



TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS

Copie aux demandeurs : 5
Copie aux défendeurs : 3

1ERE CHAMBRE

JUGEMENT PRONONCE LE 24/03/2015
par sa mise à disposition au Greffe

RG 2014027403

ENTRE :

1) M. le Ministre de l'économie et des finances, 139 rue de Bercy 75012 Paris, élisant domicile à la DGCCRF, 59 boulevard Vincent Auriol, TELEDON 252, 75703 Paris cedex 13, agissant en vertu des dispositions de l'article L.442-6 du code de commerce, représenté dans la région Ile de France par M. VILBOEUF, directeur régional de la Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi (DIRECCTE), élisant domicile Pôle C, 19 rue Madeleine Vionnet 93000 AUBERVILLIERS.

Partie demanderesse : comparant par Mme Karine HOUEL mandataire lors de l'audience du juge chargé d'instruire l'affaire le 2 mars 2015.

2) Le Syndicat National des Hôteliers Restaurateurs Cafetiers Traiteurs (SYNHORCAT), intervenant volontaire à titre accessoire, dont le siège social est 4 rue de Gramont 75002 Paris

Partie demanderesse : assistée de Me Loraine DONNEDIEU de VABRES - TRANIE membre du cabinet JEANTET Associés AARPI, Avocat (87 avenue Kléber 75116 PARIS) et comparant par Me Yves-Marie RAVET Avocat (YMR - P209).

3) La Fédération Autonome Générale de l'Industrie Hôtelière Touristique (FAGIHT), intervenante volontaire à titre accessoire, dont le siège social est 221 avenue de Lyon - BP 448 - 73004 CHAMBERY CEDEX

Partie demanderesse : assistée de Me Loraine DONNEDIEU de VABRES - TRANIE membre du cabinet JEANTET Associés AARPI, Avocat (87 avenue Kléber 75116 PARIS) et comparant par Me Yves-Marie RAVET Avocat (YMR - P209).

4) La Confédération des Professionnels Indépendants de l'Hôtellerie (CPIH), intervenante volontaire à titre accessoire, dont le siège social est 2 rue Barye 75017 Paris.

Partie demanderesse : assistée de Me Loraine DONNEDIEU de VABRES - TRANIE membre du cabinet JEANTET Associés AARPI, Avocat (87 avenue Kléber 75116 PARIS) et comparant par Me Yves-Marie RAVET Avocat (YMR - P209).

ET :

1) SARL BOOKING.COM B.V, dont le siège social est Herengracht 597, 1017 CE, Amsterdam, Pays-Bas - assignée conformément aux dispositions prévues par le règlement CE n°1393/2007 du Parlement Européen et du Conseil de l'Europe du 13 novembre 2007.

Partie défenderesse : assistée du Cabinet DE PARDIEU BROCAS MAFFEI, avocats (R45) et comparant par la Selarl Schermann Masselin Associés, Avocats (R142)

2) SAS à associé unique Booking.com France, dont le siège social est 65 rue de Courcelles à Paris - RCS B 449620848

Partie défenderesse : assistée du Cabinet DE PARDIEU BROCAS MAFFEI, avocats (R45) et comparant par la Selarl Schermann Masselin Associés, Avocats (R142)

APRES EN AVOIR DELIBERE

LES FAITS.

Membre du groupe PRICELINE (agoda.com (agences de voyages), priceline.com (ventes à prix réduits), KAYAK (comparateur) et rentalcars.com (location de voitures)) la SDE BOOKING.COM B.V est d'un des leaders mondiaux de la réservation de l'hébergement en ligne et la SAS BOOKING.COM (FRANCE) est sa filiale française.

Le SYNDICAT NATIONAL DES HÔTELIERS RESTAURATEURS CAFETIERS TRAITEURS (ci-après également SYNHORCAT), la FÉDÉRATION AUTONOME GÉNÉRALE DE L'INDUSTRIE HÔTELIÈRE TOURISTIQUE (ci-après également FAGIHT) et la CONFÉDÉRATION DES PROFESSIONNELS INDÉPENDANTS DE L'HÔTELLERIE (ci-après également CPIH) sont des organisations professionnelles regroupées au sein du GROUPEMENT NATIONAL DES INDÉPENDANTS représentant l'hôtellerie indépendante et patrimoniale en France (23 000 établissements, 260 000 salariés).

Le contexte expliqué par le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique :

- comme dans de nombreux secteurs, avec l'apparition d'Internet, l'organisation commerciale des hôteliers a considérablement changé : L'accès facilité à l'information permet aux voyageurs de composer leurs voyages en achetant les prestations directement aux fournisseurs sans passer par un intermédiaire distributeur.
- l'e-tourisme est un secteur en plein essor :
 - en 2010, 77 % des internautes ont réservé leur hôtel.
 - en 2012 :
 - il représentait 35 % du commerce électronique en France soit près de 12 GEUR ;
 - il croissait de 7 % par rapport à 2011, alors que dans le même temps, l'ensemble de l'e-commerce progressait de 19 %.
 - en France, plus de 4 voyages sur 10 étaient achetés sur Internet et plus de 9 sur 10 étaient préparés en ligne.
 - en 2014, parmi les produits et services achetés en ligne, 62 % étaient des voyages et prestations touristiques (Billets de train, billets d'avion, hôtels, locations de vacances, séjours en France et à l'étranger...)
 - première destination mondiale de touristes internationaux et en progression de 1.8 % en 2012, le marché français représente 83 millions de touristes étrangers qui ont dépensé 41.7 GEUR, soit l'équivalent de 7.3 % du PIB.
- selon de nombreuses et diverses sources :
 - entre 2008 et 2012 :
 - le montant des commissions versées par les hôteliers aux intermédiaires aurait augmenté de 27.5 %, alors que leurs chiffres d'affaires progressait de 3.5 % et l'occupation de 0.9 % ;
 - les commissions globales sont passées de 3.7 % à 4.6 % du chiffre d'affaires total.
 - en province (hors Côte d'Azur), le montant versé a même progressé de 64 % ;
 - globalement, la commission peut varier de 15 à 30 % du prix de la chambre, des niveaux bien plus élevés que ce qui se pratique aux États-Unis ou perçus par d'autres intermédiaires tels que les tour-opérateurs, qui se contentent généralement de 7 à 8 %.
 - en particulier, les taux de commissions accordés aux intermédiaires se sont envolés en l'espace de 10 ans.

- 78 % des consommateurs effectuent leurs réservations d'hôtels par ces canaux de distribution, et non directement auprès des hôtels.
- les chaînes d'hôtels sont moins touchées, car elles s'appuient sur des marques fortes et une politique de fidélisation active, ce qui n'est pas le cas des chaînes volontaires ou des indépendants qui n'ont pas les moyens de se faire référencer sur Internet.
- la hausse des commissions est surtout attribuable à un rapport de force défavorable aux hôteliers, particulièrement aux plus petits [qui] n'ont pas le poids suffisant pour négocier.
- un récent rapport de l'Institut Montaigne et de la CCI Paris (juin 2014), intitulé "Rester le leader mondial du tourisme, un enjeu vital pour la France", note que "Le phénomène est maintenant bien analysé: dans une filière où la valeur est le plus souvent répartie en amont et en milieu de chaîne, le numérique fait que la valeur se retrouve en aval, sur les acteurs qui maîtrisent la relation avec les utilisateurs finaux, la distribution. Le contrôle de l'ensemble de la chaîne se fait par l'alliance avec le consommateur final, et cela au profit de quelques acteurs mondiaux, souvent basés aux États-Unis, qui contrôlent l'expérience client et le service".

Le ministre de l'Économie, de l'industrie et du numérique :

-en 2011, a demandé aux services de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) d'étudier les relations commerciales établies entre les sociétés exploitant des sites internet de réservations de nuitées d'hôtels et les hôteliers français, au regard des dispositions du Titre IV du Livre IV du code de commerce.

-au vu des conclusions de cette enquête, estime l'existence d'un trouble à l'ordre public économique né du comportement fautif de la SDE BOOKING.COM B.V et de la SAS BOOKING.COM (FRANCE) au regard des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce au terme duquel:

"I. 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° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties"

"II. 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".

-a introduit la présente action aux fins de voire condamner la SDE BOOKING.COM B.V et la SAS BOOKING.COM (FRANCE) :

- à réformer une partie de leurs clauses contractuelles ;
- au paiement d'une amende civile.

Le SYNHORCAT, la FAGIHT et la CPIH interviennent volontairement à titre accessoire au soutien des demandes du ministre de l'Économie, de l'industrie et du numérique.

LA PROCÉDURE.

Le ministre de l'Économie et des finances :

- le 10/03/2014, par un acte signifié selon les dispositions de l'article 10 du règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13/11/2007, assigne la SDE BOOKING.COM BV.
- le 21/02/2014, par un acte signifié à une personne se déclarant habilitée, assigne la SAS BOOKING.COM (FRANCE).

Le 22/05/2014, l'affaire est appelée pour la première fois et renvoyée au 18/09/2014 pour fixation d'un calendrier.

Le 18/09/2014, à l'audience collégiale, le tribunal :

- fait injonction à la SDE BOOKING.COM BV et à la SAS BOOKING.COM (FRANCE) de se mettre en état de plaider ;
- renvoie l'affaire au 06/10/2014 pour conclusions.

Le 06/10/2014, à l'audience collégiale :

- la SDE BOOKING.COM BV et la SAS BOOKING.COM (FRANCE) produisent des conclusions sur la compétence et demande de sursis à statuer ;
- le tribunal renvoie l'affaire au 01/12/2014 pour conclusions.

Le 01/12/2014, à l'audience collégiale :

- le ministre de l'Économie, de l'industrie et du numérique produit des conclusions n° 1 ;
- le SYNDICAT NATIONAL DES HÔTELIERS RESTAURATEURS CAFETIERS TRAITIERS (SYNHORCAT), la FÉDÉRATION AUTONOME GÉNÉRALE DE L'INDUSTRIE HÔTELIÈRE TOURISTIQUE (FAGIHT) et la CONFÉDÉRATION DES PROFESSIONNELS INDÉPENDANTS DE L'HÔTELLERIE (CPIH) produisent des conclusions d'intervention volontaire ;
- le tribunal renvoie l'affaire au 09/02/2015 pour conclusions.

Le 09/02/2015, à l'audience collégiale :

- la SDE BOOKING.COM BV et la SAS BOOKING.COM (FRANCE) produisent des conclusions récapitulatives sur la compétence et demande de sursis à statuer ;
- le tribunal convoque les parties en audience du juge chargé d'instruire l'affaire le 02/03/2015.

Le 02/03/2015, à l'audience du juge chargé d'instruire l'affaire :

- le SYNHORCAT, la FAGIHT et la CPIH régularisent des conclusions en réplique sur les exceptions d'incompétence et la demande de sursis à statuer.
- les parties entendues, le juge chargé d'instruire l'affaire clôt les débats sur l'exception d'incompétence territoriale et l'exception de sursis à statuer et indique, selon les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 450 du code de procédure civile, que le jugement sur celles-ci, mis en délibéré, sera prononcé par mise à disposition au greffe le 24/03/2015.

X X X

Le ministre de l'Économie, de l'industrie et du numérique, dans le dernier état de ses conclusions du 01/12/2014, demande au tribunal de :

- vu le code de procédure civile et notamment les articles 5 et 378 ;

- 5
- vu les règlements (CE) 44/2001 et (CE) 864/2007 ;
 - vu l'article L. 442-6 du code de commerce ;
 - se déclarer territorialement compétent ;
 - dire que le présent litige est soumis à la loi française ;
 - rejeter la demande de sursis à statuer formulé par les défenderesses ;
 - dire que les articles 2.2.2, 2.5.6, 5.1 et 6.2 des conditions générales de prestation, en ce qu'ils permettent aux sociétés BOOKING.COM BV et BOOKING.COM (FRANCE) SAS de s'assurer de l'obtention automatique des conditions plus favorables consenties par l'hôtelier aux autres canaux de distribution et concurrents de BOOKING.COM BV, contreviennent aux dispositions de l'article L. 442-6 II d) du code de commerce ;
 - dire que ces mêmes articles contreviennent à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce s'agissant de l'alignement automatique sur les conditions pratiquées par l'hôtelier lui-même ;
 - dire que les articles 2.1.1, 2.9, 3.1, 3.2 et 3.5.3 des conditions générales de prestation contreviennent à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce en ce qu'ils restreignent indûment la liberté de l'hôtelier de prospecter des clients et confèrent à BOOKING.COM BV des droits sans limite sur la propriété intellectuelle de l'hôtelier ;
 - dire que les articles 3.3, 5.4, 7.2 a et 7.4 i, ii et x des conditions générales de prestation contreviennent à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce en ce qu'ils prévoient une mise en jeu de la responsabilité contractuelle des parties totalement asymétrique ;
 - dire que les articles 2.4.2, 4.1.1 et 4.1.2 des conditions générales de prestation contreviennent à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce en ce qu'ils confèrent des prérogatives unilatérales et potestatives à BOOKING.COM BV en matière de classement des hôtels ;
 - en conséquence :
 - enjoindre aux sociétés BOOKING.COM BV et BOOKING.COM (FRANCE) SAS de cesser pour l'avenir les pratiques consistant à mentionner et mettre en œuvre de telles clauses contractuelles ;
 - constater la nullité des articles précités des CGP applicables dans les relations contractuelles liant BOOKING.COM BV et les hôteliers suivants, dûment informés de la présente action :
 - Hôtel du Grand balcon SAS 10 rue Romiguières 31000 Toulouse
 - Hôtel Atrium 68-72 bd Henry Sellier 92150 Suresnes
 - Hôtel du Grand château 1 rue Robert Gireaudineau 94300 Vincennes
 - Hôtel Hibiscus 66 rue de Malte 75011 Paris
 - Hôtel Armstrong 36 rue de la croix St Simon 75006 Paris
 - Hôtel Bristol République 68 rue de Malte 75011 Paris
 - Hôtel Grand hôtel de Paris 72 bd de Strasbourg 75010 Paris
 - Hôtel le Paris vingt 6 rue Dupont de l'Eure 75020 Paris
 - Hôtel Est hôtel 49 bd de magenta 75010 Paris
 - Hôtel Ambassadeur 153 rue Legendre 75017 Paris ;
 - condamner solidairement les sociétés BOOKING.COM BV et BOOKING.COM (FRANCE) SAS au paiement d'une amende civile de deux millions d'euros ;
 - condamner solidairement les sociétés BOOKING.COM BV et BOOKING.COM (FRANCE) SAS à la somme de 3 000 EUR au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
 - condamner solidairement les sociétés BOOKING.COM BV et BOOKING.COM (FRANCE) SAS aux dépens ;
 - ordonner la publication du dispositif du jugement, aux frais des sociétés BOOKING.COM BV et BOOKING.COM (FRANCE) SAS, sous huit jours à compter du jugement à intervenir, dans LE MONDE, LE FIGARO, LES ÉCHOS et sur les

pages d'accueil des sites Internet et extranet de booking.com, pour une durée d'un mois ;
-ordonner l'exécution provisoire du jugement.

Le SYNHORCAT, la FAGIHT et la CPIH :

- dans le dernier état de leurs conclusions du 01/12/2014, demandent au tribunal de :
 - vu L'article 330 du code de procédure civile ;
 - vu L'article L. 442-6 II d) du code de commerce ;
 - vu l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ;
 - vu l'avis n° 13-10 du 16/09/2013 de la Commission d'examen des pratiques commerciales;
 - déclarer le SYNHORCAT, la FAGIHT et la CPIH recevables en leur intervention volontaire accessoire ;
 - dire que les articles 2.2.2, 2.5.6, 5.1 et 6.2 des conditions générales de prestation, en ce qu'ils permettent aux sociétés BOOKING.COM BV et BOOKING.COM (FRANCE) SAS de s'assurer de l'obtention automatique des conditions plus favorables consenties par l'hôtelier aux autres canaux de distribution et concurrents de BOOKING.COM BV, contreviennent aux dispositions de l'article L. 442-6 II d) du code de commerce ;
 - dire que les articles 2.2.2, 2.5.6, 5.1 et 6.2 des conditions générales de prestation contreviennent à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce s'agissant de l'alignement automatique sur les conditions pratiquées par l'hôtelier lui-même ;
 - dire que les articles 2.1.1 et 2.9 des conditions générales de prestation contreviennent à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce en ce qu'ils restreignent indûment la liberté de l'hôtelier de prospector des clients ;
 - dire que les articles 3.1, 3.2, 3.5.1 et 3.5.3 des conditions générales de prestation contreviennent à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce en ce qu'ils confèrent à BOOKING.COM BV des droits sans limite sur la propriété intellectuelle de l'hôtelier ;
 - dire que les articles 3.3, 5.4, 7.2 a et 7.4 i, ii et x des conditions générales de prestation contreviennent à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce en ce qu'ils prévoient une mise en jeu de la responsabilité contractuelle des parties totalement asymétrique ;
 - dire que les articles 2.4.2, 4.1.1 et 4.1.2 des conditions générales de prestation contreviennent à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce en ce qu'ils confèrent des prérogatives unilatérales et potestatives à BOOKING.COM BV en matière de classement des hôtels ;
 - en conséquence :
 - déclarer nuls lesdits articles ;
 - enjoindre aux sociétés BOOKING.COM BV et BOOKING.COM (FRANCE) SAS de cesser les pratiques consistant à mentionner de telles clauses dans leurs contrats ;
 - ordonner l'exécution provisoire du jugement.
- dans leurs conclusions en réplique sur les exceptions d'incompétence et la demande de sursis à statuer des défenderesses, demandent au tribunal de :
 - Vu les articles 5, 378 et 379 du code de procédure civile ;
 - Vu les articles 42 et 46 du code de procédure civile ;
 - Vu les articles L. 442-6 II d) du code de commerce et L. 442-6 I 2° du code de commerce ;

- 7
- Vu les articles 5 §3 et 6 §1 du Règlement (CE) 44/2001 du Conseil du 22/12/2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Règlement "Bruxelles I") ;
Vu l'article 6 §1 du Règlement (CE) 44/2001 du Conseil du 22/12/2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Règlement "Bruxelles I") ;
Vu les articles 4 §1, 6§1 et 16 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11/07/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") ;
Vu l'avis n° 13-10 du 16/09/2013 de la Commission d'examen des pratiques commerciales ;
- à titre principal :
 - de renvoyer l'examen des exceptions d'incompétence à l'audience sur le fond ;
 - d'enjoindre les défenderesses à conclure sur le fond ;
 - de rejeter la demande de sursis à statuer formulée par les défenderesses ;
 - à titre subsidiaire :
 - se déclarer territorialement compétent ;
 - dire que le présent litige est soumis à la loi française.

La SDE BOOKING COM B.V et la SAS BOOKING COM (FRANCE), dans le dernier état de leurs écritures du 09/02/2015, demandent au tribunal de :

- vu les articles 3, 378 et 379 du code de procédure civile ;
- vu l'article 42,74 à 79 du code de procédure civile ;
- vu les articles L. 442-6-I-2-d) et L. 442-6-II-d) du code de commerce ;
- vu l'article 5.3 du Règlement (CE) 44/2001 ;
- vu l'article 6.2 du Règlement (CE) 864/2007 ;
- vu les articles 101 et 102 (CE) TFUE ;
- vu l'article 11.6 du Règlement (CE) 1/2003 ;
- in limine litis,
 - décliner sa compétence territoriale et matérielle pour connaître des demandes du ministre de l'économie contenues dans son assignation en date du 21 février 2014 et formulées à l'encontre des sociétés Boooling.com BV et Booking.com (France) SAS, au profit des tribunaux néerlandais, à savoir les tribunaux d'Amsterdam, faisant application de la loi néerlandaise ;
- à titre subsidiaire :
 - prononcer le sursis à statuer dans la présente instance jusqu'à l'adoption d'une décision définitive par l'Autorité de la concurrence et/ou de la Commission européenne se prononçant sur les plaintes déposées par les associations UMIH et CPIH, en ce qu'elles couvrent les mêmes clauses que celles visées par l'assignation ;
 - réserver toute condamnation relative à l'application de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens ;
- à titre infiniment subsidiaire :
 - renvoyer l'affaire à une audience ultérieure pour déposer des écritures au fond et produire les pièces et écritures qu'elles entendent verser aux débats.

LES MOYENS DES PARTIES ET LES MOTIFS DE LA DÉCISION.

Attendu les écritures des parties, développées aux audiences, et les pièces produites ;

Sur la compétence du tribunal de commerce de Paris et la loi applicable au litige.

 

La SDE BOOKING.COM BV et la SAS BOOKING.COM (FRANCE) soutiennent que :

Le ministre de l'Économie demande au tribunal de se déclarer territorialement et matériellement compétent du fait de son action de nature quasi-délictuelle, ce qui emporterait pour conséquences :

- en matière de juridiction compétente, l'application du Règlement dit "Bruxelles I" selon lequel en matière délictuelle ou quasi délictuelle la compétence est celle de la juridiction du "lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire" (article 5.4) ce que serait "le fait d'imposer des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment des hôteliers français et des clauses illicites".
- en matière de loi applicable, l'application du "Règlement Rome II" selon lequel la loi applicable est celle du Règlement dit "lieu où le dommage est subi", dommages qui seraient subis par les hôteliers français.
- en outre, dès lors que la juridiction française est compétente, les lois de police françaises, dont l'article L. 442-6 du code de commerce seraient applicables.

L'exception d'incompétence territoriale à l'égard de BOOKING.COM BV

-compétence fondée sur le lieu du fait dommageable.

-l'intégralité de son activité est exercée depuis et aux Pays-Bas et ainsi les faits visés y étant situés, seules les juridictions néerlandaises sont compétentes :

- le site Internet est exclusivement géré depuis ce pays,
 - les contrats avec les hôtels sont conclus par Booking.com BV et sont soumis à la compétence des juridictions néerlandaises,
 - Booking.com BV ne démarché pas les hôtels partenaires, l'hôtel souhaitant travailler elle se rapprochant par Internet.
- il n'est pas démontré que les pratiques en cause porteraient spécifiquement atteinte au fonctionnement du marché français :
- les dispositions contractuelles des conditions générales sont identiques quel que soit le pays dans lequel les hôteliers se trouvent ;
 - l'annulation sollicitée des clauses contractuelles insérées dans les contrats conclus avec dix établissements hôteliers français, lesquels ne sauraient représenter à eux seuls le "marché français".
- l'arrêt de la cour d'appel de Paris (20/11/2013 RG n° 12/04791) mentionne deux critères pertinents pour démontrer une atteinte à l'économie française qui ne sont ni allégué ni démontré :
- l'élimination de partenaires commerciaux.
 - la nuisance à l'investissement.

-compétence fondée sur la pluralité de défendeurs.

- le siège social de la SAS BOOKING.COM (FRANCE) se trouve à Paris.
- la faculté offerte par le Règlement "Bruxelles I" de choisir le domicile du défendeur en cas de pluralité de défendeurs est conditionnelle : selon l'article 6 §1, les demandes doivent être "liées par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps, afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément".
- selon la Cour de justice de l'Union européenne, le risque de divergence s'inscrit "dans le cadre d'une même situation de fait et de droit".
- la cour d'appel de Paris a conclu à l'incompétence du tribunal français à propos d'une action impliquant une société mère (Google Inc.) et sa filiale

française (Google France), dès lors que cette dernière "ne déploie qu'une activité de sous-traitant de la maison mère américaine en charge exclusivement d'une mission d'assistance auprès de la clientèle française" et que "n'est pas caractérisée l'existence d'un lien étroit de connexité en l'absence d'une situation de fait et de droit identique entre les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France".

-en l'espèce, les demandes à l'encontre de la SAS BOOKING COM (FRANCE) se résument à :

- l'injonction de cesser pour l'avenir certaines pratiques contractuelles,
 - la nullité de certains contrats,
 - la condamnation à une amende civile pour ces pratiques contractuelles.
- ces demandes sont exclusivement relatives aux relations contractuelles conclues entre BOOKING.COM BV et les hôtels partenaires, les activités de BOOKING.COM (FRANCE) n'étant jamais visées par l'assignation puisque celle-ci n'a qu'une activité de support et n'est pas chargée de la mise en œuvre de la politique commerciale de sa société mère.

L'exception d'incompétence matérielle à l'égard de BOOKING.COM BV.

-seule la loi néerlandaise est applicable au présent litige, compte tenu de la localisation du "fait dommageable" allégué.

-il est prétendu qu'en raison de la nature quasi-délictuelle de l'action :

-en application du Règlement "Rome II", la loi applicable serait la loi du lieu où le dommage est subi, c'est-à-dire la France.

-l'article L. 442-6 du code de commerce "d'ordre public" s'appliquerait à toute situation susceptible d'avoir une incidence sur le territoire français.

-la Commission d'examen des pratiques commerciales (la CEPC) dans son avis 13-10 du 16/09/2013 indique que "S'agissant du droit des pratiques restrictives de concurrence, la détermination de la loi applicable dépend du point de savoir si ces dispositions relèvent de l'article 6 §1 ou de l'article 6 §2 du règlement Rome II" :

-dans le premier cas, "la loi applicable est la loi du pays où les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être".

-dans le second cas, il existe une "compétence de principe au profit de la loi du lieu où le dommage survient. A cette fin, il importe de localiser le dommage directement subi et non pas ses conséquences financières, cette localisation dépendant de sa nature. L'application de la loi du lieu du dommage peut toutefois être écartée par exception si le fait dommageable présente un lien manifestement plus étroit avec un autre État, lien qui pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question".

-si la CEPC estime que l'article 6 §1 serait "très probablement" applicable, elle n'exclut pas que la règle de conflit puisse aboutir à désigner une loi étrangère, à partir du moment où l'action du ministre de l'Économie serait portée devant une juridiction française et, dans une telle hypothèse, seule la qualification de "loi de police" des dispositions des articles L. 442-6-I-2° et L. 442-6-II-d) du code de commerce pourrait permettre l'application de la loi française.

-cependant :

-seules certaines dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce ont été qualifiées, par certaines juridictions, de "dispositions d'ordre public" et/ou de "loi de police":

-cour d'appel de Paris :



- 07/03/2013 (RG n° 12/04392) concernant l'article L. 442-6-1-5° ;
-28/09/2006, concernant l'article L. 442-6-1-2-b.
-cour d'appel de Versailles, 14/10/2004 concernant l'article L. 442-6-1-2°.
-cour d'appel de Lyon, 09/09/2004 concernant l'article L. 442-6-1-2°
-cette qualification :
-n'a jusqu'à présent pas été confirmée par la Cour de cassation ;
-n'a pas été retenue s'agissant des dispositions de l'article L. 442-6-1-2° et II-d.
-en outre, les notions de "dispositions d'ordre public" et de "lois de police" au sens de l'article 9 du Règlement "Rome I" ne sont pas identiques : "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".
-au regard de cette définition étroite, il n'est pas acquis que toutes les dispositions de l'article L. 442-6 constituent des lois de police et l'assignation ne démontre pas que les dispositions de l'article L. 442-6-1 et II-d) seraient constitutives de "loi de police" applicables "à toute situation susceptible d'avoir une incidence sur le territoire français".

L'exception d'incompétence à l'égard de BOOKING.COM (FRANCE).

-BOOKING.COM (FRANCE) :

- est uniquement une société "support" : elle ne fait qu'expliquer aux hôtels le fonctionnement de la plateforme et fournir un service de support informatique une fois que ceux-ci ont conclu un contrat directement avec BOOKING.COM BV.
- n'a aucune activité de réservation hôtelière en ligne, ne détient ni ne contrôle ou gère le site Internet Booking.com, ne négocie pas et ne conclut pas d'accords commerciaux avec les hôtels, lesquels sont négociés et conclus par BOOKING.COM BV.
- réalise son chiffre d'affaires par les sommes qui lui sont versées par sa maison mère en remboursement de ses frais généraux sur une base "cost plus".
- dans l'affaire Google Inc., la cour d'appel de Paris a observé qu'"il convient d'apprécier si la partie défenderesse, qui fixe la compétence, peut être regardée comme étant une partie réelle et sérieuse, et non une personne n'ayant qu'un lien artificiel avec le litige et contre laquelle le demandeur agirait afin d'établir une compétence française à l'encontre d'un codéfendeur".
- il est soutenu que dans l'affaire Google Inc., la filiale n'avait "absolument aucun lien avec les faits de l'espèce" contrairement à BOOKING.COM (FRANCE).
- à supposer même que BOOKING.COM (FRANCE) soit un contact facilitant les échanges entre BOOKING.COM B.V et les hôteliers français, un tel rôle serait clairement insuffisant à lui conférer la qualité de "partie réelle et sérieuse".

Le ministre de l'Économie, de l'industrie et du numérique, le SYNHORCAT, la FAGIHT et la CPIH répondent que :

L'application des règles de droit international privé aboutit à retenir la compétence du juge français et de la loi française pour régir le fond du litige :

En application du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22/12/2000 "Bruxelles I" concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, le principe est que la juridiction compétente est celle de l'État membre où le défendeur a son domicile, quelle que soit sa nationalité (article 2), néanmoins, en matière délictuelle ou quasi délictuelle, le tribunal compétent est le tribunal du "lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire" (article 5.3).

La CJCE a précisé :

- que la notion de matière délictuelle ou quasi-délictuelle comprend toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle.
- que l'expression "lieu où le fait dommageable s'est produit" vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'évènement causal [et qu'] il en résulte que le défendeur peut être attiré, au choix du demandeur, devant le tribunal soit du lieu où le dommage est survenu, soit du lieu de l'évènement causal qui est à l'origine de ce dommage"
- qu'"une action préventive, introduite par une association de protection des consommateurs en vue de faire interdire l'utilisation par un commerçant de clauses jugées abusives dans des contrats avec des particuliers, est de nature délictuelle ou quasi-délictuelle au sens de l'article 5.3 de ladite convention".

La Cour de cassation a considéré que l'action du ministre de l'Économie sur le fondement de l'article L. 442-6 III du code de commerce revêtait "la nature d'une action en responsabilité quasi-délictuelle", y compris lorsque la pratique poursuivie est "constatée à l'occasion de relations commerciales fondées sur un contrat" :

"Attendu qu'après avoir relevé que si les pratiques restrictives de concurrence sont généralement constatées à l'occasion de relations commerciales fondées sur un contrat, c'est, au travers de l'exécution du contrat, le comportement d'un opérateur économique ayant une pratique injustifiée au regard du jeu normal de la concurrence qui est sanctionné par l'action ouverte par l'article L. 442-6 du code de commerce, l'arrêt retient que l'action autonome du Ministre aux fins de cessation de ces pratiques et aux fins d'annulation des contrats qui en sont le support revêt la nature d'une action en responsabilité quasi délictuelle; que la cour d'appel en a exactement déduit qu'il peut former sa demande, à son choix, devant la juridiction du domicile du défendeur, celle du lieu du fait dommageable ou celle du lieu dans le ressort de laquelle le dommage a été subi."

En l'espèce, le fait dommageable :

-est subi par tous les hôteliers français partenaires de BOOKING.COM, qui se voient imposer des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au sens de l'article L. 442-6 du code de commerce, et des clauses illicites sur le fondement de l'article L. 442-6 II d qui les privent de latitude dans leur politique tarifaire et commerciale :

"la clause de parité tarifaire empêche (...) l'hôtelier d'accorder en direct à ses clients un prix plus avantageux sans être obligé immédiatement d'offrir ce même prix à BOOKING.COM, et de supporter, de ce fait, des commissions de 17 % à 25 % et plus. L'hôtelier perd donc toute maîtrise tarifaire et se voit interdire de faire des promotions spécifiques à certains clients. De plus, puisqu'il est obligé d'accorder les mêmes prix à tous ces canaux de distribution, il ne peut pas faire jouer la concurrence entre les agences de

12

réserve en ligne. La clause de parité des conditions interdit, de même, à l'hôtelier d'accorder à certains de ces clients des avantages spécifiques, comme un petit-déjeuner offert ou un surclassement, car, par son contrat, il doit accorder ces mêmes avantages à l'ensemble de ses canaux de distribution. Il perd ainsi doublement la maîtrise de la commercialisation de son hôtel. Il doit donc supporter, pour l'ensemble de son hôtel, des commissions extrêmement lourdes, et en lisser le coût sur l'ensemble des canaux de vente (vente en direct par téléphone, sur son site Internet, sur ceux d'agences en ligne pratiquant des commissions inférieures etc.), ce qui a un effet inflationniste sur le montant des commissions".

-résulte également du trouble causé à l'ordre public économique français "dès lors que les pratiques sont contraires à l'ordre public en raison du préjudice qu'elles portent nécessairement à l'économie par l'élimination de partenaires commerciaux et par la nuisance à l'investissement".

Il ne fait aucun doute que les articles L. 442-6 II d) et L. 442-6 I 2° du code de commerce constituent des lois de police et a nature quasi-délictuelle de l'action engagée par le ministre, corrélée à la localisation du dommage en France permettent de désigner le juge français.

En tout état de cause, le Règlement "Bruxelles I" (article 6) prévoit qu'en cas de pluralité de défendeurs, ceux-ci peuvent être attirés "devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément"

En l'espèce, l'une des défenderesses, BOOKING.COM (FRANCE) :

-a son établissement principal à Paris, dispose d'établissements secondaires en province pour être au plus près des hôteliers partenaires (notamment pour veiller à la bonne mise en œuvre de la parité tarifaire ainsi que cela ressort de l'annexe 9 : "En cas de manquement à cette obligation de parité tarifaire, nous contactons l'hôtel par le biais de nos filiales par pays ou depuis le siège social situé à Amsterdam".

-joue un rôle de facilitateur dans les relations entre les hôteliers français et BOOKING.COM BV, son activité consistant en la "promotion du système de réservations en ligne "Booking.com" auprès des hôteliers et fournisseurs d'hébergement à court terme en France, et toutes autres activités de services d'assistance en France (...)".

-lorsque l'utilisateur ou l'hôtelier tape les mots "booking.com" dans son navigateur, il est automatiquement redirigé vers un site en français.

-n'est pas attirée par le ministre pour de simples raisons de compétence territoriale.

-est attirée sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce.

Néanmoins, s'il n'était pas retenu l'application de l'article 5.3, l'article 6 §1 permet de retenir la compétence du juge français, et plus particulièrement du juge parisien en application de l'article 426 du code de procédure civile : la jurisprudence "Google" de 2004 citée par BOOKING.COM B.V et BOOKING.COM (FRANCE) n'est pas transposable, s'agissant d'un site Internet étranger, rédigé en langue étrangère et non accessible par une extension ".fr", dont la filiale française n'avait aucun lien avec les faits de l'espèce.

D A

En l'espèce, le dommage consécutif à la stipulation de clauses illicites au détriment des hôteliers français est subi en France, tant par les hôteliers eux-mêmes que du fait du trouble occasionné à l'ordre public interne :

-le site Internet BOOKING.COM est, pour les utilisateurs situés en France, entièrement rédigé en français, renvoyant à un numéro de téléphone français "Appelez-nous à tout moment. France Numéro local : 01 57 32 92 09 International (français) : +33 157 32 92 09.

Les numéros de téléphone sont locaux et des tarifs nationaux sont pratiqués, sauf pour les numéros internationaux."

-si les contrats avec les hôtels français sont conclus par BOOKING.COM BV et sont soumis à la compétence des juridictions néerlandaises, cette clause attributive de juridiction n'est évidemment pas opposable au ministre, tiers au contrat.

-les défenderesses utilisent bien des moyens visant à démarcher les hôtels partenaires comme le révèle une émission diffusée sur France 2, le 01/08/2013.

Enfin, le "lieu où le fait dommageable s'est produit" (et se produit toujours, les clauses étant toujours en vigueur) est le territoire français, dès lors que ce dommage résulte également du trouble porté "à l'ordre juridique" et à l'ordre public économique français, dont le Ministre chargé de l'économie est le gardien.

La loi française, en particulier l'article L. 442-6 du code de commerce régit le présent litige en application du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement et du Conseil du 17/07/2007, dit "Rome II" :

-l'article 4.1, applicable aux obligations non contractuelles relevant de la matière civile et commerciale, désigne pour régir le fond du litige "celle du pays où le dommage survient", et ce, "quel que soit le pays ou le fait générateur se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent".

-l'article 6.1, applicable compte tenu de l'impact des clauses illicites sur les hôteliers signataires français et sur l'ordre public interne, prévoit également qu'en matière de concurrence déloyale ou d'actes restreignant la libre concurrence, la loi applicable est celle "du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence (...) sont affectées ou susceptibles de l'être".

-l'article 16, l'article L. 442-6 devant être considéré comme une loi de police qui relève incontestablement de l'ordre public économique, si bien que le législateur a estimé nécessaire de doter le ministre d'une action permettant de faire appliquer cet article, action consacrée tant par la Cour de cassation que par le Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel (QPC n° 2011-126 du 13/05/2011) a, d'ailleurs, considéré, à propos de l'article L. 442-6 du code de commerce, sans distinction entre ses alinéas, que :

"le législateur a attribué à l'autorité publique un pouvoir d'agir pour faire cesser des pratiques restrictives de concurrence mentionnées au même article, constater la nullité de clauses ou contrats illicites, ordonner le remboursement des paiements indus faits en application des clauses annulées, réparer les dommages qui en ont résulté et prononcer une amende civile contre l'auteur desdites pratiques ; qu'ainsi, il a entendu réprimer ces pratiques, rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux et prévenir la réitération de ces pratiques ; qu'eu égard aux objectifs de préservation de l'ordre public économique qu'il s'est assignés, le législateur a opéré une conciliation entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations

14

commerciales "que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par les dispositions contestées n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi" (§5) ;
"qu'il est loisible au législateur de reconnaître à une autorité publique le pouvoir d'introduire, pour la défense d'un intérêt général, une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public" (§9)

La Cour européenne des droits de l'Homme (n° 51255/08, 17/01/2012) a observé "que, dans les circonstances visées par l'article L. 442-6 du code de commerce, le ministre agit avant tout en défense de l'ordre public économique qui n'est pas limité aux intérêts immédiats des fournisseurs".

Le juge judiciaire a évoqué le caractère de loi de police de l'article L. 442-6 :

-la cour d'appel de Paris a pu considérer qu'il s'agissait "des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique et comme telles constitutives d'une loi de police" (28/09/2006, 04/04462)

-le TGI de Paris, sur le déséquilibre significatif ici invoqué, a pu retenir que "Bien que le contrat soit soumis à la loi néerlandaise, les dispositions de l'article L 442-6-1 2° c. com. Sont néanmoins des dispositions impératives constitutives de loi de police, "en ce qu'elles visent à faire respecter un ordre public économique". (07/06/2012, RG 10/10240)

-l'article L. 442-6 II d n'a jamais reçu d'application et n'a pas de jurisprudence spécifique, toutefois, cette disposition est intégrée dans un article dont plusieurs autres dispositions sont consacrées comme lois de police (dont le 2° et le 5° relatif à la rupture brutale de relations commerciales établies) et cet article doit être lu comme un ensemble visant à protéger un ordre public économique en réprimant des clauses ou pratiques abusives.

À la demande de "plusieurs organisations représentatives des professionnels de l'hôtellerie", la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) a examiné les relations commerciales des hôteliers avec les entreprises exploitant les principaux sites de réservation hôtelière et le point 1.2 de son avis n° 13-10 est conforme à l'analyse développée et aboutit à la même conclusion : le litige doit être porté devant un tribunal français, et doit être régi par la loi française:

"Dans l'hypothèse où l'action intentée à l'encontre de l'un des contractants serait introduite par le ministre de l'économie, ce dernier ne serait évidemment pas lié par la clause attributive de juridiction stipulée dans le contrat auquel il est tiers. Aussi la détermination de la juridiction compétente doit-elle être effectuée à partir des dispositions générales et des compétences spéciales prévues par le règlement "Bruxelles I".

Le principe édicté par l'article 2 est celui de la compétence des juridictions de l'État membre dans lequel le défendeur est domicilié [siège statutaire], à la condition que ce dernier soit impliqué dans la situation litigieuse.

L'article 5 §3 du règlement prévoit, au titre des compétences spéciales, un for additionnel en matière délictuelle ou quasi délictuelle au profit du "tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire". [...]

A partir du moment où la pratique litigieuse porte atteinte au fonctionnement du marché français, le dommage peut être localisé en France et permettre la saisine d'une juridiction française. Le raisonnement, récemment tenu par la Cour de cassation (civ. 1^{ère}, 01/02/2012) vaut aussi dans le cas du droit des pratiques restrictives de concurrence, à tout le moins lorsque l'action est introduite par le

8

A

ministre de l'économie en charge de la protection du fonctionnement du marché et de la concurrence.

La clause de choix de loi prévue au contrat ne sera pas davantage applicable à un contentieux initié par le ministre tiers au contrat litigieux à l'encontre de l'un des contractants.

L'action introduite par le ministre de l'économie à l'encontre d'une partie au contrat relève de la matière extracontractuelle au sens des règlements européens, de sorte qu'il convient de préciser la loi applicable en pareil cas en se référant au Règlement "Rome II". S'agissant du droit des pratiques restrictives de concurrence, il convient très probablement d'appliquer, conformément à l'article 6 §1, la loi française, "pays où les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être".

[...]

Quand bien même la règle de conflit aboutirait à désigner une loi étrangère, à partir du moment où l'action du ministre de l'économie serait portée devant une juridiction française, le règlement "Rome II" préserve l'application des lois de police du for [...]. Son article 16 dispose en effet que "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". Dès lors, sur le fondement de ce texte, la juridiction française saisie par le ministre de l'économie pourrait assurer le respect du droit français des pratiques restrictives de concurrence en tant que lois de police applicables à la situation litigieuse.

Il apparaît que la combinaison d'une clause de désignation d'une loi étrangère et d'une clause donnant compétence à une juridiction étrangère peut permettre, le cas échéant et sous certaines conditions, d'évincer l'application du droit des pratiques restrictives de concurrence dans le cas où ces dispositions sont invoquées par un contractant. En revanche, les stipulations contractuelles relatives au choix de loi et à la désignation de juridiction sont privées d'efficacité dans le cas où l'action est intentée par le ministre de l'économie, ainsi que l'article L. 442-6-III du code de commerce lui en reconnaît la possibilité pour l'ensemble des règles du droit des pratiques restrictives énoncées dans cet article. Son action pourra être exercée devant une juridiction française et le droit français de la concurrence sera applicable, soit en tant que loi désignée par la règle de conflit, soit en tant que loi de police."

SUR QUOI,

Attendu qu'il est constant que la SDE BOOKING.COM BV :

- est une société de droit néerlandais domiciliée aux Pays-Bas ;
- est liée avec des hôteliers français (dits Partenaires) par des contrats (dénommés "Accord d'Hébergement") :
 - dont les conditions particulières sont rédigées en français et les conditions générales sont rédigées en anglais prévalant sur une traduction en français ;
 - stipulant en leurs articles 10.5 "Sauf mention contraire dans le présent accord, l'accord doit être exclusivement soumis au droit hollandais et interprété conformément à celui-ci. [...] tout litige [...] doit être exclusivement soumis à et géré par la juridiction compétente à Amsterdam, les Pays bas" ;
- offre ses services sur l'Internet tant à ses clients qu'à ses Partenaires, entre autres, en langue française ;

16

Attendu que les "Accords d'Hébergement" objet de la présente instance concernent des prestations hôtelières rendues en France par les Partenaires aux clients nationaux et internationaux ;

Attendu que la SAS BOOKING.COM (FRANCE) :

- est une société française ayant son siège social à Paris ;
- conclut "n' [avoir]" qu'une activité de support et n'[être] pas chargée de la mise en œuvre de la politique commerciale de sa société mère.

Attendu cependant que :

-selon déclaration de son président en date du 24/03/2013, sur procès-verbal de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Ile de France, concernant la répartition des rôles entre BOOKING.COM BV et BOOKING.COM (FRANCE), il est indiqué que :

"BOOKING SAS est la structure support pour BOOKING BV en France, comprenant un support pour les clients basé à Lille et un support pour les partenaires à Rennes, Lyon, Nice, Bordeaux et Paris".

Les hôtels se rendent spontanément sur le site de Booking.com : les commerciaux de BOOKING SAS se rendent sur place, notamment lors de la création d'un nouvel hôtel, pour leur expliquer le fonctionnement du système et de la plate forme, de façon à ce qu'ils apprennent à mieux l'exploiter et mieux connaître le marché. Les commerciaux sont 195 pour 29 500 hôtels partenaires en France."

-un document non daté et rédigé en anglais intitulé "INFORMATION MEMORANDUM BOOKING.COM B.V AND ITS SUPPORT COMPANIES" présente ces dernières comme:

- LOCAL SUPPORT COMPANY : auprès des hôteliers Partenaires "Contact/solicit potential hotel partner, Account manager, Training" ;
- CUSTOMER SUPPORT SERVICES : e.g. handle overbooking or customers complaint regarding accommodation ;

Attendu qu'ainsi, ni BOOKING.COM BV ni BOOKING.COM (FRANCE) ne sauraient soutenir être étrangères à la commission des prétendus faits préjudiciables au fonctionnement du marché visés qui sont ou seraient produits et supportés en France ;

Attendu que le ministre de l'Économie, de l'Industrie et du numérique :

- n'est pas partie aux conventions "Accord d'Hébergement" visées et n'est pas lié par la clause attributive de juridiction stipulée dans celles-ci ;
- attire BOOKING.COM BV et BOOKING.COM (FRANCE) devant ce tribunal au visa de l'article L. 442-6 du code de commerce par une action de police et de gardien de l'ordre public économique autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence ;
- ne demande que la cessation de pratiques contraires à l'ordre public économique assimilées à des délits civils commis sur le territoire national et l'imposition à une amende civile et que dès lors il ne saurait être contesté que la présente action se rattache exclusivement à l'action répressive du ministre visant à rétablir l'ordre économique en France ;

Attendu que le Règlement (CE) n° 44/2001 (et le Règlement (CE) n° 1215/2012 qui le prolonge en 2015) dit "Bruxelles I", en son chapitre II Compétence Section 2 "Compétences spéciales" dispose qu'"une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être

L'article 16, alinéa 1^{er} du Règlement CE n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (désormais articles 101 et 102 du TFUE) dispose ainsi : "Lorsque les juridictions nationales statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission. Elles doivent également éviter de prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée dans une procédure intentée par la Commission. À cette fin, la juridiction nationale peut évaluer s'il est nécessaire de suspendre sa procédure (...)".

La Cour de justice de l'Union européenne :

- considère, pour sa part, que toutes décisions des juridictions nationales allant à l'encontre de celles prises ou envisagées par la Commission "seraient contraires au principe général de sécurité juridique et doivent, dès lors, être évitées lorsque les juridictions nationales se prononcent sur des accords ou pratiques qui peuvent encore faire l'objet d'une décision de la Commission".
- a jugé que lorsque la solution du litige pendant devant la juridiction nationale dépend d'une décision de la Commission faisant l'objet d'un recours, "il résulte de l'obligation de coopération loyale que la juridiction nationale devrait afin d'éviter de prendre une décision allant à l'encontre de celle de la Commission surseoir à statuer jusqu'à ce qu'une décision définitive sur le recours en annulation soit rendue par les juridictions communautaires".

Les "événements" justifiant le sursis à statuer sont au nombre de deux et sont alternatifs.

- l'évènement principal est la décision que l'Autorité doit rendre, laquelle portera nécessairement sur les dispositions contractuelles de Booking.com.
 - une telle décision a un contenu parfaitement délimité et devrait intervenir dans un avenir proche :
 - une procédure formelle d'engagements a été ouverte par l'Autorité à la suite de la proposition déposée par Booking.com en décembre dernier.
 - un test de marché, clôturé le 31 janvier dernier, a été réalisé par l'Autorité et la prochaine étape de cette procédure, suivie rapidement d'une décision, devrait se tenir dans les prochaines semaines pour apprécier les engagements proposés par Booking.com.
 - la seule hypothèse dans laquelle l'Autorité pourrait ne pas rendre une décision serait celle où la Commission européenne déciderait de se saisir de l'affaire, afin d'adopter une position au niveau européen vis-à-vis des clauses contractuelles de Booking.com.
- en dehors de l'Autorité, huit autres autorités nationales de concurrence ont ouvert une enquête à l'encontre des clauses contractuelles de Booking.com et si le rôle de la Commission est à ce stade circonscrit à un rôle de coordination des différentes procédures on ne peut exclure qu'elle se saisisse in fine de cette affaire, afin d'éviter toute contradiction entre les différentes autorités ; une telle saisine est d'autant moins "hypothétique" qu'il existe des divergences de vue entre les autorités de concurrence saisies et qu'une juridiction a également rendu un premier jugement dans le cadre d'une affaire impliquant des clauses de parité (cour d'appel régionale de Düsseldorf, 09/01/2015)."

Il existe par conséquent un risque de contradiction au niveau européen sur l'appréciation portée sur lesdites clauses par les institutions d'autorités administratives ou de juridictions.

Sur l'interaction entre les deux procédures

-Il est prétendu que la décision de l'Autorité serait en tout état de cause "indifférente à la présente procédure" exclusivement fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce et que "l'analyse de l'Autorité porterait sur une question différente", d'une part, parce que pratiques restrictives et pratiques anticoncurrentielles n'auraient pas le même objectif et ne fonctionneraient pas selon le même mécanisme et, d'autre part, parce que les deux actions en cause ne reposeraient pas sur une identité de cause ou de fondement juridique.

-en premier lieu, le sursis à statuer pour des raisons de bonne administration de la justice ne saurait reposer sur une identité de fondement juridique.

-en second lieu, l'assignation vise à remettre en cause sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce les mêmes stipulations contractuelles des conditions générales de prestation de Booking.com que celles visées par les plaintes dont l'Autorité est saisie sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce et 101-1 et 102 du TFUE : il s'agit de déterminer si les clauses contractuelles de Booking.com portent atteinte ou non à l'ordre public économique dont le ministre et l'Autorité sont gardiens.

L'Autorité se prétend gardienne de la concurrence et être "spécialisée dans l'analyse et la régulation du fonctionnement de la concurrence sur les marchés, pour la sauvegarde de l'ordre public économique" alors que Cour de cassation (Com. 08/07/2008, 07-16761), rappelle que "l'action du ministre est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs".

Ainsi, il existe un risque de contradiction évident entre la décision à intervenir de l'Autorité, voire de la Commission européenne si celle-ci se saisit de l'affaire, au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles, et les faits dont le tribunal doit connaître, lesquels portent également et exclusivement sur la validité desdites clauses, au regard du droit des pratiques restrictives.

On imagine mal que :

-des clauses contractuelles déclarées conformes au droit des pratiques anticoncurrentielles par l'Autorité, c'est-à-dire non susceptibles de porter atteinte à l'ordre public économique, puissent être qualifiées de restrictives de concurrence à la suite d'une action visant précisément à protéger ce même ordre public.

-ou, à l'inverse, que des clauses contractuelles déclarées nulles de plein droit au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles puissent continuer à être mises en application au titre du droit des pratiques restrictives.

Le fait que l'Autorité ait accepté d'entrer en procédure d'engagements témoigne que les clauses contractuelles soumises à examen ne sont pas anticoncurrentielles per se.

Le communiqué de l'Autorité sur la procédure d'engagements précise que "L'Autorité n'applique pas la procédure d'engagements dans les cas où, en tout état de cause, l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires, ce qui exclut notamment a priori les ententes particulièrement graves comme les cartels et

certaines abus de position dominante ayant déjà causé un dommage à l'économie important" (paragraphe 11, soulignement ajouté).

Inversement, l'Autorité peut parfaitement poursuivre et condamner des infractions *per se* au droit des pratiques anticoncurrentielles, comme indiqué dans le Rapport annuel 2003 du Conseil de la concurrence (page 58) : "la jurisprudence considère que certaines pratiques ont, par nature, un objet anticoncurrentiel ; il s'agit d'infractions dites *per se*, "patentes". Pour ces pratiques, la simple preuve de la commission des faits suffit, sans qu'il soit besoin de pousser plus loin l'analyse".

Le ministre de l'Économie, de l'industrie et du numérique répond que :

Les défenderesses sollicitent du Tribunal un sursis à statuer sur le fondement de l'article 378 du CPC, dans l'attente de divers événements, qui demeurent toutefois non circonscrits ni dans le temps, ni dans leur champ matériel et qui, en tout état de cause, sont indifférents à la présente procédure.

La présente procédure :

-est initiée exclusivement sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce, qui réprime les abus entre deux professionnels, au nom de la loyauté et de l'équilibre des relations commerciales, sans égard pour les atteintes au marché :

-l'article L. 442-6 relève d'un objectif de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence :

-sans relever du droit des pratiques anticoncurrentielles, dans la mesure où le droit des pratiques restrictives de concurrence sanctionne des pratiques *per se*, sans qu'il ne soit besoin de démontrer une atteinte au marché.

-et il n'existe à ce jour aucune harmonisation du droit des pratiques restrictives de concurrence à l'échelle européenne.

-une jurisprudence de la Cour de cassation établit que :

"Vu l'article L. 442-6 III du code de commerce ensemble l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que l'action du ministre chargé de l'économie, exercée en application des dispositions du premier de ces textes, qui tend à la cessation des pratiques qui y sont mentionnées, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs"

-ne comporte aucune demande sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles:

-régies par les articles L420-1 à L420-7 du code de commerce et des textes européens (et notamment les articles 101 et 102 du TFUE).

-qui relèvent des attributions dévolues à l'Autorité de la Concurrence (article L. 461-1 du code de commerce).

Les contours de la saisine de l'Autorité de la concurrence demeurent flous et rien n'indique qu'il s'agisse des mêmes clauses contractuelles, mis à part, semble-t-il, en ce qui concerne la clause dite "de parité tarifaire".

On ne sait ce qui va ressortir de la saisine, ni surtout, à quel moment une "décision" pourrait être rendue, ni même si une décision sera rendue dans la mesure où l'Autorité de la concurrence dispose de plusieurs voies de réponses à une saisine.

L'évènement justifiant le sursis à statuer doit avoir une conséquence sur l'affaire en cours et les défenderesses sont bien en peine d'indiquer la teneur et l'étendue de cette conséquence, étant entendu qu'il n'y a pas d'identité des causes (l'Autorité de la concurrence n'étant pas, au demeurant, une juridiction) ni des fondements juridiques.

Le ministre a saisi l'Autorité de la concurrence, mais seulement pour avis sur du droit prospectif conformément à un engagement pris lors des Assises du tourisme : "L'Autorité de la concurrence expertisera la demande des acteurs hôteliers, visant à imposer aux centrales de recourir exclusivement à un contrat de mandat, ce qui leur interdirait d'agir sur les prix de vente au public et contribuerait à la transparence en matière tarifaire".

L'argument selon lequel il serait de bonne administration de la justice d'attendre l'avis rendu par l'Autorité de la concurrence pour juger le présent litige est inopérant, dans la mesure où (à supposer qu'elle se prononce sur les pratiques visées en l'espèce) une pratique peut ne pas être anticoncurrentielle, mais constituer une pratique restrictive de concurrence commise à l'encontre de chacun des hôteliers partenaires et occasionnant un trouble à l'ordre public économique auquel il convient de mettre un terme.

C'est en ce sens que le ministre formule une demande de nullité des clauses litigieuses dans les contrats conclus avec les hôteliers cités aux présentes, et la cessation des pratiques pour l'avenir, ainsi qu'une amende civile.

Ainsi, la décision de l'Autorité de la concurrence, de quelque forme qu'elle soit, ne saurait avoir de conséquence sur le présent contentieux, ni ne saurait entrer en contradiction avec la décision du tribunal, quelle qu'elle soit.

Le SYNHORCAT, la FAGIHT et la CPIH expliquent que :

Les défenderesses ont formé une demande de sursis à statuer "dans l'attente de la procédure instruite par l'Autorité de la concurrence à l'encontre de Booking.com et de la décision à intervenir prochainement"

Elles s'appuient, pour ce faire, en particulier sur des dispositions et jurisprudences européennes relatives au sursis à statuer qu'une juridiction doit envisager lorsqu'elle est saisie de pratiques anticoncurrentielles relevant de l'article 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et que la Commission européenne est également saisie des mêmes pratiques anticoncurrentielles.

Elles indiquent qu'"il résulte ainsi de la jurisprudence qu'un sursis à statuer doit être ordonné pour une bonne administration de la justice dès lors que, parallèlement à une procédure donnée, est pendante une seconde procédure (que celle-ci soit judiciaire ou non) dont l'issue est de nature à influencer sur la solution du litige dans le cadre de la première procédure".

Mais l'énoncé de cette jurisprudence suffit à convaincre qu'en l'espèce, un sursis ne peut pas être accordé dès lors que :

- la décision attendue de l'Autorité de la concurrence n'aura aucune conséquence sur l'affaire en cours ;
- il n'existe aucun risque de contradiction entre le jugement que le tribunal rendra et la décision à venir de l'Autorité de la concurrence ;
- le tribunal n'est pas saisi de pratiques anticoncurrentielles relevant des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et des

articles L.420-1 et L.420-2 (Titre II) du code de commerce comme l'est l'Autorité de la concurrence, mais de pratiques restrictives de concurrence relevant du Titre IV du code de commerce.

Le droit des pratiques anticoncurrentielles vise à préserver le fonctionnement du marché, les pratiques anticoncurrentielles n'étant prohibées que si une atteinte sensible au jeu de la concurrence est caractérisée sur un marché préalablement défini, alors que les pratiques restrictives appréhendent de simples rapports bilatéraux ou contractuels et restent condamnables, per se, indépendamment de leur incidence sur le marché.

La future décision de l'Autorité de la concurrence ne concernera aucune des motivations de la décision du tribunal :

- la délimitation des marchés pertinents en cause ? Le tribunal ne délimitera aucun marché pertinent...
- la détermination d'une position dominante des défenderesses ? Le tribunal ne déterminera aucune position dominante...
- l'atténuation de la concurrence entre les défenderesses et les autres agences de réservation en ligne du fait des clauses litigieuses ? Ce n'est pas la question dont le tribunal est saisi et qu'il n'abordera donc pas...
- le risque d'éviction des agences de réservation en ligne concurrentes des défenderesses du fait des clauses litigieuses" ? Là non plus, le tribunal n'est pas saisi de ce sujet...
- l'effet anticoncurrentiel cumulatif de ces clauses ? Ici encore, le tribunal ne doit pas répondre à cette question...
- des engagements des défenderesses destinés à remédier aux préoccupations de concurrence soulevées par les services d'instruction ? Ceux-ci ne viseront qu'à remédier aux préoccupations liées aux seuls effets anticoncurrentiels de ces clauses (sans que l'Autorité ne qualifie d'ailleurs, dans une telle procédure, les pratiques en question) ; Ils n'éclaireront donc aucunement le tribunal sur les questions dont il est saisi ...

A l'inverse, le tribunal est saisi :

- du fait que les défenderesses imposent aux hôteliers de leur accorder des conditions de vente de ses nuitées les plus favorables que celles accordées ailleurs qui constitue une violation de l'article L. 442-6 II d) du code de commerce, que l'Autorité de la concurrence ne traitera pas puisque hors de sa compétence alors que celui-ci figure, très clairement, dans l'avis cité de la CEPC.
- des clauses de parité des tarifs et des conditions, de parité des disponibilités qui créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties que l'Autorité de la concurrence ne traitera pas puisque hors de sa compétence alors que cette situation est traitée de manière parfaitement claire dans l'avis cité de la CEPC.
- des clauses organisant la mainmise des défenderesses sur les clients de l'hôtel ou encore celles imposant à l'hôtelier de céder à titre gratuit et de manière extrêmement large ses droits de propriété intellectuelle, celles organisant une asymétrie dans la mise en jeu de la responsabilité contractuelle des défenderesses et de l'hôtelier, ou encore celles permettant aux défenderesses de déterminer, de manière discrétionnaire, les classements ("Ranking") des hôtels en fonction de critères tels que le montant des commissions et le respect des délais de paiement, qui ne sont pas examinées par l'Autorité de la concurrence mais le sont par l'avis de la CEPC.

Les décisions demandées par le ministre de l'Économie ne sont pas de la même nature que celles que l'Autorité de la concurrence pourra décider :

- la condamnation des défenderesses alors que si des engagements sont pris devant l'Autorité de la concurrence, BOOKING.COM ne sera pas condamnée et l'Autorité ne qualifiera même pas les pratiques en cause ;
- la nullité des clauses alors que la décision de l'Autorité de la concurrence ne pourra porter que sur l'avenir ;
- le prononcé d'une amende civile ;
- la publication du dispositif du jugement dans la presse et sur les pages d'accueil des sites Internet et extranet de booking.com.

SUR QUOI,

Attendu que l'article 378 du code de procédure civile stipule que, "lorsque le résultat de la procédure en cours ou à venir aura une conséquence sur l'affaire en cours, il convient d'ordonner un sursis à statuer pour une bonne administration de la justice"

Attendu qu'il est constant que, visés par BOOKING.COM BV et BOOKING.COM (FRANCE) :

- l'Autorité de la concurrence a été saisie en juillet et octobre 2013 par, en particulier, le SYNHORCAT, la FAGIHT et la CPIH, de pratiques mises en œuvre par BOOKING.COM qui conviendraient aux règles de concurrence prévues aux articles L 420-1 et L 420-2 du code de commerce et 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne ;
- des procédures comparables sont conduites par les Autorités de divers pays de l'Union européenne en concertation avec l'Autorité française et la Commission européenne ;
- dans le cadre de celles-ci, BOOKING.COM a proposé de modifier ses pratiques afin de mettre un terme aux préoccupations de concurrence qu'elles suscitent ;
- l'Autorité de la concurrence française indique une bonne probabilité de la survenance d'une évolution rapide de ces pratiques "au regard des règles européennes de concurrence, de manière à préserver le libre jeu de la concurrence dans ce secteur ;

Attendu cependant que ni BOOKING COM BV, ni BOOKING.COM (FRANCE) ne produisent de moyens ou arguments probants que les décisions attendues de diverses Autorités de la concurrence nationales européennes, dont l'Autorité française, voire de la Commission européenne, dans les procédures invoquées sont susceptibles d'influencer la présente affaire dont les moyens et fins ne sont pas de même nature et sont radicalement différents ;

le tribunal

- déboulera la SDE BOOKING.COM BV et la SAS BOOKING.COM (FRANCE) de leur demande de sursis à statuer pour une bonne administration de la justice ;
- enjoindra à la SDE BOOKING.COM BV et à la SAS BOOKING.COM (FRANCE) de notifier leurs conclusions au fond au ministre de l'Économie, de l'industrie et du numérique, au SYNDICAT NATIONAL DES HÔTELIERS RESTAURATEURS CAFETIERS TRAITEURS (SYNHORCAT), à la FÉDÉRATION AUTONOME GÉNÉRALE DE L'INDUSTRIE HÔTELIÈRE TOURISTIQUE (FAGIHT) et à la CONFÉDÉRATION DES PROFESSIONNELS INDÉPENDANTS DE L'HÔTELLERIE (CPIH) dans les 45 jours de la signification du présent jugement ;
- renverra l'affaire à l'audience du 1^{er} Juin 2015 pour conclusions et solutions ;
- condamnera solidairement la SDE BOOKING.COM BV et la SAS BOOKING COM FRANCE aux dépens de l'incident.

PAR CES MOTIFS,

le tribunal, statuant par un jugement mixte contradictoire en premier ressort prononcé par mise à disposition au greffe du tribunal, les parties en ayant été préalablement avisées selon les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 450 du code de procédure civile :

- déboute la SDE BOOKING.COM BV et la SAS BOOKING.COM (FRANCE) de leur exception d'incompétence,
- se déclarer territorialement compétent,
- dit que le litige est soumis à la loi française,
- déboute la SDE BOOKING.COM BV et la SAS BOOKING.COM (FRANCE) de leur demande de sursis à statuer pour une bonne administration de la justice,
- enjoint à la SDE BOOKING.COM BV et à la SAS BOOKING.COM (FRANCE) de notifier leurs conclusions au fond au ministre de l'Économie, de l'Industrie et du numérique, au SYNDICAT NATIONAL DES HÔTELIERS RESTAURATEURS CAFETIERS TRAITEURS (SYNHORCAT), à la FÉDÉRATION AUTONOME GÉNÉRALE DE L'INDUSTRIE HÔTELIÈRE TOURISTIQUE (FAGIHT) et à la CONFÉDÉRATION DES PROFESSIONNELS INDÉPENDANTS DE L'HÔTELLERIE (CPIH) dans les 45 jours de la signification du présent jugement,
- renvoie l'affaire à l'audience du 1^{er} Juin 2015 pour conclusions et solutions,
- condamne solidairement la SDE BOOKING.COM BV et la SAS BOOKING.COM (FRANCE) aux dépens de l'incident.

En application des dispositions de l'article 871 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 2 mars 2015, en audience publique, devant M. Claude Arnoux, juge chargé d'instruire l'affaire, les représentants des parties ne s'y étant pas opposés.

Ce juge a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré du tribunal, composé de : M. Claude Arnoux, Mme Béatrix Péret, Mme Catherine Poncelet.

Délibéré le 9 mars 2015 par les mêmes juges.

Dit que le présent jugement est prononcé par sa mise à disposition au greffe de ce tribunal, les parties en ayant été préalablement avisées lors des débats dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

La minute du jugement est signée par M. Claude Arnoux, président du délibéré et par Mme Marie-Claude Pernin, greffier.

