



*Liberté  
Égalité  
Fraternité*

## **Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 8 juillet 2020, 17-31.536, Inédit**

### **Cour de cassation - Chambre commerciale**

N° de pourvoi : 17-31.536  
ECLI:FR:CCASS:2020:CO00314  
Non publié au bulletin  
Solution : Cassation partielle

Président  
Mme Mouillard (président)

### **Audience publique du mercredi 08 juillet 2020**

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris, du 21 juin 2017

Avocat(s)  
SARL Meier-Bourdeau, Lécuyer et associés, SCP Nicolay, de Lanouvelle et Hannotin

### **Texte intégral**

### **RÉPUBLIQUE FRANÇAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

COMM.

JT

COUR DE CASSATION

Audience publique du 8 juillet 2020

Cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 314 FS-P + B

Pourvoi n° E 17-31.536

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 8 JUILLET 2020

1<sup>o</sup>/ La société Expedia France, société par actions simplifiée, dont le siège est [...],

2<sup>o</sup>/ la société Expedia Inc., dont le siège est [...],

3<sup>o</sup>/ la société Travelscape LLC, dont le siège est [...] (États-Unis),

4<sup>o</sup>/ la société Hotels.com LP, dont le siège est [...] (États-Unis),

5<sup>o</sup>/ la société Vacationspot SL, dont le siège est [...],

ont formé le pourvoi n° E 17-31.536 contre l'arrêt rendu le 21 juin 2017 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 4), dans le litige les opposant au ministre de l'économie et des finances, domicilié [...],

défendeur à la cassation.

Les demanderesses invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les six moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Champalaune, conseiller, les observations de la SCP Nicolay, de Lanouvelle et Hannotin, avocat des sociétés Expedia France, Expedia Inc., Travelscape LLC, Hotels.com LP et Vacationspot SL, de la SARL Meier-Bourdeau, Lécuyer et associés, avocat du ministre de l'économie et des finances, et l'avis de M. Douvreleur, avocat général, à la suite duquel le président a demandé aux avocats s'ils souhaitaient présenter des observations complémentaires, après débats en l'audience publique du 3 mars 2020 où étaient présents Mme Mouillard, président, Mme Champalaune, conseiller rapporteur, M. Guérin, conseiller doyen, Mmes Darbois, Poillot-Peruzzetto, Pomonti, Daubigney, Sudre, Michel-Amsellem, M. Ponsot, Mme Boisselet, M. Mollard, conseillers, Mmes Le Bras, de Cabarrus, Lion, Lefevre, conseillers référendaires, M. Douvreleur, avocat général, et Mme Labat, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

#### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 21 juin 2017), la société Expedia Inc. et les sociétés Expedia France, Travelscape LLC, Vacationspot SL ainsi que Hotels.com LP (les sociétés du groupe Expedia) exploitent plusieurs agences de voyage en ligne qui proposent aux internautes de réserver, via leurs moteurs de recherche, des hébergements dans un grand nombre d'hôtels en France et à l'étranger.

2. Les relations commerciales entre les sociétés du groupe Expedia et les hôteliers pour les ventes de nuitées sont régies par des contrats organisant la mise en ligne de l'offre des hôteliers sur les canaux de réservation des sociétés du groupe Expedia.

3. En février 2011, dans le cadre d'une enquête diligentée par les services de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (la DGCCRF), cinquante-trois contrats conclus entre 2008 et 2011 par les sociétés Travelscape LLC, Hotels.com LP et Vacationspot SL avec des hôteliers ont été communiqués aux enquêteurs, à leur demande.

4. En 2013, le ministre chargé de l'économie a assigné les sociétés Expedia Inc., Travelscape LLC, Vacationspot SL, Expedia France et Hotels.com LP en annulation des clauses de parité tarifaires, non tarifaires et promotionnelles présentes dans quarante-sept des contrats précités sur le fondement de l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce et, subsidiairement, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup>, du même code, en annulation de la clause dite « de la dernière chambre disponible » présente dans quarante-sept de ces contrats sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup>, du code de commerce, et aux fins qu'il soit enjoint aux sociétés en cause de faire cesser les pratiques consistant à mentionner de telles clauses dans leurs contrats et qu'elles soient condamnées au paiement d'une amende civile de deux millions d'euros.

#### Examen des moyens

Sur le troisième moyen, pris en ses deux premières branches, et le quatrième moyen, ci-après annexés

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

#### Sur le premier moyen

##### Enoncé du moyen

6. Les sociétés du groupe Expedia font grief à l'arrêt de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté leur demande tendant à voir écarter de la procédure les contrats retenus comme pièces à la procédure alors :

« 1<sup>o</sup> / que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; qu'il en résulte que des pièces recueillies à l'occasion d'une enquête portant sur un contexte donné ne peuvent être utilisées dans un contexte différent ; qu'au cas présent, les contrats ont été recueillis par la DGCCRF dans le cadre d'une enquête portant sur de présumées pratiques trompeuses à l'égard des consommateurs ; qu'elles ne pouvaient donc être utilisées dans le cadre de la présente procédure, qui portait exclusivement sur de présumées pratiques restrictives de

concurrence ; qu'en admettant la recevabilité des contrats, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

2° que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; qu'au cas présent, la cour d'appel a observé que le procès-verbal de 2011 ne comportait pas la mention écrite littérale de l'objet de l'enquête, mais une mention pré-imprimée selon laquelle les enquêteurs ont justifié de leur qualité et indiqué l'objet de l'enquête ; que la cour d'appel a considéré que cette mention "faisait foi jusqu'à preuve contraire" ; qu'en statuant ainsi cependant que si une telle mention pouvait faire foi de l'existence d'une information donnée par les enquêteurs, elle ne fournissait aucun élément quant au contenu de ladite information, de laquelle dépendait la recevabilité des pièces recueillies par les enquêteurs de la DGCCRF ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

3° que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; que la simple mention, dans le procès-verbal de la DGCCRF, de l'article L. 450-3 du code de commerce, qui concerne de manière absolument générale les pouvoirs d'enquête de la DGCCRF, n'était pas de nature à satisfaire cette obligation ; qu'en estimant que la mention de l'article L. 450-3 du code de commerce dans le procès-verbal aurait permis aux personnes destinataires de déterminer l'objet de l'enquête, la cour d'appel a méconnu l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

4° que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; que ce principe exclut donc une enquête à objet indéterminé ; qu'au cas présent, en considérant par motifs éventuellement adoptés des premiers juges que l'objet de l'enquête diligentée par la DGCCRF en 2011 portait sur la conformité des contrats "à l'ensemble des textes en vigueur", la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve. »

#### Réponse de la Cour

7. Après avoir rappelé que les enquêteurs de la DGCCRF mettent en oeuvre, pour la recherche des infractions et manquements au livre IV du code de commerce constitués par des pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives de concurrence, les pouvoirs prévus à l'article L. 450-3 du même code et qu'ils disposent par ailleurs de pouvoirs d'enquête pour rechercher des infractions au code de la consommation sur le fondement des articles L. 215-1 et suivants du code de la consommation, la cour d'appel a constaté que c'est l'article L. 450-3 du code de commerce qui est mentionné sur le procès-verbal d'audition du 28 février 2011 de représentants de la société Expedia France et d'une société Expedia.com LTD. Le grief de la première branche, qui soutient que l'enquête portait sur des pratiques contraires au droit de la consommation, procède donc d'un postulat erroné.

8. L'arrêt relève également que, si le procès-verbal de déclaration du 28 février 2011 et de prise de copie de documents ne comporte pas la mention écrite littérale de l'objet de l'enquête, il indique, par une mention pré-imprimée, que les enquêteurs ont justifié de leur qualité et indiqué l'objet de l'enquête et en déduit que les deux personnes entendues étaient parfaitement informées qu'elles étaient interrogées sur le modèle marchand des plate-formes en ligne, concernant leurs relations tant avec les clients finals qu'avec les hôtels partenaires, ainsi que sur la répartition des diverses responsabilités au sein du groupe. De cette appréciation, faisant ressortir que ces personnes connaissaient le contenu concret de l'objet de l'enquête, et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la quatrième branche, la cour d'appel a pu déduire que l'obtention, à la demande d'un des enquêteurs ayant procédé à l'audition et postérieurement à celle-ci, des conditions générales de la société Expedia adressées aux hôteliers ainsi que des contrats signés avec ces derniers, transmis par les personnes ainsi entendues, n'était pas déloyale.

9. Le moyen, pour partie inopérant, n'est donc pas fondé pour le surplus.

#### Sur le deuxième moyen

##### Enoncé du moyen

10. Les sociétés du groupe Expedia font grief à l'arrêt de dire que la loi française est applicable alors :

« 1° que si l'action du ministre, fondée sur de prétendues pratiques restrictives de concurrence, visant au retrait de clauses contractuelles et à la mise en jeu de la responsabilité d'un des contractants, relève d'une qualification délictuelle, l'appréciation des clauses contractuelles en cause relève d'une qualification contractuelle ; qu'au cas présent, en soumettant la question de la licéité des clauses contestées incluses dans les contrats litigieux à une qualification délictuelle et donc au règlement Rome II, cependant que cette question, tributaire d'une qualification contractuelle, relevait du règlement Rome I, la cour d'appel a méconnu l'article 1er du règlement CE n° 593/2008 dit Rome I ;

2° que subsidiairement, à supposer que la question aurait relevé d'une qualification délictuelle, la loi applicable à une obligation non contractuelle n'est la loi du lieu du dommage que si une autre loi n'entretient pas des liens manifestement supérieurs avec la situation ; que de tels liens peuvent se fonder, notamment, sur une relation contractuelle sous-jacente ; qu'au cas présent, les prétendus dommages résultent de clauses insérées dans des contrats qui étaient tous soumis à la loi anglaise ; qu'à supposer que la question relevait d'une qualification non contractuelle, la loi anglaise, qui régissait les relations contractuelles sous-jacentes entretenait donc des liens manifestement plus étroits et devait donc être appliquée à la place de la loi du lieu du dommage ; qu'en appliquant la loi française en tant que loi du lieu du dommage, la cour d'appel a violé l'article 4 § 3 du règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 (dit Rome II) ;

3° qu'une loi de police est une disposition impérative 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 ; que l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce n'a pas pour objet de défendre un intérêt public du pays, mais uniquement d'organiser des intérêts catégoriels, et que son application n'est pas cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale ; qu'il ne s'agit par conséquent pas d'une loi de police ; qu'au cas présent, pour dire l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce applicable, la cour d'appel l'a qualifiée de loi de police ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil, ensemble l'article 9 § 1 du règlement Rome I ;

4° qu'une loi de police est une disposition impérative 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 ; que l'article L.

442-6, II, d) du code de commerce n'a pas pour objet de défendre un intérêt public du pays, mais uniquement d'organiser des intérêts catégoriels, et que son application n'est pas cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale ; qu'il ne s'agit par conséquent pas d'une loi de police ; qu'au cas présent, pour dire l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce applicable, la cour d'appel l'a qualifié de loi de police ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil, ensemble l'article 9 § 1 du règlement Rome I ;

5/ que, en tout état de cause, les lois de police ne s'appliquent qu'aux situations entrant dans leur champ d'application, déterminé en considération de l'objectif qu'elles poursuivent ; qu'au cas présent, pour dire les articles L. 442-6, I, 2<sup>e</sup>, et L. 442-6, II, d) du code de commerce applicables, la cour d'appel s'est bornée à relever leur nature de lois de police ; qu'en statuant ainsi, sans caractériser l'existence d'un lien de rattachement de la situation avec la France au regard de l'objectif poursuivi par ces deux textes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 3 du code civil, ensemble l'article 9 § 1 du règlement Rome I. »

#### Réponse de la Cour

11. Après avoir relevé que le régime spécifique commun aux délits civils prévus par l'article L. 442-6 du code de commerce se caractérise par l'intervention, prévue au III de cet article, du ministre chargé de l'économie pour la défense de l'ordre public, et souligné que les instruments juridiques dont celui-ci dispose, notamment pour demander le prononcé de sanctions civiles, illustrent l'importance que les pouvoirs publics accordent à ces dispositions, la cour d'appel a exactement retenu que l'article L. 442-6, I, 2<sup>e</sup> et II, d) du code de commerce prévoit des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques et qui s'avèrent donc indispensables pour l'organisation économique et sociale de la France, ce dont elle a déduit, à bon droit, qu'elles constituent des lois de police dont l'application, conformément tant à l'article 9 du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qu'à l'article 16 du règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, s'impose au juge saisi, sans qu'il soit besoin de rechercher la règle de conflit de lois conduisant à la détermination de la loi applicable.

12. Ayant ensuite relevé que les hôtels signataires des contrats en cause et victimes des pratiques alléguées étaient situés sur le territoire français, la cour d'appel a caractérisé un lien de rattachement de l'action du ministre au regard de l'objectif de préservation de l'organisation économique poursuivi par les lois de police en cause.

13. Le moyen n'est donc pas fondé.

#### Sur le troisième moyen, pris en sa troisième branche

##### Enoncé du moyen

14. Les sociétés du groupe Expedia font grief à l'arrêt de dire que la clause de parité de tarifs et de conditions ainsi que la clause de disponibilité et de dernière chambre disponible sont contraires à l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, mais seulement en tant qu'elles visent l'alignement sur les meilleures conditions consenties aux concurrents tiers et non pratiquées par l'hôtelier lui-même, de dire que la clause de parité et la clause de disponibilité des chambres, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, de dire que les sociétés Expedia France et Expedia Inc. sont également responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2<sup>e</sup>, du code de commerce, de prononcer la nullité de ces clauses dans les quarante-sept contrats du dossier, d'enjoindre aux sociétés Expedia France, Expedia Inc., Hotels.com LP, Vacationspot SL et Travelscape LLC de cesser les pratiques consistant à mentionner les clauses précitées dans leurs contrats signés avec les hôteliers adhérents de leur plate-forme et de condamner les sociétés Expedia France, Expedia Inc., Hotels.com LP, Vacationspot SL et Travelscape LLC in solidum, au paiement d'une amende d'un million d'euros au ministre de l'économie alors « que les clauses de disponibilité de la dernière chambre insérées dans les quarante-sept contrats litigieux prévoient uniquement que l'hôtelier devra nécessairement proposer aux plates-formes cocontractantes (Hotels.com, Vacationspot SL et Travelscape) sa dernière chambre disponible, qu'il n'est en aucun cas prévu qu'il devra la lui réserver, que, pour retenir le caractère fautif de cette clause, la cour d'appel a jugé que "cette clause dite "de la dernière chambre disponible" prévoit que, quel que soit le nombre de chambres disponibles à la vente, l'hôtel doit réserver à Expedia la dernière chambre qui serait disponible sur son site", qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a méconnu la loi des parties, en violation de l'article 1134 du code civil dans sa version applicable en la cause. »

#### Réponse de la Cour

15. L'article L. 442-6, I, d) du code de commerce, dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, dispose que sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant. La cour d'appel a prononcé l'annulation de la clause dite « de disponibilité de la dernière chambre » sur le fondement de ce texte, après avoir retenu qu'elle instituait une garantie d'alignement des conditions faites aux sociétés du groupe Expedia sur les meilleures conditions en terme d'accès à la dernière chambre disponible. Ainsi, il importe peu que la clause litigieuse ait pour objet de permettre la réservation de la dernière chambre disponible de l'hôtel partenaire par le biais des sociétés du groupe Expedia comme par d'autres canaux, mais aux meilleures conditions de ceux-ci, ou de contraindre les hôteliers partenaires à réserver à ces sociétés leur dernière chambre disponible, dès lors que, dans les deux cas, elle les fait bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes en matière de disponibilité des chambres, ce qui suffit à justifier son annulation en application du texte précité.

16. Le moyen est donc inopérant.

#### Mais sur le cinquième moyen, pris en sa première branche :

##### Enoncé du moyen

17. Les sociétés du groupe Expedia font le même grief à l'arrêt alors « que les clauses de disponibilité de la dernière chambre insérées dans les quarante-sept contrats litigieux prévoient uniquement que l'hôtelier devra nécessairement proposer aux plates-formes cocontractantes (Hotels.com, Vacationspot et Travelscape) sa dernière chambre disponible ; que ces clauses n'imposent aucunement aux hôteliers de la vendre par l'intermédiaire d'Expedia ; que, pour retenir l'existence d'un déséquilibre significatif, la cour d'appel a jugé que "la clause de la dernière chambre disponible impose aux hôteliers de la vendre par l'intermédiaire d'Expedia et donc de payer une commission sur elle ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a méconnu la loi des parties, en

violation de l'article 1134 du code civil dans sa version applicable en la cause. »

#### Réponse de la Cour

Vu l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 :

18. Selon ce texte, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

19. Pour retenir que la clause dite « de la dernière chambre disponible », corrélée à la clause de parité tarifaire, non tarifaire et promotionnelle, entraîne un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, l'arrêt retient que cette clause oblige l'hôtelier qui dispose de chambres encore disponibles à les vendre par l'intermédiaire des sociétés du groupe Expedia.

20. En statuant ainsi, alors que les clauses relatives à la dernière chambre disponible imposaient seulement aux hôteliers de permettre la réservation de cette chambre par le canal des sociétés du groupe Expedia dans les conditions prévues pour d'autres canaux, la cour d'appel, qui a méconnu la volonté exprimée par les parties dans les clauses litigieuses, a violé le texte susvisé.

#### Portée de la cassation

21. Il résulte du rejet du troisième moyen que l'annulation de la clause de parité de tarifs et de conditions et de la clause dite « de la dernière chambre disponible » est justifiée sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, avec les conséquences qui en résultent en termes d'injonction. La cassation encourue sur le cinquième moyen ne porte donc que sur les chefs de dispositif de l'arrêt disant que ces clauses, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que les sociétés Expedia Inc. et Expedia France sont responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2<sup>e</sup>, du code de commerce et les condamnant, in solidum, au paiement d'une amende d'un million d'euros au ministre de l'économie.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que la clause de parité et la clause de disponibilité des chambres, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dit que les sociétés Expedia France et Expedia Inc. sont également responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2<sup>e</sup>, du code du commerce et les condamne, in solidum avec les sociétés Hotels.com LP, Vacationspot SL et Travelscape LLC, au paiement d'une amende d'un million d'euros au ministre de l'économie, l'arrêt rendu le 21 juin 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, en conséquence, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Condamne le ministre chargé de l'économie aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du huit juillet deux mille vingt.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Nicolaï, de Lanouvelle et Hannotin, avocat aux Conseils, pour les sociétés Expedia France, Expedia Inc., Travelscape LLC, Hôtels.com LP et Vacationspot SL

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

(Déloyauté de l'enquête)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement en ce qu'il a débouté les défenderesses de leur demande visant à écarter les contrats visés comme pièces à la procédure ;

Aux motifs propres que « l'intervention du ministre de l'économie à l'instance repose notamment sur un « procès verbal de déclaration et de prise de copie de documents » du 28 février 2011, « réalisé en application de l'article L. 450-3 du code de commerce », par un agent de la Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi de Paris (DIRECCTE), P... C..., accompagné par deux inspecteurs du Service National des Enquêtes de Paris ; que ce procès-verbal de déclaration du 28 février 2011 ne comporte pas la mention écrite littérale de l'objet de l'enquête, mais une mention préimprimée selon laquelle les enquêteurs ont justifié de leur qualité et indiqué l'objet de l'enquête, cette mention faisant foi jusqu'à preuve contraire. Il appartient donc aux sociétés du groupe Expedia de rapporter cette preuve, ce qu'elles ne font pas ; qu'en outre, s'il est exact que les enquêteurs de la DGCCRF ont des pouvoirs d'enquête pour rechercher les infractions au code de la consommation, sur le fondement des articles L. 215-1 et suivants, du code de la consommation, alors en vigueur, la mention expresse de l'article L. 450-3 du code de commerce sur le procès-verbal permettait aux deux personnes entendues, respectivement « senior director » et « conseiller général assistant » de la société Expedia France et Expedia.com LTD, de ne pas se méprendre sur l'objet de l'enquête et de savoir qu'elles étaient entendues au titre du livre IV du code de commerce ; qu'en effet, les enquêteurs de la DGCCRF, habilités par l'article A.450-1 du code de commerce pris en application de l'article L.450-1 du code de commerce, mettent en oeuvre, pour la recherche des infractions et manquements au livre IV du code de commerce les pouvoirs prévus à l'article L. 450-3 du code de commerce ; que ces pouvoirs prévoient notamment la possibilité de « recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications » ; qu'en vertu de l'article L.450-2, « les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux et, le cas échéant, de rapports ; que les procès-verbaux sont transmis à l'autorité compétente. Un double en est laissé aux parties intéressées. Ils font foi jusqu'à preuve du contraire » ; que l'article L. 450-1 du code de commerce, en vigueur au moment des faits, ajoute que « les procès-verbaux prévus à l'article L.450-2 7 énoncent la nature, la date et le lieu des constatations ou des contrôles

effectués. Ils sont signés d'un agent mentionné à l'article L. 450-1 et de la personne concernée par les investigations. En cas de refus de celle-ci, mention en est faite au procès-verbal ; que par ailleurs, il ressort du contenu de ce procès-verbal que les deux représentants d'Expedia étaient parfaitement informés qu'ils étaient interrogés sur le modèle marchand des plate-formes en ligne, concernant tant leurs relations avec les clients finals, qu'avec les hôtels partenaires, ainsi que sur la répartition des diverses responsabilités au sein du groupe ; que nulle violation du principe de non auto incrimination ne peut donc s'en inférer ; que dès lors, le message électronique du 7 mars 2011 de P... C... demandant, à la suite de leur audition, à ses deux interlocuteurs d'Expedia de lui faire parvenir, entre autre document, « les conditions générales d'Expedia adressées aux hôteliers » et « 50 contrats signés avec des hôteliers (contrats et annexes le cas échéant) » ainsi que « les contrats signés avec le groupe Accor, Concorde Hôtels, Louvre Hôtels », est dépourvu de toute déloyauté, ceux-ci étant parfaitement informés de l'objet de l'enquête ; qu'il n'est donc pas démontré qu'ils auraient communiqué des documents compromettants leur défense, dans l'ignorance de leur destination véritable ; que la circonstance que la DGCCRF ait enquêté en 2011 sur des pratiques commerciales trompeuses imputables aux plate-formes de réservation hôtelières ne saurait la priver de la faculté d'enquêter sur d'autres pratiques du même secteur, les contrats figurant au dossier étant ceux recueillis à la suite du message électronique du 7 mars 2011 et non dans le cadre de l'enquête de consommation ; qu'il convient donc de rejeter l'exception d'irrecevabilité des contrats versés aux débats » (arrêt attaqué, p. 17 et s.) ;

Et aux motifs éventuellement adoptés des premiers juges que « que les pièces versées montrent que la transmission des contrats incriminés aux services du ministère de l'économie a été faite conformément à ses pouvoirs prévus à l'article L 450 du code de commerce ; que l'enquête, dans le cadre de laquelle, les contrats ont été recueillis visait leur conformité à l'ensemble des textes en vigueur et donc également à l'article L 442-6 du code de commerce ; que s'agissant d'une procédure visant la constatation et l'éventuelle sanction de l'irrégularité de clauses contractuelles, "envoi d'une mise en demeure est sans objet; que le tribunal déboulera les défenderesses de leur demande tendant à écarter les contrats visés comme pièces à la procédure » (jugement, p. 13) ;

1<sup>o</sup>) Alors que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; qu'il en résulte que des pièces recueillies à l'occasion d'une enquête portant sur un contexte donné ne peuvent être utilisées dans un contexte différent ; qu'au cas présent, les contrats ont été recueillis par la DGCCRF dans le cadre d'un enquête portant sur de préputées pratiques trompeuses à l'égard des consommateurs ; qu'elles ne pouvaient donc être utilisées dans le cadre de la présente procédure, qui portait exclusivement sur de préputées pratiques restrictives de concurrence ; qu'en admettant la recevabilité des contrats, la cour d'appel a violé l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

2<sup>o</sup>) Alors que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celleci ; qu'au cas présent, la cour d'appel a observé que le procès-verbal de 2011 ne comportait pas la mention écrite littérale de l'objet de l'enquête, mais une mention préimprimée selon laquelle les enquêteurs ont justifié de leur qualité et indiqué l'objet de l'enquête ; que la cour d'appel a considéré que cette mention « faisait foi jusqu'à preuve contraire » (arrêt, p. 17, § 7) ; qu'en statuant ainsi cependant que si une telle mention pouvait faire foi de l'existence d'une information donnée par les enquêteurs, elle ne fournissait aucun élément quant au contenu de ladite information, de laquelle dépendait la recevabilité des pièces recueillies par les enquêteurs de la DGCCRF ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

3<sup>o</sup>) Alors que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celleci ; que la simple mention, dans le procès-verbal de la DGCCRF, de l'article L. 450-3 du code de commerce, qui concerne de manière absolument générale les pouvoirs d'enquête de la DGCCRF, n'était à pas de nature à satisfaire cette obligation ; qu'en estimant que la mention de l'article L. 450-3 du code de commerce dans le procès-verbal aurait permis aux personnes destinataires de déterminer l'objet de l'enquête, la cour d'appel a méconnu l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

4<sup>o</sup>) Alors que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; que ce principe exclut donc une enquête à objet indéterminé ; qu'au cas présent, en considérant par motifs éventuellement adoptés des premiers juges que l'objet de l'enquête diligentée par la DGCCRF en 2011 portait sur la conformité des contrats « à l'ensemble des textes en vigueur », la cour d'appel a violé l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ensemble le principe de loyauté de la preuve.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (Loi applicable)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la loi française est applicable ;

Aux motifs que « les parties sont en désaccord sur le règlement applicable, le ministre soutenant l'application du Règlement Rome I, et les sociétés Expedia l'application du Règlement Rome II ; qu'en l'espèce, l'action du ministre n'est pas une action indemnitaire fondée sur un manquement aux obligations contractuelles, mais une action publique fondée sur le comportement fautif d'une des parties à la relation commerciale ayant consisté à violer une disposition légale (en imposant à l'autre partie des clauses affectées de nullité) ; que de plus, le comportement reproché à ces parties ne peut être considéré comme un manquement aux obligations contractuelles, telles qu'elles peuvent être déterminées compte tenu de l'objet du contrat, mais comme la violation de règles d'ordre public ; que l'objet de la procédure ne relève donc pas de la « matière contractuelle », mais de la « matière délictuelle », d'où il découle que le règlement Rome II du 11 juillet 2007 s'applique ; qu'en application de l'article 14.1 de ce règlement, « 1. Les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle: a) par un accord postérieur à la survenance du fait génératrice du dommage; ou b) lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait génératrice du dommage. Ce choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers » ; qu'en l'espèce, les parties ont adopté une clause désignant la loi anglaise ; mais que le ministre, tiers au contrat, ne peut être considéré comme ayant librement consenti à cette clause ; que la clause des contrats désignant la loi anglaise lui est donc manifestement inopposable et inapplicable au présent litige ; que l'article 4.1 du règlement dispose par ailleurs : « Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent » ; qu'il s'agit bien du territoire français ; que la loi applicable est donc le droit français et le jugement entrepris sera infirmé sur ce point ; mais que, à titre surabondant, à supposer même que la règle de conflit aboutirait à la désignation d'une loi étrangère, à partir du moment où l'action du ministre est portée devant une juridiction française, les lois de police s'appliquent, selon l'article 16 qui dispose : « 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 » ; que les lois de police sont définies à l'article 9§1 du règlement Rome I (sur les 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, sociales 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 » ; que l'article L. 442-6, I, 2° et l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce prévoit des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques et s'avèrent donc indispensable pour l'organisation économique et sociale ; que le régime spécifique commun à ces délits civils prévu au III, caractérisé par l'intervention du ministre de l'économie pour la défense de l'ordre public, et les instruments juridiques dont celui-ci dispose, notamment demander le prononcé de sanctions civiles, illustrent l'importance que les pouvoirs publics accordent à ces dispositions ; qu'il s'agit donc de lois de police qui s'imposent au juge du for, même si la loi applicable est une loi étrangère » (arrêt attaqué, p. 22 et s.) ;

Et aux motifs éventuellement adoptés des premiers juges que « Sur l'application de la loi prévue par les contrats : que les contrats faisant l'objet de la présente instance comportent tous une clause prévoyant l'application du droit anglais ; qu'aucun signataire desdits contrats n'a contesté son consentement à l'égard de cette clause, tant sur son caractère apparent que sur un quelconque vice du consentement ; qu'un éventuel conflit de loi est réglé par deux règlements européens : - Règlement (CE) N° 593/2008 dit « ROME 1 » sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 17 juin 2008, - Règlement (CE) N 864/2007 dit « ROME 2 » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles du 17 juillet 2007 ; que l'article L 442-6, sur lequel le ministre de l'économie fonde son action, entend réprimer aussi bien : - des comportements (comme l'indiquent les termes « tenter d'obtenir, .... tenter de soumettre

, participer à ... ) qui ressortent d'une responsabilité quasi-délictuelle, - des obligations contractuelles, acceptées par les parties, contraires à l'ordre public économique que le législateur a voulu instaurer ; qu'en l'espèce les écritures du ministre de l'économie ne font aucunement référence à un quelconque comportement quasiélictuel et tendent dans leur dispositif, à la seule nullité des clauses qu'il conteste ; que l'on doit donc considérer que les obligations faisant l'objet du présent litige sont bien des « obligations contractuelles », même si le demandeur n'est pas partie au contrat ; que « ROME 1 » dispose dans son article 1 : « Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale .... » ; que le ministre de l'économie soutient, à contrario, que le caractère délictuel de son action doit conduire fi retenir « ROME 2 » pour la loi applicable ; que, compte tenu de la portée extrêmement large de l'article L 442-6 du code de commerce, l'interprétation du ministre de l'économie conduirait, dès qu'il intervient, à priver de toute force juridique le règlement « ROME 1 » qui affirme très clairement dans son article 1, son application aux « obligations contractuelles » ; que ces termes montrent bien que c'est la matière qui emporte la règle de conflits de lois; Attendu par ailleurs que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne doit conduire à donner une interprétation large de la notion « d'obligation contractuelle » ; enfin, que la protection de l'ordre public économique national revendiquée par le ministre de l'économie n'est pas écartée par « ROME 1 » qui prévoit dans son article 9, "application impérative des lois de police par le juge saisi, qui seraient en contradiction avec la loi choisie par les parties ; que l'article 3 de « ROME 1 », intitulé « Liberté de choix », dispose en 1. : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ..... » ; qu'en l'espèce les parties ont clairement choisi la loi anglaise ; que la réserve sur J'application de la loi choisie par les parties, contenue dans l'article 3.3 de ROME 1. ne peut être retenue dans la mesure où tous les autres éléments de la situation ne sont pas localisés dans un seul autre pays, en l'occurrence la France ; que compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il y a lieu d'appliquer le choix exprès des parties, à savoir la loi anglaise ; que le tribunal dira que la loi applicable aux contrats visés dans l'assignation est la loi anglaise ; que, sur le caractère de loi de police impérative de l'article L 442-6 du code de commerce ; que « ROME 1 » dispose dans son article 9 « Lois de police » : « 1. Une loi de police est une disposition impérative 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. 2. Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi. 3. Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application » ; que le caractère de loi de police de l'article L 442-6 du code de commerce est affirmé par le ministre de l'économie ; qu'il faut donc de rechercher si l'article L 442-6 du code de commerce doit être considéré comme une loi de police ; que si l'article L 442-6 est, à l'évidence, un texte d'ordre public économique en droit français, il convient en l'espèce, de vérifier son caractère de loi de police au sens du règlement européen « ROME 1 » ; qu'au sens de « ROME 1 », « une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, .... » ; que par ailleurs, le point 37 de l'exposé des motifs dudit règlement ROME 1 souligne : « Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police. La notion de « lois de police » devrait être distinguée de celle de « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord » et devrait être interprétée de façon plus restrictive. » ; que les termes « crucial » ou « circonstances exceptionnelles », « plus restrictive », présent dans le texte de ROME 1, montrent que le règlement européen entend définir strictement la loi de police. et donc de la distinguer de la simple loi d'ordre public ; que l'article L 442-6 du code de commerce ne porte pas sur les pratiques concurrentielles régies par le règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence, mais des pratiques restrictives de concurrence lesquelles sont prohibées spécifiquement par l'article L 442-6 du code de commerce, sans nécessiter une prise en compte de la notion de marché ; qu'il n'y a donc pas lieu de faire application des règles du règlement 1/2003 en l'espèce ; que l'article L 442-6 regroupe les comportements prohibés à travers deux grands titres, comportant respectivement 12 et 5 interdictions : que la portée de ces interdictions est très variable, certaines visant notamment des problématiques de financement « d'animations commerciales ..... en particulier dans le cadre de la rénovation de magasin .... », d'autres, « D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés .... » ; que l'examen de ces dispositions montre qu'elles n'ont pas toutes, à l'évidence, la même portée pour la sauvegarde de l'organisation économique française ; que si l'ensemble des dispositions de cet article ressort bien de l'ordre public économique intérieur, le caractère restrictif de la définition de « ROME 1 » doit conduire à écarter la qualification de loi de police au sens du règlement européen, pour l'ensemble de l'article L 442-6 du code de commerce ; néanmoins que le texte contient le terme « disposition », ce qui permet de considérer qu'une disposition contenue dans une loi, peut être définie comme loi de police, à l'exclusion des autres ; que le ministre de l'économie entend fonder son action sur deux dispositions précises d'interdiction de l'article L 442-6 du code de commerce, à savoir : - L 442-6 " d « De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant », - L 442-6 1 2° « De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » ; qu'il convient donc d'examiner si ces dispositions peuvent être qualifiées de « loi de police » ; que sur l'article L 442-6 II d : que l'article L 442-6 II d, édicte une interdiction qui n'a pas de portée générale, car elle vise des secteurs dans lesquels plusieurs petits fournisseurs concurrents sont face à un seul acheteur, et particulièrement la grande distribution ; qu'elle ne peut donc pas être considérée, comme « cruciale» pour la sauvegarde de l'ensemble de l'économie ; que le tribunal dira que l'article L 442-6 II d n'est pas 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 ; que sur l'article L 442-6 1 2° : que l'article L 442-612° est une des dispositions visant à assurer, comme l'explique l'exposé des motifs de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie « la réforme juridique du cadre juridique des relations commerciales ... » ; que cette disposition vise à assurer la protection d'une « partie faible » au contrat ; que, par cette disposition, le législateur a clairement jugé que les règles fondamentales de la formation et du consentement s'appliquent aux contrats commerciaux, n'étaient pas suffisantes et qu'il est nécessaire de renforcer le contrôle de l'équilibre et de la réciprocité ; que cette protection, déjà assurée dans les textes européens et français pour les consommateurs, traduit la volonté de rétablir un équilibre contractuel que le législateur estime menacé par l'évolution des pratiques commerciales,

notamment du fait des concentrations nationales ou internationales de nombreux acteurs économiques ; que cette protection ne doit pas être considérée comme s'attachant à des intérêts catégoriels, rien n'indiquant qu'elle se limite au secteur de la grande distribution ; que compte tenu de ces éléments, il faut donc considérer que l'article L 442-6 I 2° du code de commerce est une disposition dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régit impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police ; qu'en l'espèce, les établissements hôteliers, objet des contrats, sont situés sur le territoire français ; que la qualification de loi de police de l'article L 442-6 I 2°, n'est pas susceptible d'introduire une distorsion de concurrence avec d'autres établissements pour lesquels les contrats ne seraient pas soumis à la même loi impérative ; que le tribunal dira 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 » (jugement, p. 13 et s.) ;

1°) Alors que si l'action du ministre, fondée sur de prétendues pratiques restrictives de concurrence, visant au retrait de clauses contractuelles et à la mise en jeu de la responsabilité d'un des contractants, relève d'une qualification délictuelle, l'appréciation des clauses contractuelles en cause relève d'une qualification contractuelle ; qu'au cas présent, en soumettant la question de la licéité des clauses contestées incluses dans les contrats litigieux à une qualification délictuelle et donc au règlement Rome II, cependant que cette question, tributaire d'une qualification contractuelle, relevait du règlement Rome I, la cour d'appel a méconnu l'article 1er du règlement CE n° 593/2008 dit Rome I ;

2°) Alors que, subsidiairement, à supposer que la question aurait relevé d'une qualification délictuelle, la loi applicable à une obligation non contractuelle n'est la loi du lieu du dommage que si une autre loi n'entretient pas des liens manifestement supérieurs avec la situation ; que de tels liens peuvent se fonder, notamment, sur une relation contractuelle sous-jacente ; qu'au cas présent, les prétendus dommages résultent de clauses insérées dans des contrats qui étaient tous soumis à la loi anglaise ; qu'à supposer que la question relevait d'une qualification non contractuelle, la loi anglaise, qui régissait les relations contractuelles sous-jacente entretenait donc des liens manifestement plus étroits et devait donc être appliquée à la place de la loi du lieu du dommage ; qu'en appliquant la loi française en tant que loi du lieu du dommage, la cour d'appel a violé l'article 4§3 du règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 (dit Rome II) ;

3°) Alors qu'une loi de police est une disposition impérative 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 ; que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce n'a pas pour objet de défendre un intérêt public du pays, mais uniquement d'organiser des intérêts catégoriels, et que son application n'est pas cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale ; qu'il ne s'agit par conséquent pas d'une loi de police ; qu'au cas présent, pour dire l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce applicable, la cour d'appel l'a qualifié de loi de police ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 3 du Code civil, ensemble l'article 9§1 du règlement Rome I ;

4°) Alors qu'une loi de police est une disposition impérative 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 ; que l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce n'a pas pour objet de défendre un intérêt public du pays, mais uniquement d'organiser des intérêts catégoriels, et que son application n'est pas cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale ; qu'il ne s'agit par conséquent pas d'une loi de police ; qu'au cas présent, pour dire l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce applicable, la cour d'appel l'a qualifié de loi de police ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 3 du Code civil, ensemble l'article 9§1 du règlement Rome I ;

5°) Alors que, en tout état de cause, les lois de police ne s'appliquent qu'aux situations entrant dans leur champ d'application, déterminé en considération de l'objectif qu'elles poursuivent ; qu'au cas présent, pour dire les articles L. 442-6, I, 2° et L. 442-6, II, d) du code de commerce applicables, la cour d'appel s'est bornée à relever leur nature de lois de police ; qu'en statuant ainsi, sans caractériser l'existence d'un lien de rattachement de la situation avec la France au regard de l'objectif poursuivi par ces deux textes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 3 du Code civil, ensemble l'article 9§1 du règlement Rome I.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

(Conformité des clauses à l'article L. 442-6, II, d))

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la clause de parité de tarifs et de conditions ainsi que la clause de disponibilité et de dernière chambre disponible sont contraires à l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, mais seulement en tant qu'elles visent l'alignement sur les meilleures conditions consenties aux concurrents tiers et non pratiquées par l'hôtelier lui-même, d'avoir dit que la clause de parité et la clause de disponibilité des chambres, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'avoir dit que les sociétés Expedia France et Expedia Inc sont également responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, d'avoir prononcé la nullité de ces clauses dans les 47 contrats du dossier, d'avoir enjoint aux sociétés Expedia France, Expedia Inc, Hotels.com, Vacationspot et Travelscape de cesser les pratiques consistant à mentionner les clauses précitées dans leurs contrats signés avec les hôteliers adhérents de leur plate-forme et d'avoir condamné les sociétés Expedia France, Expedia Inc, Hotels.com, Vacationspot et Travelscape in solidum, au paiement d'une amende de 1 million d'euros au ministre de l'économie ;

Aux motifs propres que « le ministre de l'économie et l'UMIH soutiennent à titre principal que les clauses de parité et de disponibilité violent l'interdiction édictée par l'article L. 442-6 II d) du code de commerce ; que selon l'article L. 442-6, II, d) : « Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité ! (...) d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant » ; que l'alinéa d) de cet article, dit de la clause de « la nation la plus favorisée », interdit à un commerçant d'exiger de son partenaire qu'il lui consente les mêmes avantages qu'à ses concurrents ; qu'il concerne toutes les conditions, tarifaires ou non tarifaires ; que la clause de parité est ainsi rédigée, avec quelques nuances dans certains contrats : « 2. TARIFS. La propriété fixera les tarifs des chambres de telle sorte qu'ils seront (a) au moins aussi intéressants en terme de tarif, de règles, de termes et de conditions que ceux proposés ou fixés par la propriété pour les chambres proposées à la réservation par le biais de tout canal de la propriété ou canal tiers, et (b) au moins 25 % ou 20 euros (suivant lequel est le plus bas) inférieure au meilleur tarif disponible, y compris les tarifs de réservation promotionnels », « 4. Primes/offres spéciales : la propriété proposera les mêmes primes, dérogations, promotions et autres offres spéciales que par le biais de tout canal de la propriété ou de tout autre canal tiers et ce pour chaque société » ; que cette clause impose à l'hôtelier signataire de faire bénéficier automatiquement les sociétés du groupe Expedia des conditions (tarifaires, non tarifaires et promotionnelles) au moins aussi favorables que celles accordées via les autres réseaux de distribution (plate-formes concurrentes, autres formes de distribution par des tiers concurrents, ventes par l'hôtelier lui-même sur son propre site ou dans le cadre de la vente directe de ses nuitées) ; que les sociétés du groupe Expedia profitent donc non seulement du tarif plus bas pratiqué par l'hôtelier partenaire sur son propre site ou dans le cadre de la vente directe de ses nuitées, mais aussi de tout avantage supplémentaire, tel un surclassement, un

petit-déjeuner gratuit, des conditions d'annulation plus souples, des avantages de fidélisation ; que la clause litigieuse excède le champ d'application de l'article L. 442-6, II, d) à plusieurs titres ; qu'en premier lieu, elle s'étend aussi aux conditions les plus favorables accordées par l'hôtelier lui-même ; qu'or, ce cas de figure semble exclu par la rédaction même de l'article L. 442-6, II, d) qui sanctionne seulement l'alignement automatique sur les conditions plus favorables consenties aux "entreprises concurrentes" par l'hôtelier partenaire, et non celles pratiquées par l'hôtelier lui-même sur son propre site et dans le cadre de ventes directes ; qu'en second lieu, la clause des contrats garantit également à Expedia des tarifs inférieurs d'au moins 25 % aux meilleurs tarifs disponibles pour des réservations de chambre seule ou d'au moins 10 % pour des réservations de chambre dans le cadre de forfait voyage ; qu'elle n'entraîne donc pas seulement un alignement sur les conditions les plus favorables, mais garantit en plus à Expedia des réductions supplémentaires significatives par rapport à ces conditions les plus favorables, ce qui lui permet de proposer à la vente des tarifs inférieurs aux meilleurs tarifs du marché ; que les sociétés du groupe Expedia exposent vainement que la clause concernerait les conditions consenties aux consommateurs finals et non à elles et, qu'ainsi l'article en cause serait inapplicable ; que les conditions consenties sont en réalité celles donc le consommateur bénéficiera s'il réserve un chambre par l'intermédiaire des sociétés du groupe Expedia. Elles constituent donc des conditions de distribution des nuitées. En ce sens, l'article L. 442-6, II, d) est bien applicable ; qu'en conclusion, cette clause, dans ses diverses variantes, est donc bien contraire à l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, mais seulement en tant qu'elle vise l'alignement sur les meilleures conditions consenties aux concurrents tiers et non celles pratiquées par les canaux de distribution de l'hôtelier lui-même (vente en ligne ou vente directe) ; qu'elle ne couvre pas davantage les hypothèses où sont garanties à Expedia des conditions plus favorables que celles octroyées à ses concurrents ; que, sur la clause de disponibilité de la chambre : la clause est ainsi rédigée dans la plupart des contrats, avec quelques menues variantes: « 1. CHAMBRES : (...) En plus de toute attribution de chambres, la propriété mettra également toute chambre non réservée existant au sein de la propriété à la disposition des clients pour réservation, même si toutes les chambres ont été réservées ou ne sont plus attribuées à une société (accès à la dernière chambre disponible) » ; que la variante de la clause est ainsi rédigée : « L'Etablissement acceptera aussi de laisser ses chambres encore disponibles être réservées par le biais du système aussi longtemps que les dites chambres sont réservables sur ses propres canaux de distribution (accès à la dernière chambre disponible) » ; que cette clause dite « de la dernière chambre disponible » prévoit que, quel que soit le nombre de chambres disponibles à la vente, l'hôtel doit réserver à Expedia la dernière chambre qui serait disponible sur son site ; qu'une exigence plus large de parité des disponibilités figure dans le contrat conclu avec Groupe Concorde Hotels qui stipule que l'hôtel « devra rendre disponible à la réservation sur la plateforme de réservation d'Expedia au moins le même nombre et type de chambre que celui disponible sur tout canal de distribution de l'hôtel ou d'un tiers » et que l'hôtel « devra mettre des Chambres à disposition pour réservation tous les jours pendant la durée de l'Accord » (traduction libre) ;

qu'il s'agit là encore d'une garantie d'alignement d'Expedia sur les meilleures conditions en terme de disponibilité de chambres. Mais cette clause garantit aussi que l'hôtelier ne pourra faire bénéficier ses propres clients de conditions plus favorables. Elle échappe donc, dans cette mesure, à la qualification de l'article L. 442-6, II, d) à cause de la rédaction de cet article, qui distingue bien l'hôtelier du "partenaire concurrent" ; que cette clause dans ses diverses versions est donc contraire à l'article L. 442-6, II, d), mais sous les mêmes réserves d'interprétation que la clause de parité ; que ces clauses sont donc nulles au sens de l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, mais seulement sous ces réserves ; que le jugement entrepris sera donc infirmé en ce qu'il n'a pas appliqué cet article » (arrêt attaqué, p. 24 et s.) ;

1<sup>o</sup>) Alors que aux termes de l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, sont nulles les clauses permettant à un professionnel de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes ; qu'en revanche, ne sont aucunement nulles les clauses permettant à un professionnel de faire bénéficier les consommateurs des conditions plus favorables consenties aux clients consommateurs d'un autre professionnel ; qu'au cas présent, la clause de parité contestée prévoyait que les tarifs proposés aux consommateurs devraient être au moins aussi intéressants que ceux proposés aux consommateurs par tout autre canal ; qu'une telle clause ne faisait pas bénéficier les sociétés exposantes de tarifs ou conditions plus favorables mais uniquement les consommateurs ; qu'en jugeant néanmoins la clause de parité nulle, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce ;

2<sup>o</sup>) Alors que aux termes de l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, sont nulles les clauses permettant à un professionnel de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes ; qu'en revanche, ne sont aucunement nulles les clauses permettant à un professionnel de faire bénéficier les consommateurs des conditions plus favorables consenties aux clients consommateurs d'un autre professionnel ; qu'au cas présent, la clause de disponibilité de la dernière chambre prévoyait que les consommateurs pourraient bénéficier de la même disponibilité que celle accessible aux consommateurs par tout autre canal ; qu'une telle clause ne faisait pas bénéficier les sociétés exposantes de tarifs ou conditions plus favorables mais uniquement les consommateurs ; qu'en jugeant néanmoins la clause de parité nulle, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce ;

3<sup>o</sup>) Alors que les clauses de disponibilité de la dernière chambre insérées dans les 47 contrats litigieux prévoient uniquement que l'hôtelier devra nécessairement proposer aux plates-formes cocontractantes (Hotels.com, Vacationspot et Travelscape) sa dernière chambre disponible ; qu'il n'est en aucun cas prévu qu'il devra la lui réserver ; que, pour retenir le caractère fautif de cette clause, la cour d'appel a jugé que « cette clause dite « de la dernière chambre disponible » prévoit que, quel que soit le nombre de chambres disponibles à la vente, l'hôtel doit réserver à Expedia la dernière chambre qui serait disponible sur son site » (p. 26, in limine) ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a méconnu la loi des parties, en violation de l'article 1134 du code civil dans sa version applicable en la cause.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

(Sur la soumission ou tentative de soumission)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la clause de parité de tarifs et de conditions ainsi que la clause de disponibilité et de dernière chambre disponible sont contraires à l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, mais seulement en tant qu'elles visent l'alignement sur les meilleures conditions consenties aux concurrents tiers et non pratiquées par l'hôtelier lui-même, d'avoir dit que la clause de parité et la clause de disponibilité des chambres, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'avoir dit que les sociétés Expedia France et Expedia Inc sont également responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup> du code de commerce, d'avoir prononcé la nullité de ces clauses dans les 47 contrats du dossier, d'avoir enjoint aux sociétés Expedia France, Expedia Inc, Hotels.com, Vacationspot et Travelscape de cesser les pratiques consistant à mentionner les clauses précitées dans leurs contrats signés avec les hôteliers adhérents de leur plate-forme et d'avoir condamné les sociétés Expedia France, Expedia Inc, Hotels.com, Vacationspot et Travelscape, in solidum, au paiement d'une amende de 1 million d'euros au ministre de l'économie ;

Aux motifs propres que « selon l'article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup> du code de commerce: « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (

) 2<sup>o</sup> De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » ; que les deux éléments constitutifs de cette pratique restrictive de concurrence sont donc, en premier lieu, la soumission ou la tentative de

soumission et, en second lieu, l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif. L'insertion de clauses dans une convention type ou un contrat d'adhésion qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses peut constituer ce premier élément. L'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif peut notamment se déduire d'une absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation, ou encore d'une disproportion importante entre les obligations respectives des parties ; que les clauses sont appréciées dans leur contexte, au regard de l'économie du contrat et in concreto ; que la preuve d'un rééquilibrage du contrat par une autre clause incombe à l'entreprise mise en cause, sans que l'on puisse considérer qu'il y a inversion de la charge de la preuve ; qu'enfin, les effets des pratiques n'ont pas à être pris en compte ou recherchés ; que, sur la soumission ou tentative de soumission : si le ministre de l'économie et l'UMIH concluent à l'absence de toute négociation, les sociétés appelantes prétendent que les contrats ne sont pas le fruit d'une contrainte ou d'une soumission et versent aux débats, à titre d'exemples, sept contrats de référencement signés avec d'autres fournisseurs ; mais que le groupe Expedia est le leader mondial du voyage en ligne, comme l'a constaté l'Autorité de la concurrence dans sa décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en oeuvre par les sociétés Booking.com dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne ; qu'il se situe au deuxième rang dans ce secteur de la réservation hôtelière en ligne et dans un rapport de force défavorable aux hôteliers, ainsi que l'a souligné une étude Xerfi publiée en septembre 2012 sur l'hôtellerie, qui décrit la force de frappe des agences de voyage en ligne par rapport aux hôtels indépendants, qui maîtrisent mal la distribution de leurs produits ; qu'en outre, pendant la période sous revue, les commissions versées par les hôtels aux agences en ligne sont passées de 4 à 6 % du chiffre d'affaires total hébergement hôtels, et la commission versée aux sociétés Expedia s'élève à 25 % du prix de la chambre, ce qui traduit une évolution défavorable aux hôtels indépendants ; que les clauses litigieuses étaient insérées dans tous les contrats signés par les hôtels, lesquels ne disposaient pas du pouvoir réel de les négocier, et il a été relevé que les hôtels, dont aucun ne disposait d'une réelle force de négociation, ne pouvaient pas prendre le risque d'être déréférencés par les sociétés du groupe Expedia qui détenaient, en 2009, des parts importantes du marché de la vente de nuitées ; que ce type de partenariat est devenu incontournable pour les hôteliers, 70 % des chambres réservées en ligne l'étant par le biais des agences de voyage en ligne ou des plate-formes de réservation (OTA). Ce canal représente 24 % du chiffre d'affaires des hôteliers. En outre, le poids d'Expedia lui permet d'acheter aux moteurs de recherche les plus importants les mots clés et liens commerciaux qui lui permettent d'être mise en avant dans le listing des sites correspondant à la recherche d'un consommateur sur Internet ; que l'Autorité de la concurrence, dans son avis précité, a, ainsi, considéré qu'une plateforme de réservation hôtelière en ligne, comme Booking.com ou Expedia, n'était pas en concurrence avec les autres canaux tels que les métamoteurs de recherche ou les moteurs de recherche (§ 100), ces différents services n'étant pas substituables, tant du point de vue du consommateur que du point de vue des hôtels ; qu'elle a estimé que le marché pertinent à considérer pour apprécier le pouvoir de marché des plateformes de réservation hôtelière en ligne était plutôt celui de l'offre de services de nuitées seules d'hôtels français sur des plateformes de réservation hôtelière en ligne et agences de voyages en ligne ; que, sur ce marché, Expedia minimise sa part de marché en prétendant que le site expedia.fr ne dispose que d'une part de marché de 4 % ; qu'en effet, Expedia n'exploite pas que ce site, mais aussi hotels.com (13 %), venere.com (8 %), ebookers.fr depuis le rachat du groupe Orbitz en 2015 pour 1,3 milliard de dollars (3 %) et voyages-sncf.fr grâce à son partenariat privilégié historique avec la SNCF (4 %) ; qu'il l'UMIH évalue sa part de marché à partir de ses propres données, sans être sérieusement contredite par Expedia, à environ 32 % ; que face à cet opérateur, les hôtels, quelle que soit leur taille, sont dépourvus de tout moyen de pression ; que cela se traduit tout d'abord par l'absence de toute négociation possible par l'hôtelier des conditions générales et des contrats qui lui sont imposés par les plateformes ; qu'ainsi que l'a relevé l'Autorité de la concurrence dans sa décision Booking.com précitée, les conditions générales support des contrats de distribution « ne sont en principe pas négociables pour les hôtels indépendants » ; qu'ainsi que l'a également souligné l'Autorité de la concurrence, l'ensemble des OTA, même petites, semblent disposer d'un pouvoir de marché suffisant pour imposer leurs clauses de parité aux hôtels partenaires (§ 127) ; que les différences signalées dans certains contrats produits par les sociétés du groupe Expedia, pour démontrer l'absence de contrainte pesant sur les hôtels, sont de pure forme, et tiennent au seul fait que deux versions des contrats coexistent dans les contrats soumis à l'appréciation de la cour, selon que le contrat pré rédigé est celui de Vacation Sport ou de WWTE Travel Ltd ; que ces différences de détail ne sauraient en elles-mêmes témoigner de l'existence de véritables négociations ; que les sociétés du groupe Expedia, acteur important de la réservation hôtelière en ligne, étaient donc en mesure de « soumettre ou tenter de soumettre » les hôteliers à des obligations déséquilibrées » (arrêt attaqué, p. 27 et s.) ;

Et aux motifs éventuellement adoptés des premiers juges que « sur la nullité alléguée des clauses dite « d'obtention automatique des meilleures conditions tarifaires » ; que tous les contrats visés comprennent une ou plusieurs clauses tendant à assurer aux défenderesses signataires, un alignement automatique sur les meilleures conditions tarifaires ; que la loi anglaise, loi du contrat, ne contient pas de disposition spécifique prohibant ce type de clause ; qu'il n'y a pas lieu de faire application de l'interdiction édictée au L 442-6 " d) qui n'est pas qualifiée de loi de police par le tribunal, les parties ayant opté pour la loi anglaise qui ne comporte pas une telle interdiction ; qu'il convient néanmoins de rechercher si de telles clauses ne sont pas prohibées au sens de l'article L 442-6 1 20 , qu'il convient d'appliquer au titre de son caractère de loi de police ; que l'article L 442-6 1 20 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 » ; que si les formulations des différents contrats ne sont pas identiques, ils contiennent tous des dispositions visant à l'obtention automatique des meilleures conditions tarifaires ; que la rédaction exacte de chaque clause importe peu, le débat ne portant que sur le mécanisme inscrit dans le contrat ; que, selon les défenderesses, cette obligation ne peut être considérée en elle-même, comme créant un déséquilibre significatif, cette notion devant s'apprécier au regard de l'équilibre général du contrat ; que la notion de déséquilibre doit s'analyser, pour une clause précise, au regard d'éventuelles autres clauses venant rétablir un équilibre, sauf à créer, par la nullité d'une clause en faveur d'un contractant, un nouveau déséquilibre en faveur de l'autre ; qu'il convient néanmoins aux défenderesses de faire la preuve que la clause incriminée s'inscrit dans un contexte contractuel plus large, et que d'autres clauses rétablissent l'équilibre contesté ; qu'en l'espèce, les défenderesses soutiennent que le prix le plus bas, est en fait celui, in fine, accordé au consommateur et que donc la clause n'est pas à leur bénéfice et n'est que la contrepartie des investissements importants qu'elles consentent et du modèle de rémunération à la réservation et non à la simple visite ; que 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 ; que ces dispositions peuvent peser très fortement sur la marge réelle des dernières chambres vendues à des tarifs promotionnels, sans impacter significativement la marge des défenderesses ; que, comme le soulignent les défenderesses elles-mêmes dans leurs écritures sur la compétence « materiae » : « Les défenderesses n'achètent ni ne revendent les nuitées et ne supportent donc aucun risque lié à la réservation ou non d'une chambre (pas de risque d'inventu, de stocks etc .. ). Notamment elles ne perdent pas le prix de la nuitée si la réservation est annulée. » ; que ces éléments montrent bien que 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 ; que l'ensemble de ces éléments montrent que les obligations des parties sont significativement déséquilibrées et que les clauses d'alignement automatique sur les meilleures conditions tarifaires, compte tenu de l'équilibre général des contrats objet du litige, sont contraires à l'article L442-6 1 20 du code de commerce qui est d'application impérative ; que le fait que ces clauses ne soient pas systématiquement appliquées par les défenderesses n'a pas d'incidence sur leur légalité ; que le code de commerce prévoit que le ministre de l'économie peut faire constater la nullité des clauses contraires aux dispositions de l'article L 442-6, ce qui est le cas en l'espèce ; qu'une telle décision ne peut être assimilée à une immixtion du juge dans la fixation du prix dans la mesure où elle ne fait qu'interdire une fixation de prix ne tenant pas compte réellement de la volonté des parties ; que le tribunal dira que, faute de contrepartie suffisante, les clauses visant à l'obtention automatique des meilleures conditions tarifaires et promotionnelles, dans les contrats des hôtels incriminés situés sur le territoire français, sont constitutives d'un déséquilibre significatif au sens de l'article L 442-6 1 20 et sont nulles ; que, sur la nullité alléguée de la clause

dite « de la dernière chambre disponible » ; que la loi anglaise, loi du contrat ne contient pas d'interdiction de ce type de clause ; que le ministre de l'économie et les organisations professionnelles soutiennent que cette clause, corrélée à la clause visant à l'obtention automatique des meilleures conditions tarifaires et promotionnelles constitue un déséquilibre significatif prohibé par l'article L 442-6 J 20 qui est une loi de police ; qu'il n'y a pas lieu de considérer la coexistence des deux clauses, dans la mesure où le tribunal a retenu la nullité des clauses visant à obtiennon automatique des meilleures conditions tarifaires et promotionnelles dans les contrats faisant l'objet de la présente instance ; que concernant la « clause dite de dernière chambre disponible », dans la mesure où l'hôtelier reste libre de fixer son prix, selon le canal de distribution, on doit considérer qu'elle est la contrepartie de la visibilité offerte par les défenderesses sans rémunération financière fixe ; que cette visibilité perdrat toute crédibilité si le visiteur du site internet n'avait pas au moins la certitude d'une information fiable sur la disponibilité réelle des chambres ; qu'il faut donc considérer, qu'en elle-même, cette clause ne crée pas un déséquilibre significatif ; que le tribunal déboutera les demandeurs au titre de la nullité de la clause dite « de la dernière chambre disponible » (jugement, p. 17 et s.) ;

1°) Alors que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce sanctionne la pratique consistant à « soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif » et non le fait d'être en mesure de « soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif » ; qu'au cas présent, la cour d'appel a condamné les sociétés exposantes sur le fondement de ce texte au motif qu'elles auraient été « en mesure de « soumettre ou tenter de soumettre » les hôteliers à des obligations déséquilibrées » (arrêt attaqué, p. 29, § 3) ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

2°) Alors que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce sanctionne la pratique consistant à « soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif » ; que ce texte implique donc, outre l'existence d'un déséquilibre significatif, d'établir que l'un des contractants a positivement imposé la clause contestée à l'autre en la soustrayant à toute négociation ; qu'au cas présent, la cour d'appel a considéré que les clauses contestées seraient prohibées par le texte précité au motif qu'elles créeraient un déséquilibre significatif, sans rechercher si elles avaient effectivement été soustraites à la négociation ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

3°) Alors que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce sanctionne la pratique consistant à « soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif » ; que ce texte implique donc, outre l'existence d'un déséquilibre significatif, d'établir que l'un des contractants a effectivement imposé la clause contestée à l'autre en la soustrayant à toute négociation ; que cette démonstration ne saurait être présumée à partir de la simple circonstance que l'un des contractants est une agence de tourisme en ligne (OTA) ; que, pourtant, pour établir la soumission ou tentative de soumission, la cour d'appel s'est uniquement fondée sur la circonstance que les sociétés exposantes étaient des OTA, estimant que « l'ensemble des OTA, même petites, semblent disposer d'un pouvoir de marché suffisant pour imposer leurs clauses de parité aux hôtels » (arrêt attaqué, p. 29, in limine) ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

4°) Alors que le juge, pour motiver sa décision, doit se déterminer d'après les circonstances particulières du procès et non par référence à des causes déjà jugées dans un litige différent ; que, pour retenir que les clauses des sociétés du groupe Expedia ne seraient pas négociables, l'arrêt se fonde exclusivement sur des remarques faites par l'Autorité de la concurrence dans sa décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 relative à Booking.com ; qu'en motivant ainsi sa décision par référence à une autre décision, rendue dans un autre litige, et concernant une autre partie, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

5°) Alors que, dans sa décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015, l'Autorité de la concurrence a observé que le groupe Booking.com était leader européen et français du voyage en ligne avec une part deux fois plus importante qu'Expedia (décision, § 108) ; que la même décision ne comporte aucune indication quant au leader mondial ; qu'en énonçant, au contraire, que « le groupe Expedia est le leader mondial du voyage en ligne, comme l'a constaté l'Autorité de la concurrence dans sa décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 » (arrêt, p. 28, § 3), la cour d'appel a dénaturé ladite décision, en violation de l'article 1134 du code civil dans sa version applicable en la cause ;

6°) Alors que, dans sa décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015, l'Autorité de la concurrence a constaté, au sujet des conditions générales de booking.com, que celles-ci « ne sont en principe pas négociables pour les hôtels indépendants et franchisés » (§ 53) ; qu'en se fondant sur ce passage, exclusivement relatif aux pratiques mises en oeuvre par booking.com, et non par Expedia, pour en déduire que les conditions générales des contrats conclus par Expedia ne seraient pas négociables (arrêt attaqué, p. 29, in limine), la cour d'appel a statué par un motif inopérant, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

7°) Alors que le tableau produit par Expedia (conclusions Expedia, p. 56, in limine), et sur lequel se fonde l'UMIH pour affirmer que les sociétés du groupe Expedia disposeraient de « 32 % de parts de marché » (conclusions UMIH, pt. 111), concerne, non les parts de marché, mais « les sites marchands les plus visités par les e-shoppeurs » (conclusions Expedia, p. 56, in limine) ; qu'en affirmant, en reprenant mot à mot les affirmations de l'UMIH, que la part de marché d'Expedia serait de 32 %, la cour d'appel a dénaturé le tableau en cause, en violation de l'article 1134 du code civil, dans sa version applicable en la cause ;

8°) Alors que les sociétés exposantes contestaient longuement détenir une part de marché importante, en produisant de très nombreux éléments de preuve au soutien de leurs affirmations (conclusions Expedia, p. 55-57) ; qu'en affirmant que « l'UMIH évalue sa part de marché à partir de ses propres données, sans être sérieusement contredite par Expedia, à environ 32 % » (arrêt attaqué, p. 28), cependant que Expedia contredisait très sérieusement, de manière argumentée et documentée, cette affirmation, la cour d'appel a dénaturé les conclusions du groupe Expedia, en violation de l'article 1134 du code civil, dans sa version applicable en la cause ;

9°) Alors que les juges du fond doivent analyser, même de manière sommaire, les éléments de preuve qu'ils décident d'écartier ; que les sociétés exposantes contestaient longuement détenir une part de marché importante, et produisaient de très nombreux éléments de preuve au soutien de leurs affirmations (conclusions Expedia, p. 55-57) ; qu'en affirmant que « l'UMIH évalue sa part de marché à partir de ses propres données, sans être sérieusement contredite par Expedia, à environ 32 % » (arrêt attaqué, p. 28), sans analyser, même de manière sommaire les éléments de preuve produits par les exposantes, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

10°) Alors que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce réprime le fait de soumettre ou tenter de soumettre un cocontractant à des clauses entraînant un déséquilibre significatif ; que la cour d'appel n'a relevé aucun élément de nature à établir que les sociétés Expedia France et Expedia Inc, qui ne sont pas signataires des contrats concernés, auraient soumis ou tenté de soumettre les hôteliers aux clauses contractuelles contestées ; qu'en les condamnant

néanmoins, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, I, 2<sup>e</sup> du code de commerce ;

11<sup>e</sup>) Alors que, subsidiairement, l'article L. 442-6, I, 2<sup>e</sup> du code de commerce réprime le fait de soumettre ou tenter de soumettre un cocontractant à des clauses entraînant un déséquilibre significatif ; qu'aucun texte ne permet de sanctionner la complicité au même titre que la soumission ou tentative de soumission envisagée par le texte précité ; qu'à supposer que la condamnation des sociétés Expedia France et Expedia Inc. repose, dans l'esprit de la cour d'appel, sur l'idée de complicité qui l'a conduite à écarter la demande de mise hors de cause de ces sociétés (arrêt attaqué, p. 21), la cour d'appel a également violé l'article L. 442-6, I, 2<sup>e</sup> du code de commerce.

#### CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

(Sur le déséquilibre significatif)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la clause de parité de tarifs et de conditions ainsi que la clause de disponibilité de la dernière chambre sont contraires à l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, mais seulement en tant qu'elles visent l'alignement sur les meilleures conditions consenties aux concurrents tiers et non pratiquées par l'hôtelier lui-même, d'avoir dit que la clause de parité et la clause de disponibilité des chambres, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'avoir dit que les sociétés Expedia France et Expedia Inc sont également responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2<sup>e</sup> du code de commerce, d'avoir prononcé la nullité de ces clauses dans les 47 contrats du dossier, d'avoir enjoint aux sociétés Expedia France, Expedia Inc, Hotels.com, Vacationspot et Travelscape de cesser les pratiques consistant à mentionner les clauses précitées dans leurs contrats signés avec les hôteliers adhérents de leur plate-forme et d'avoir condamné les sociétés Expedia France, Expedia Inc, Hotels.com, Vacationspot et Travelscape, in solidum, au paiement d'une amende de 1 million d'euros au ministre de l'économie ;

Aux motifs propres que « selon l'article L. 442-6, I, 2<sup>e</sup> du code de commerce : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (

) 2<sup>e</sup> De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » ; que les deux éléments constitutifs de cette pratique restrictive de concurrence sont donc, en premier lieu, la soumission ou la tentative de soumission et, en second lieu, l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif. L'insertion de clauses dans une convention type ou un contrat d'adhésion qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses peut constituer ce premier élément. L'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif peut notamment se déduire d'une absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation, ou encore d'une disproportion importante entre les obligations respectives des parties ; que les clauses sont appréciées dans leur contexte, au regard de l'économie du contrat et in concreto ; que la preuve d'un rééquilibrage du contrat par une autre clause incombe à l'entreprise mise en cause, sans que l'on puisse considérer qu'il y a inversion de la charge de la preuve ; qu'enfin, les effets des pratiques n'ont pas à être pris en compte ou recherchés ( ) ; que lorsque l'hôtelier dispose encore de chambres disponibles, il 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 proposé par ailleurs ; que ceci limite ainsi l'autonomie de l'hôtelier dans sa politique commerciale et tarifaire ; qu'il ne lui est pas possible de gérer une partie de ses chambres sans la confier à Expedia et de développer sur ces chambres des offres promotionnelles ; qu'il ne peut proposer une promotion à ses clients directs sans être obligé de la proposer aux clients des sites Internet du groupe Expedia, ce qui ampute encore plus sa marge, puisqu'il doit s'acquitter en plus de la commission d'Expedia ; que, de même, la destination qu'il souhaite donner à ses chambres est limitée par la clause de disponibilité qui lui impose de mettre à disposition des sites internet l'ensemble des chambres disponibles ; que ces clauses ont donc pour effet de faire bénéficier les sociétés du groupe Expedia des tarifs les plus concurrentiels du marché et d'imposer des réductions significatives sur ces montants déjà compétitifs ; que l'avantage tarifaire et concurrentiel dont bénéficient les sociétés Expedia est entièrement pris en charge par les hôteliers, via ces clauses, sans que celles-ci ne prennent en retour aucun risque, ce qui traduit un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ; que de même, les clauses de parité des disponibilités des chambres entraînent un risque de surréservation entièrement supporté et pris en charge par les hôteliers, Expedia ne supportant en contrepartie aucun risque lié à la réservation ou pas d'une chambre ; que de plus fort, la clause de la dernière chambre disponible impose aux hôteliers de la vendre par l'intermédiaire d'Expedia et donc de payer une commission sur elle ; que la cour d'appel, qui a procédé à une analyse globale et concrète du contrat et apprécié le contexte dans lequel il était conclu ou proposé à la négociation, n'est pas tenue de rechercher les effets précis du déséquilibre significatif, en l'espèce non démontrés ; que la clause dite « de la dernière chambre disponible », corrélée à la clause de parité tarifaire, non tarifaire et promotionnelle, contrevient donc à l'article L. 442-6, I, 2<sup>e</sup> du code de commerce ; que, sur l'existence de contreparties des clauses, le ministre de l'économie et l'UMIH contestent l'existence des contreparties aux clauses alléguées par le groupe Expedia (investissements consentis par Expedia pour la promotion des hôtels partenaires, publicité gratuite réalisée via l'effet « panneau publicitaire », possibilité réservée aux hôtels de ne pas rémunérer qu'en cas de réservation) ; que la rémunération de la plate-forme, via le paiement d'une commission par les hôtels, pour payer l'accès à une large clientèle que leur permet la plate-forme, ne suffirait pas, selon Expedia, à compenser ces investissements et ces dépenses publicitaires ; mais que la promotion réalisée par les sites internet du partenaire est rémunérée par les commissions versées par les hôtels aux sociétés du groupe Expedia, sans que celles-ci ne parviennent à établir que l'importance des investissements réalisés par elles serait sans commune mesure avec les commissions, dont le montant est important, de l'ordre de 25 % des chambres ; que selon le groupe Expedia, sans les clauses de parité et si l'hôtelier pouvait proposer librement des prix et conditions différenciés selon les canaux de distribution, les internautes utiliseraient massivement son site Expedia comme une sorte de catalogue ou d'annuaire permettant aux internautes de comparer des offres puis ensuite d'aller réserver une nuitée sur un autre site ; que ce faisant, l'internaute priverait Expedia d'une juste rémunération de ses investissements puisque Expedia ne percevrait aucune commission sur la réservation de la nuitée réalisée sur un autre site que le sien ; qu'ainsi l'hôtel aurait bénéficié des investissements d'Expedia qui lui aurait permis d'attirer un nouveau client, lequel, sans Expedia, n'aurait jamais réservé dans cet hôtel ; qu'elle soutient donc que ces clauses évitent des pratiques de parasitisme ; mais qu'il convient de noter que cette affirmation n'est pas valablement démontrée par Expedia ; que, d'une part, les sites des plateformes sont conçus pour capter le consommateur et faire en sorte que le taux de conversion du visiteur d'un site soit le plus élevé possible (pourcentage de visiteurs qui recherchent et réservent sur la plate-forme, ce qui limite le risque de dépôt de la demande vers les concurrents, Expedia ayant de ce point de vue, un taux de 5 %, ce qui est considéré comme élevé) ; que, d'autre part, beaucoup d'hôtels ne seraient pas facilement joignables, soit parce que leur site ne permet pas de réserver en ligne, soit parce qu'ils ne sont pas joignables par téléphone à tout moment ; que donc le risque que le consommateur consulte les sites Expedia pour choisir son hôtel et réserve par un autre canal n'est pas démontré ; que les sociétés du groupe Expedia ne démontrent donc pas que les clauses de parité et de disponibilité étaient nécessaires à l'équilibre des contrats ou que ce déséquilibre était compensé par d'autres dispositions du contrat ; qu'elles peuvent d'autant moins le prétendre que les clauses sont caduques depuis l'entrée en vigueur de la loi Macron, et doivent avoir été supprimées des contrats, sans qu'elles justifient aujourd'hui d'un quelconque problème de rentabilité ou d'une remise en cause de leur modèle économique ; qu'enfin, l'UMIH soutient à juste titre que le déséquilibre résultant des pratiques est encore aggravé par la présence de nombreuses autres clauses, prévoyant des obligations unilatérales et non réciproques pesant exclusivement sur les hôteliers ; mais qu'aucune conséquence juridique ne peut en être tirée, ces clauses n'ayant pas fait l'objet de la saisine du ministre de l'économie ; qu'au regard de tous ces éléments, il y a donc lieu de dire que ces deux clauses, par leur effet cumulé, créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties et d'en prononcer la nullité ; que le jugement entrepris sera donc confirmé sur ce point » (arrêt attaqué, p. 27 et s.) ;

Et aux motifs éventuellement adoptés des premiers juges que « sur la nullité alléguée des clauses dite « d'obtention automatique des meilleures conditions tarifaires » ; que tous les contrats visés comprennent une ou plusieurs clauses tendant à assurer aux défenderesses signataires, un alignement automatique sur les meilleures conditions tarifaires ; que la loi anglaise, loi du contrat, ne contient pas de disposition spécifique prohibant ce type de clause ; qu'il n'y a pas lieu de faire application de l'interdiction édictée au L 442-6 " d" qui n'est pas qualifiée de loi de police par le tribunal, les parties ayant opté pour la loi anglaise qui ne comporte pas une telle interdiction ; qu'il convient néanmoins de rechercher si telles clauses ne sont pas prohibées au sens de l'article L 442-6 I 20 , qu'il convient d'appliquer au titre de son caractère de loi de police ; que l'article L 442-6 I 20 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 » ; que si les formulations des différents contrats ne sont pas identiques, ils contiennent tous des dispositions visant à l'obtention automatique des meilleures conditions tarifaires ; que la rédaction exacte de chaque clause importe peu, le débat ne portant que sur le mécanisme inscrit dans le contrat ; que, selon les défenderesses, cette obligation ne peut être considérée en elle-même, comme créant un déséquilibre significatif, cette notion devant s'apprécier au regard de l'équilibre général du contrat ; que la notion de déséquilibre doit s'analyser, pour une clause précise, au regard d'éventuelles autres clauses venant rétablir un équilibre, sauf à créer, par la nullité d'une clause en faveur d'un contractant, un nouveau déséquilibre en faveur de l'autre ; qu'il convient néanmoins aux défenderesses de faire la preuve que la clause incriminée s'inscrit dans un contexte contractuel plus large, et que d'autres clauses rétablissent l'équilibre contesté ; qu'en l'espèce, les défenderesses soutiennent que le prix le plus bas, est en fait celui, in fine, accordé au consommateur et que donc la clause n'est pas à leur bénéfice et n'est que la contrepartie des investissements importants qu'elles consentent et du modèle de rémunération à la réservation et non à la simple visite ; que 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 ; que ces dispositions peuvent peser très fortement sur la marge réelle des dernières chambres vendues à des tarifs promotionnels, sans impacter significativement la marge des défenderesses ; que, comme le soulignent les défenderesses elles-mêmes dans leurs écritures sur la compétence « materiae » : « Les défenderesses n'achètent ni ne revendent les nuitées et ne supportent donc aucun risque lié à la réservation ou non d'une chambre (pas de risque d'inventu, de stocks etc .. ). Notamment elles ne perdent pas le prix de la nuitée si la réservation est annulée. » ; que ces éléments montrent bien que 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 ; que l'ensemble de ces éléments montrent que les obligations des parties sont significativement déséquilibrées et que les clauses d'alignement automatique sur les meilleures conditions tarifaires, compte tenu de l'équilibre général des contrats objet du litige, sont contraires à l'article L442-6 I 20 du code de commerce qui est d'application impérative ; que le fait que ces clauses ne soient pas systématiquement appliquées par les défenderesses n'a pas d'incidence sur leur légalité ; que le code de commerce prévoit que le ministre de l'économie peut faire constater la nullité des clauses contraires aux dispositions de l'article L 442-6, ce qui est le cas en l'espèce ; qu'une telle décision ne peut être assimilée à une immixtion du juge dans la fixation du prix dans la mesure où elle ne fait qu'interdire une fixation de prix ne tenant pas compte réellement de la volonté des parties ; que le tribunal dira que, faute de contrepartie suffisante, les clauses visant à l'obtention automatique des meilleures conditions tarifaires et promotionnelles, dans les contrats des hôtels incriminés situés sur le territoire français, sont constitutives d'un déséquilibre significatif au sens de l'article L 442-6 I 20 et sont nulles ; que, sur la nullité alléguée de la clause dite « de la dernière chambre disponible » ; que la loi anglaise, loi du contrat ne contient pas d'interdiction de ce type de clause ; que le ministre de l'économie et les organisations professionnelles soutiennent que cette clause, corrélée à la clause visant à l'obtention automatique des meilleures conditions tarifaires et promotionnelles constitue un déséquilibre significatif prohibé par l'article L 442-6 J 20 qui est une loi de police ; qu'il n'y a pas lieu de considérer la coexistence des deux clauses, dans la mesure où le tribunal a retenu la nullité des clauses visant à l'obtenir automatique des meilleures conditions tarifaires et promotionnelles dans les contrats faisant l'objet de la présente instance ; que concernant la « clause dite de dernière chambre disponible », dans la mesure où l'hôtelier reste libre de fixer son prix, selon le canal de distribution, on doit considérer qu'elle est la contrepartie de la visibilité offerte par les défenderesses sans rémunération financière fixe ; que cette visibilité perdra toute crédibilité si le visiteur du site internet n'avait pas au moins la certitude d'une information fiable sur la disponibilité réelle des chambres ; qu'il faut donc considérer, qu'en elle-même, cette clause ne crée pas un déséquilibre significatif ; que le tribunal déboutera les demandeurs au titre de la nullité de la clause dite « de la dernière chambre disponible » (jugement, p. 17 et s.) ;

1<sup>o</sup>) Alors que les clauses de disponibilité de la dernière chambre insérées dans les 47 contrats litigieux prévoient uniquement que l'hôtelier devra nécessairement proposer aux plates-formes cocontractantes (Hotels.com, Vacationspot et Travelscape) sa dernière chambre disponible ; que ces clauses n'imposent aucunement aux hôteliers de la vendre par l'intermédiaire d'Expedia ; que, pour retenir l'existence d'un déséquilibre significatif, la cour d'appel a jugé que « la clause de la dernière chambre disponible impose aux hôteliers de la vendre par l'intermédiaire d'Expedia et donc de payer une commission sur elle » (p. 29, in fine) ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a méconnu la loi des parties, en violation de l'article 1134 du code civil dans sa version applicable en la cause ;

2<sup>o</sup>) Alors que la marge relative des sociétés exposantes est fixée en pourcentage du tarif de enregistré par l'hôtel dans le système de l'OTA de telle sorte que si le tarif baisse, la commission baisse également ; que, pour relever un déséquilibre significatif, la cour d'appel a estimé, par motifs propres et adoptés, que « le fait d'assurer au consommateur le prix le plus bas est assuré par les défenderesses en conservant intégralement leur marge relative » (jugement, p. 18) ; qu'en statuant ainsi, cependant que la marge, étant exprimée en pourcentage, baissait avec les tarifs auxquels elle s'appliquait, la cour d'appel a méconnu la loi des parties, en violation de l'article 1134 du code civil dans sa version applicable en la cause ;

3<sup>o</sup>) Alors que Expedia faisaient valoir que la baisse des prix consentie aux consommateurs, en application de la clause de parité, avait pour conséquence une augmentation du taux de remplissage des hôtels et était donc, à leur égard, bénéfique, ce qui excluait que la clause de parité fut constitutive d'un déséquilibre (conclusions Expedia, p. 59-61) ; que la cour d'appel n'a aucunement répondu à ce moyen, pourtant opérant et étayé ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4<sup>o</sup>) Alors que la cour d'appel doit indiquer, même de manière sommaire, les éléments de preuve sur lesquels elle fonde sa décision ; qu'au cas présent, la cour d'appel a énoncé que les sociétés du groupe Expedia prélevaient des commissions de l'ordre de 25 %, sans indiquer sur quel élément elle fondait ce chiffre (arrêt attaqué, p. 30, § 3) ; que, de fait, ce chiffre est inexact et n'était étayé par aucune pièce de fond ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

5<sup>o</sup>) Alors que, pour apprécier le déséquilibre significatif, les juges du fond sont tenus de traiter toutes les parties au contrat sur un pied d'égalité ; que la cour d'appel a estimé qu'il appartenait aux sociétés Expedia de démontrer que les clauses contestées étaient nécessaires à l'équilibre du contrat et que leur absence entraînerait pour elle un problème de rentabilité (arrêt attaqué, p. 30, § 6 et 7) ; qu'elle a pourtant considéré que les hôteliers, ou le ministre, n'étaient pas tenus de prouver que les clauses litigieuses auraient eu un effet sur la rentabilité des hôtels et que le déséquilibre significatif pouvait être retenu malgré l'absence d'effet avéré des clauses contestées sur la rentabilité des hôtels (arrêt attaqué, p. 32, § 3) ; que la cour d'appel a ainsi traité

différemment les sociétés Expedia et le ministre de l'Economie, s'agissant de la même question : l'impact des clauses contestées sur la rentabilité des parties aux contrats ; qu'en soumettant ainsi les sociétés Expedia et les autres parties à des standards de preuve différents, la cour d'appel a violé le principe d'égalité des armes, ensemble l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ;

6°) Alors que le motif hypothétique équivaut à un défaut de motifs ; que, pour écarter le moyen d'Expedia selon lequel, en l'absence des clauses contestées, il y aurait un risque que les internautes utilisent massivement Expedia comme un catalogue afin de comparer les prix et, ensuite, réserve autrement, notamment via l'hôtel lui-même, la cour d'appel a retenu que « beaucoup d'hôtels ne seraient pas facilement joignables, soit parce que leur site ne permet pas de réserver en ligne, soit parce qu'ils ne sont pas joignables par téléphone à tout moment » (arrêt attaqué, p. 30, § 5) ; qu'en statuant ainsi, par un motif hypothétique, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

7°) Alors qu'Expedia faisait valoir qu'en l'absence des clauses contestées, il y aurait un risque que les internautes utilisent massivement Expedia comme un catalogue afin de comparer les prix et, ensuite, réserve autrement, notamment par d'autres agences de voyage en ligne ; qu'en écartant ce moyen au seul motif que beaucoup d'hôtels ne seraient pas joignables, sans rechercher si le moyen n'était pas fondé s'agissant des autres agences de voyage en ligne, la cour d'appel a également violé l'article 455 du code de procédure civile ;

8°) Alors que, pour écarter le moyen d'Expedia selon lequel, en l'absence des clauses contestées, il y aurait un risque que les internautes utilisent massivement Expedia comme un catalogue afin de comparer les prix et, ensuite, réserve autrement, notamment via l'hôtel lui-même, la cour d'appel a retenu que les sites des agences de voyage en ligne étaient conçus de manière à ce que le taux de conversion soit le plus élevé possible, de l'ordre de 5 % pour Expedia, ce qui est élevé (arrêt attaqué, p. 30, § 5) ; que, toutefois, le taux de conversion résulte, précisément, des contrats en cause en l'espèce et donc, notamment, des clauses contestées ; qu'il ne dit donc rien de ce qui se passerait en l'absence de ces clauses ; qu'en statuant ainsi, par un motif inopérant, la cour d'appel a donc privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce.

#### SIXIEME MOYEN DE CASSATION (Sur l'amende prononcée)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné les sociétés Expedia France, Expedia Inc, Hotels.com, Vacationspot et Travelscape, in solidum, au paiement d'une amende de 1 million d'euros au ministre de l'économie ;

Aux motifs propres que « que l'article L.442-6 III du code de commerce, dans sa version en vigueur au moment des faits précise que le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent « demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros ; que toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées » ; qu'il appartient au juge saisi d'une demande tendant à l'imposition d'une amende au titre de l'article L. 442-6, III du code de commerce, d'apprécier en premier lieu, s'il y a lieu de prononcer une amende civile et en second lieu quel quantum de sanction doit être fixé ; que s'agissant des critères à prendre en considération pour la fixation du quantum, l'amende civile doit viser à prévenir et dissuader les pratiques restrictives prohibées, ainsi qu'à éviter leur réitération ; la gravité du comportement en cause et le dommage à l'économie en résultant doivent donc être pris en compte, ainsi que la situation individuelle de l'entreprise poursuivie, en vertu du principe d'individualisation des peines ; que le trouble à l'ordre public économique résultant des pratiques en cause, consistant dans la violation combinée des articles L. 442-6, II, b) et L. 442-6, I, 20 du code de commerce, justifie, en l'espèce, l'infraction de sanction pécuniaire ; que la gravité de ces pratiques est importante, puisqu'elles émanent d'opérateurs dont l'intervention est indispensable aux hôteliers pour vendre leurs services ; que le dommage à l'économie est constitué, compte tenu de l'effet conjugué des deux clauses et des importants taux de commissions versés à Expedia, aboutissant à une réduction de la liberté commerciale des hôtels ; qu'il y a lieu en outre de prendre en compte une certaine persistance des pratiques ; qu'ainsi que le souligne l'UMIH, dans la plus récente version des conditions générales et contrats standards imposés par Expedia aux hôteliers (pièce n°07), il est en effet prévu au IIIb: « b. Tarifs. Vous acceptez que les Tarifs et les Formules tarifaires fournis à Expedia soient équivalents à ou plus favorables que ceux disponibles par le biais de Vos propres canaux de réservation publique en ligne ou de distribution. Toutes règles, restrictions, politiques et/ou conditions ry compris les règles relatives à l'annulation) applicables à toute chambre que Vous proposez par le biais du Système Expedia ne devront pas être plus restrictives que celles applicables à une chambre analogue que Vous proposez par le biais de Vos propres canaux de réservation publique en ligne ou de distribution. Sous réserve des Sections CO,3.b et CO,3.e, et sauf accord contraire, Vous demandez à Expedia de ne pas afficher des Réservations de chambres seules à un Prix par chambre inférieur au Meilleur tarif disponible pertinent. Vous reconnaissiez qu'Expedia déterminera le Prix par chambre pour les Réservations de forfaits voyage et Réservations opaques à sa seule discrédition. » ; qu'il convient de prendre également en considération l'importance du chiffre d'affaires des sociétés du groupe Expedia et de l'effet d'entraînement que peut avoir le comportement de sociétés de cette taille et de cette notoriété sur les autres opérateurs économiques du secteur, et notamment les agences de voyage en ligne (Online Travel Agency ou "OTA") plus petites ; que toutefois, l'absence d'effets avérés des pratiques sur les prix aux consommateurs et sur la rentabilité des hôtels partenaires doit entraîner une réduction du montant de la sanction ; qu'au vu de tous ces éléments, il y a lieu de prononcer une amende pécuniaire de 1 million d'euros au paiement de laquelle les sociétés seront condamnées in solidum, puisqu'elles ont, chacune, concouru aux mêmes pratiques contraires à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, soit en signant avec les hôteliers les contrats comportant les clauses litigieuses, soit en fournissant aide et assistance pour favoriser la signature de ces contrats et leur application ; qu'il ne sera en revanche pas tenu compte de la violation de l'article L. 442-6, II, d) au titre de la fixation de cette amende, seules les sociétés signataires des contrats en étant justiciables comme il a été vu supra » (arrêt attaqué, p. 31 et s.) ;

1°) Alors que il appartient au juge saisi d'une demande tendant au prononcé d'une amende au titre de l'article L. 442-6, III du code de commerce, d'apprécier la nécessité de prononcer une telle amende en considération des circonstances particulières de l'affaire ; que le simple constat que des actes constitutifs de pratiques restrictives de concurrence ont été commis ne suffit, en soi, à justifier le prononcé d'une amende ; qu'au cas présent, pour justifier le prononcé d'une amende, la cour d'appel s'est bornée à énoncé que les pratiques poursuivies auraient été contraires aux articles L. 442-6, II, b) et L. 442-6, I, 2° du code de commerce ; qu'en statuant ainsi, sans établir la nécessité du prononcé d'une amende, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6, III du code de commerce ;

2°) Alors que il appartient au juge saisi d'une demande tendant à l'imposition d'une amende au titre de l'article L. 442-6, III du code de commerce, d'exposer de manière suffisamment précise et prévisible les modalités de calcul du montant de l'amende ; qu'au cas présent, la cour d'appel n'a aucune explicité les modalités de calcul de l'amende prononcée ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, III du code de commerce.ECLI:FR:CCASS:2020:CO00314