qui contredit l'intérêt commun au travers de l'abus de dépendance économique (Com. 16 déc. 1997, n° 95-21.555, Bull. civ. IV, n° 337 ; D. 1998. 338, obs. D. Ferrier) ou la présentation au franchisé d'un prévisionnel « irréaliste et chimérique » qui nie tout intérêt commun (Com. 25 juin 2013, n° 12-20.815), c'est la première fois, à notre connaissance, que se pose la question de l'éventuelle responsabilité du franchiseur dans la faillite de l'un de ses franchisés. Ou, du moins, la première fois que cette question est aussi nettement tranchée. En rappelant une grande partie des principes essentiels de la franchise, la Cour de cassation fait œuvre pédagogique et semble lever la plupart des doutes en la matière. En somme, si le contrat de franchise accueille favorablement un grand nombre