

LES RÉCENTES ÉVOLUTIONS RÉGLEMENTAIRES ET JURISPRUDENTIELLES CONCERNANT LA CLAUSE DU CLIENT LE PLUS FAVORISÉ OU CLAUSE DE PARITÉ¹

par Malka Marcinkowski
Avocate - consultante, UGGC Avocats

Ces derniers mois ont été riches d'enseignement s'agissant de l'appréciation des clauses du client le plus favorisé. Plus particulièrement, les clauses de parité – « qui ne sont ni plus ni moins que des clauses du client le plus favorisé »² – contenues dans les contrats conclus entre les hôteliers et les plates-formes de réservation en ligne ont été l'objet de toute l'attention tant des juridictions civiles que de l'Autorité de la concurrence et du législateur.

La réforme récente du droit des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016³ a, à cet égard, créé certaines dispositions susceptibles de s'appliquer lors de l'appréciation des clauses du client le plus favorisé. Il résulte des évolutions récentes, tant réglementaires que jurisprudentielles, que la clause du client le plus favorisé peut être examinée au regard des conditions posées par la loi, mais également au regard de ses effets sur le marché.

■ L'examen de la clause du client le plus favorisé au regard des conditions posées par la loi

La clause du client le plus favorisé peut être nulle tant sur le fondement du droit des pratiques restrictives que sur le fondement du droit des contrats et des obligations ou encore de la récente loi n° 2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015, dite « loi Macron ».

Le droit des pratiques restrictives

Deux dispositions du droit des pratiques restrictives permettent de remettre en cause la validité d'une clause du client le plus favorisé : l'article L. 442-6, II, d) relatif à la nullité de la clause d'alignement automatique et l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce relatif au déséquilibre significatif. Suite à un avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales rendu fin 2013⁴, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a notamment assigné la société Expedia devant le tribunal de commerce de Paris en raison des restrictions imposées à certains hôtels en France⁵. Deux clauses ont été examinées : la clause de parité des conditions commerciales (notamment tarifaire)⁶ et la clause de parité des disponibilités des chambres⁷.

L'article L. 442-6, II, d) du code de commerce. L'article L. 442-6, II, d) du code de commerce prévoit la nullité de la clause permettant de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties par le cocontractant aux entreprises concurrentes. Selon la Commission d'examen des pratiques commerciales⁸, la parité visée par cette disposition peut être indistinctement tarifaire ou non, de sorte que toutes les clauses de parité, qu'elles portent sur

les tarifs, sur les disponibilités (des chambres) ou sur d'autres conditions, sont nulles en cas d'alignement automatique sur les conditions plus favorables accordées aux concurrents. À l'instar de certains auteurs⁹, nous sommes d'avis que la nullité s'applique aux clauses d'alignement automatique sur les conditions plus favorables consenties à un ou plusieurs concurrents afin d'éviter « toute uniformisation des conditions commerciales »¹⁰. Par jugement en date du 7 mai 2015¹¹, le tribunal de commerce de Paris a jugé que cette disposition ne constituait pas une loi de police au sens du droit international¹².

L'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Le même tribunal a également examiné ces clauses de parité sous l'angle de l'article L. 442-6, I, 2° du

(1) V. déjà C. Aronica, « La clause du client le plus favorisé », AJCA 2014. 69. Pour rappel, la clause du client le plus favorisé est celle par laquelle un fournisseur s'engage à faire bénéficier l'un de ces clients des conditions, notamment tarifaires, plus avantageuses qu'il accorderait à un autre de ses clients pendant la durée du contrat.

(2) C. Aronica, préc.

(3) Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr.

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

(5) La société Booking.com a également été assignée et aucun jugement de première instance n'a à ce jour été rendu. Deux plaintes ont également été déposées devant l'Autorité de la concurrence contre la société Booking.com par l'Union des métiers de l'industrie hôtelière et le Syndicat national des hôteliers, restaurateurs, cafetiers et traiteurs qui ont donné lieu à la décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 qui sera examinée ci-après.

(6) Clause permettant à Expedia (etc.) de s'assurer de l'obtention automatique des conditions tarifaires et non tarifaires et, le cas échéant, promotionnelles plus favorables consenties par l'hôtelier aux autres canaux de distribution, ou pratiquées par l'hôtelier lui-même.

(7) Clause permettant à Expedia (etc.) de réserver automatiquement la possibilité de vendre toute chambre encore disponible.

(8) Avis n° 13-10, préc.

(9) V. C. Aronica, article préc. ; V. égal. M. Malaurie-Vignal, « Le nouvel article L. 442-6 du code de commerce apporte-il des nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », CCC 2008. Dossier 5.

(10) M. Malaurie-Vignal, préc.

(11) T. com. Paris, 7 mai 2015, n° 2015/000040, AJCA 2015. 376, obs. R. Maulin.

code de commerce¹³. Il a considéré, par opposition à ce qu'elle a jugé à propos de l'article L. 442-6, II, d) du même code, que cette disposition constitue une loi de police, car elle vise à assurer la protection d'une « partie faible » au contrat, son respect étant par ailleurs 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 »¹⁴. Par ailleurs, il juge que la clause de parité des conditions tarifaires constitue un déséquilibre significatif¹⁵ écartant avec raison l'argument d'Expedia faisant notamment valoir que la clause n'était pas à leur bénéfice mais à celui des consommateurs profitant des prix les plus bas et qu'elle ne constituait pour eux que la contrepartie des investissements importants qu'ils consentent et du modèle de rémunération à la réservation¹⁶.

Plus précisément, le tribunal a jugé que ces clauses font naître un déséquilibre significatif au détriment des hôteliers pour plusieurs raisons :

- le fait d'assurer au consommateur le prix le plus bas est assuré par Expedia (notamment) en conservant sa marge relative, et non en faisant un effort

La décision Expedia reprend les critères classiques du déséquilibre significatif dégagée par la jurisprudence dans le secteur de la grande distribution pour l'appliquer à un nouveau secteur d'activité qu'est celui de l'hôtellerie

sur ses propres taux de marge, même en cas de promotions accordées par l'hôtel (ces clauses ne sont donc pas la contrepartie d'un risque ou d'un engagement d'achat minimum justifiant un tel avantage¹⁷) ;

- le fait que ces clauses ne soient pas systématiquement appliquées par la plate-forme n'a pas d'incidence sur leur légalité. Selon un auteur, le déséquilibre entre les droits et obligations des parties vient plus généralement de ce que l'obtention automatique des meilleures conditions tarifaires et promotionnelles affecte la liberté tarifaire de l'hôtelier, spécialement en permettant aux exploitants des sites de baisser les prix sur leur site internet dès l'instant où l'hôtelier baisse les siens, la clause empêchant ce dernier de vendre directement les chambres à un tarif moindre que sur l'agence en ligne¹⁸.

Enfin, s'agissant de la clause de parité des disponibilités de chambres (ou clause dite « de la dernière chambre disponible »), le tribunal ne la juge pas déséquilibrée car :

- l'hôtelier reste libre de fixer son prix peu importe le canal de distribution, la clause est la contrepartie de la visibilité offerte par les

gestionnaires des sites sans rémunération financière fixe, et

- cette visibilité perdrait 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.

Cette décision reprend les critères classiques du déséquilibre significatif dégagés par la jurisprudence dans le secteur de la grande distribution pour l'appliquer à un nouveau secteur d'activité qu'est celui de l'hôtellerie : soumission d'un opérateur établi du fait des rapports de force existants, absence de contrepartie suffisante, obligation en conséquence injustifiée et absence de rétablissement de l'équilibre par d'autres stipulations contractuelles¹⁹.

Le droit des contrats et des obligations depuis la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016

Deux dispositions issues de la réforme du droit des contrats et des obligations pourraient s'appliquer lors de l'appréciation de la validité des clauses du client le plus favorisé.

La violence « économique ». Les vices du consentement – en tant que causes de nullité relative du contrat – sont envisagés globalement et non plus de manière séparée²⁰, la lésion disparaissant du code civil. Le nouvel article relatif à la violence « économique » pourrait ainsi s'appliquer à la clause du client le plus favorisé pour en solliciter sa nullité (et celle du contrat dans sa globalité)²¹. En effet, l'article 1143 du code civil dispose : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

L'abus de dépendance est examiné sous l'angle de la « violence », appliquant ainsi la jurisprudence ayant confirmé que « la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion »²². Reste que les juridictions devront se prononcer sur la notion d'« état de dépendance » et, à cet égard, on peut s'interroger sur le point de savoir si les juridictions identifieront d'autres formes de dépendance d'une entreprise que la dépendance économique²³.

Le déséquilibre significatif. Un des apports les plus importants de la réforme réside dans l'insertion dans le code civil d'un article relatif au déséquilibre significatif tout comme il en existe un dans le code de commerce et dans le code de la consom-

(12) Puisque cette disposition « 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 » et « qu'elle ne peut donc pas être considérée comme "cruciale" pour la sauvegarde de l'ensemble de l'économie ». Par conséquent, dans la mesure où les contrats contenant les clauses de parité étaient soumis à la loi anglaise, elles n'ont pas été examinées au regard de l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce précité.

(13) Ce texte énonce : « 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 ».

(14) Jugement préc.

(15) La clause de parité des disponibilités n'a pas été jugée comme constituant un déséquilibre significatif dans la mesure où l'hôtelier reste libre de fixer son prix selon le canal de distribution, qu'elle est la contrepartie de la visibilité offerte par la plate-forme en ligne sans rémunération financière fixe et que cette visibilité perdrait 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.

(16) G. Loiseau, La nullité des clauses de parité tarifaires, CCE 2015, Comm. 58.

(17) « 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'inventus, de stocks, etc.). Notamment elles ne perdent pas le prix de la nuitée si la réservation est annulée ».

(18) G. Loiseau, préc.

(19) AFEC, Rapport sur l'économie numérique, 10 févr. 2016, p. 61.

(20) C. civ., nouv. art. 1130 : « L'erreur, le dol et la violence vicent le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ».

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ».

(21) L'action en nullité ne se prescrit qu'à compter de la cessation du cas de violence (C. civ., art. 1144).

(22) Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242.

(23) M. Chagny, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », AJCA 2016. 115.

mation s'agissant des clauses abusives²⁴. En vertu du nouvel article 1171 du code civil, « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Sont ainsi exclues les clauses portant sur l'objet et sur le prix du contrat, réservant son application aux clauses « marginales » ou « non essentielles »²⁵, seules les clauses des contrats d'adhésion étant visées par cette nouvelle disposition²⁶, contrairement à l'article relatif au déséquilibre significatif du code de commerce précité²⁷.

Ainsi, selon un auteur²⁸, le nouvel article relatif au déséquilibre significatif est à la fois en retrait et en avance par rapport à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce : en retrait en raison de la limitation aux seuls contrats d'adhésion et en avance du fait de la sanction qui n'est autre que la suppression de la clause. Notons néanmoins que sur le fondement du code de commerce et des pratiques restrictives, la sanction de la présence d'une clause du client le plus favorisé est sa nullité (tant sur le fondement de l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce que de l'article L. 442-6, I, 2° du même code). Là encore, reste à savoir comment les juridictions apprécieront le déséquilibre significatif du code civil : inspiration de l'appréciation des clauses abusives du code de la consommation ? Appréciation globale ou clause par clause comme les clauses abusives ou le déséquilibre significatif du code de commerce ? L'avenir nous le dira²⁹. Il convient toutefois de s'interroger sur la réelle utilité de cette nouvelle disposition pour combattre les clauses du client le plus favorisé dans la mesure où il existe déjà un texte spécial dans le code de la consommation³⁰.

Une remise en cause des clauses de parité des plates-formes de réservation hôtelière en ligne par la loi Macron

La loi Macron du 6 août 2015, entrée en vigueur après le jugement du tribunal de commerce précité, est venue interdire purement et simplement les clauses de parité tarifaire contenues dans les contrats entre hôteliers et plates-formes de réservation en ligne³¹. Dorénavant, l'article L. 311-5-1, alinéa 2, du code du tourisme prévoit : « Nonobstant le premier alinéa du présent article, l'hôtelier conserve la liberté de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite ». Cette interdiction s'applique dès lors que la location est réalisée au bénéfice d'un hôtel établi en France³².

Selon nous, cette interdiction ne porte que sur les clauses de parité tarifaire – puisque la loi vise les « rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit » – et n'englobe pas les clauses de parité des autres conditions commerciales, telle que la disponibilité des chambres. L'interdiction posée par la loi Macron ôte par ailleurs à notre sens tout objet à l'action introduite par la DGCCRF à l'encontre d'Expedia devant les juridictions civiles, à tout le moins s'agissant des clauses de parité tarifaire. Enfin, pour les autres secteurs que l'hôtellerie – et toute autre clause que la clause de parité tarifaire conclue entre les hôteliers et les agences de voyage en ligne, le cas échéant –, l'examen sur le fondement du droit des pratiques restrictives et au titre du droit des contrats et des obligations reste d'actualité.

■ L'examen de la clause du client le plus favorisé au regard de ses effets sur le marché

En droit de la concurrence, la validité de la clause du client le plus favorisé dépend de l'appréciation de ses effets pro ou anticoncurrentiels. Pour rappel, la clause du client le plus favorisé peut être constitutive d'une entente anticoncurrentielle³³, d'un abus de position dominante³⁴, voire d'un abus de dépendance

économique³⁵ si elle a pour effet de restreindre de manière sensible la concurrence sur un marché³⁶.

La clause du client le plus favorisé peut être constitutive d'une entente anticoncurrentielle, d'un abus de position dominante, voire d'un abus de dépendance économique si elle a pour effet de restreindre de manière sensible la concurrence sur un marché

Généralités sur l'appréciation des effets pro ou anticoncurrentiels de la clause du client le plus favorisé

Les clauses de parité conclues entre un vendeur et une plate-forme de commerce en ligne

aux termes de laquelle le vendeur s'engage à pratiquer sur la plate-forme un prix qui n'est pas supérieur à celui appliqué sur d'autres plates-formes, y compris les nouveaux entrants, ont récemment été examinées par les autorités nationales de concurrence.

Il résulte de la contribution écrite de la France lors de la réunion de la Commission de la concurrence de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) qui s'est tenue les 27 et 28 octobre 2015 que trois principaux types d'effets anticoncurrentiels des clauses de parité inter-plates-formes ont été identifiés :

- s'agissant de la concurrence intramarques : ces clauses sont susceptibles d'atténuer la pression concurrentielle, d'une part, et de produire des effets d'éviction sur les petites plates-formes et les plates-formes nouvelles entrantes, d'autre part ;
- s'agissant de la concurrence intermarques, ces

(24) C. com., art. L. 442-6, I, 2° et C. consom., art. L. 212-1 nouv., L. 132-1, anc.

(25) D. Mainguy, Fasc. 16 – Actualité : Réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations, J.-Cl. Conc. Consum., 15 mars 2016, § 9.

(26) L'article 1110 du code civil définit les contrats d'adhésion comme étant ceux « dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par les parties ».

(27) C. com., art. L. 442-6, I, 2°.

(28) D. Mainguy, article préc.

(29) M. Chagny, article préc.

(30) C. com., art. L. 442-6, I, 2°.

(31) Depuis la loi Macron, le contrat entre un hôtelier et une plate-forme de réservation en ligne doit, par ailleurs, être un contrat de mandat (C. tourisme., art. L. 311-5-1).

(32) C. tourisme., art. L. 311-5-4, al. 1^{er}.

(33) C. com., art. L. 420-1 et art. 101 TFUE.

(34) C. com., art. L. 420-2, al. 1^{er}, et art. 102 TFUE.

(35) C. com., art. L. 420-2, al. 2.

(36) C. Aronica, préc.

clauses sont susceptibles, dans certaines configurations de marché, d'atténuer la concurrence entre fournisseurs en empêchant les promotions ciblées à certains clients, voire de favoriser une collusion entre fournisseurs en permettant une grande transparence des prix pratiqués envers les consommateurs³⁷.

Deux principaux gains d'efficacité sont fréquemment avancés par les entreprises pour justifier le recours aux clauses de parité inter-plates-formes :

- ces accords protégeraient les investissements effectués par les plates-formes du parasitisme d'autres opérateurs, et
- ces accords réduiraient les coûts de recherche des clients et renforceraient ainsi la concurrence inter-marques (entre les fournisseurs référencés sur les plates-formes)³⁸. Lors d'un examen au fond, l'analyse des gains d'efficacité se fait sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fon-

ctionnement de l'Union européenne (TFUE, ou de l'article L. 420-4 du code de commerce).

L'examen récent par l'ADLC de la clause du client le plus favorisé

L'Autorité de la concurrence, (ci-après l'ADLC) a récemment eu à examiner les clauses de parité mises en œuvre par les agences de voyage en ligne³⁹, et plus particulièrement celles contenues dans les conditions générales de prestations de la société Booking.com⁴⁰. Cet examen a été fait avant l'entrée en vigueur de la loi Macron du 6 août 2015 qui, comme on l'a vu, interdit les clauses de parité tarifaires dans les contrats conclus entre les hôteliers et les agences de réservation en ligne.

Une parité restreinte validée par l'ADLC. L'appréciation d'une clause du client le plus favorisé par l'ADLC peut être moins stricte qu'en droit des pratiques restrictives et en droit des contrats et des obligations, lesquels n'envisagent pas d'autres alternatives que la nullité et/ou la suppression de la clause. Le droit de la concurrence bénéficie, en effet, de mécanismes procéduraux permettant d'aménager la rédaction de telles clauses sans pour autant les supprimer dans leur totalité (procédure d'engagements⁴¹).

À l'instar des clauses examinées par le tribunal de commerce dans l'affaire *Expedia*, deux types de clauses de parité ont été examinées par le régulateur : une clause de parité tarifaire⁴² et une clause de parité des disponibilités⁴³. Deux préoccupations de concurrence ont été relevées par l'ADLC sans qu'elle ne procède à un examen au fond du dossier : d'une part, une réduction de la concurrence entre Booking.com et les plates-formes de réservation hôtelières concurrentes⁴⁴ et, d'autre part, l'éviction de plates-formes de réservation hôtelière du fait de l'abus de la position dominante individuelle de Booking.com et des autres plates-formes le cas échéant⁴⁵.

S'agissant plus particulièrement de l'éventuelle entente illicite, l'ADLC a identifié trois restrictions possibles de concurrence :

- la restriction de la capacité des hôteliers à déterminer librement leur politique commerciale et plus particulièrement les prix pratiqués et les nuitées mises à disposition sur les canaux concurrents de Booking.com⁴⁶ ;
- le fait que les hôtels partenaires de Booking.com seraient contraints indirectement à pratiquer un prix identique sur l'ensemble des canaux de distribution⁴⁷ ;
- la réduction de la concurrence entre plates-formes, dans la mesure où ces dernières rompent le lien entre le niveau de commission exigé par Booking.com auprès de l'hôtel et le volume de la demande qui s'adresse à elle (effet accentué par la mise en place de clauses similaires par l'ensemble des opérateurs du secteur)⁴⁸. Afin de répondre aux préoccupations de concurrence identifiées par l'ADLC, Booking.com a pris un certain nombre d'engagements pour une durée de cinq ans, qui sont principalement les suivants⁴⁹ :

- la suppression de toute obligation de parité tarifaire à l'égard des autres plates-formes de réservation en ligne⁵⁰ ;
- la suppression de la clause de parité tarifaire à l'égard des canaux hors ligne des hôtels et des programmes de fidélité ;
- la suppression des obligations de parité des conditions et la suppression complète de toute obligation de parité des disponibilités. L'ADLC a ainsi autorisé une forme de parité restreinte, interdisant seulement au site internet de l'hôtel de proposer un prix plus bas que celui disponible sur la plate-forme Booking.com⁵¹. L'ADLC ne procède donc pas à la suppression généralisée de la parité tarifaire et octroie une sorte de souplesse à Booking.com.

Selon l'ADLC, les engagements pris par Booking.com vont permettre de renforcer la concurrence entre les agences de voyage en ligne⁵² et « cette affaire a été l'occasion d'une coopération inédite avec la Suède et l'Italie ainsi que la Commission européenne », les trois autorités nationales de concurrence ayant obtenu de Booking.com

(37) Audition sur les accords de parité inter-plates-formes, Note de la France datée du 12 octobre 2015, réunion du Commission de la concurrence de l'OCDE tenue les 27 et 28 oct. 2015, p. 5 s.

(38) Note de France préc., p. 10 s.

(39) V. égal. AFEC, rapport préc., p. 59 s.

(40) Décis. n° 15-D-06 du 21 avr. 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B. V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne. Cette décision fait actuellement l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris.

(41) V. le communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, www.autoritedelaconcurrence.fr.

(42) La clause est rédigée comme suit : « L'hébergement doit assurer à Booking.com la parité de ses tarifs et disponibilités (la « Parité »). La Parité tarifaire signifie des tarifs égaux ou plus avantageux pour le même hébergement, le même type de logement, les mêmes dates de séjour, le même type de lit et le même nombre de clients, et des restrictions ou conditions égales ou plus avantageuses, par exemple pour le petit-déjeuner, les modifications de réservation et les conditions d'annulation, aux tarifs, conditions et restrictions disponibles sur les sites internet de l'hébergement, appliqués par les centres d'appel dudit Hébergement (y compris par le système de réservation), directement auprès de l'hébergement, auprès de tout concurrent de Booking.com (y compris toute agence ou tout intermédiaire de réservation en ligne ou hors ligne) et/ou auprès de tout autre tiers (en ligne ou hors ligne) étant un partenaire commercial de l'hébergement ou étant lié audit hébergement ».

(43) « La parité des disponibilités signifie que l'hébergement doit fournir à Booking.com des disponibilités (c'est-à-dire, les logements disponibles à la réservation sur la plate-forme) au moins aussi favorables que celles fournies à tout concurrent de Booking.com (y compris à toute agence ou tout intermédiaire de réservation en ligne ou hors ligne) et/ou à tout autre tiers (en ligne ou hors ligne) étant un partenaire commercial de l'hébergement ou étant lié audit hébergement ».

(44) Décis. n° 15-D-06, pts 134 à 141.

(45) Pts 142 à 146.

(46) Pt 138.

(47) Pt 139.

(48) Pt 140.

(49) Communiqué de presse relatif à la décision n° 15-D-06, www.autoritedelaconcurrence.fr.

(50) Les hôtels peuvent pratiquer des tarifs plus bas que ceux affichés sur Booking.com avec les autres plates-formes de réservation en ligne, les autres plates-formes pouvant afficher ce prix plus bas sur leurs propres sites internet, les sites comparateurs et les moteurs de recherche.

(51) A. Perrot, « L'économie digitale et ses enjeux : le point de vue de l'économiste », AJCA 2016. 74 ; V. égal. V. Sélinsky, Réservation hôtelière par Internet : les mêmes clauses ne produisent pas les mêmes effets selon l'angle d'appréciation, RLC juill.-sept. 2015.

(52) Les hôtels sont libres de gérer leurs disponibilités et d'allouer à Booking.com des quotas de nuitées éventuellement inférieurs sur des plates-formes concurrentes de Booking.com mais aussi sur leurs canaux hors ligne, sur leur propre site dans le cadre des programmes de fidélité.

com des engagements similaires. De même, le 23 décembre 2015, le *Bundeskartellamt* (l'autorité allemande de la concurrence) a exigé de Booking.com le retrait des clauses de parité tarifaires au sein de ses contrats avec les hôteliers avant la fin de mois de janvier 2016⁵³ et a rejoint à ce titre par la voie contentieuse la position française qui a interdit ces clauses au travers la loi Macron. Booking.com a également exprimé son intention d'étendre ses engagements à l'ensemble des pays de l'Espace économique européen, ce qui a conduit à clôturer des affaires parallèles devant plus d'autorités nationales (Royaume-Uni, Grèce, Suisse, Danemark, Pologne, etc.). Un premier bilan d'étape est fixé au mois de janvier 2017 afin de mesurer l'efficacité des engagements pris⁵⁴.

L'appréciation divergente entre l'ADLC et le tribunal de commerce de Paris. Même s'il ne s'agit pas des mêmes sociétés (Booking.com et Expedia), il n'en demeure pas moins que l'ADLC et le tribunal de commerce de Paris ont eu une interprétation divergente de clauses rédigées quasiment à l'identique.

S'agissant de la clause de parité tarifaire, comme indiqué précédemment, l'ADLC valide la contrainte selon laquelle les hôteliers ne pourront pas proposer de tarifs inférieurs à ceux disponibles sur le site de Booking.com sur leur propre site internet. Ils ne pourront le faire que sur les autres plates-formes de réservation en ligne, les canaux de distribution hors ligne et auprès des clients bénéficiant d'un programme de fidélité. Le tribunal de commerce, à l'inverse, a purement et simplement déclaré nulles les clauses de parité tarifaire, peu important le canal de distribution⁵⁵. S'agissant de la clause de parité des disponibilités, elle a été supprimée dans la décision de l'ADLC, alors que le tribunal de commerce de Paris a jugé qu'elle n'était pas constitutive d'un déséquilibre significatif.

En réalité, cette divergence d'analyse s'explique par le fait que les deux actions n'ont pas le même fondement juridique. On a d'un côté une action sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles nécessitant une analyse des effets sur un marché. On a de l'autre, une action sur le fondement des pratiques restrictives qui ne nécessite aucune analyse de marché mais seulement de vérifier si les conditions du déséquilibre significatif sont remplies, peu important les effets

d'une telle clause (il peut y avoir déséquilibre significatif même sans mise en œuvre de la clause).

En tout état de cause, s'agissant particulièrement des contrats conclus entre les hôteliers et les agences de réservation en ligne, l'appréciation des effets pro ou anticoncurrentiels des clauses du client le plus favorisé ne se pose plus, selon nous, depuis l'entrée en vigueur de la loi Macron, à tout le moins pour les clauses de parité tarifaire. En revanche, comme indiqué précédemment, cette analyse doit continuer à être menée pour les clauses du client le plus favorisé dans les secteurs autres que les rapports entre hôteliers et agences de réservation en ligne et pour les clauses de parité des conditions autres que tarifaires le cas échéant (parité des disponibilités par exemple). Tel est le cas, par exemple, dans le secteur de la vente en ligne de livres numériques qui a fait l'objet d'une enquête ouverte par la Commission européenne le 11 juin 2015 afin d'examiner les clauses contenues dans les contrats conclus entre Amazon et les éditeurs, obligeant ces derniers à informer Amazon de l'offre de conditions plus favorables ou différentes faite à ses concurrents et/ou à lui accorder des modalités et des conditions analogues à celles consenties à ses concurrents⁵⁶.

(53) Booking.com sommé de supprimer ses clauses de parité tarifaires en Allemagne, <http://hospitality-on-com>, 23 déc. 2015.

(54) Entrée Libre, La lettre de l'Autorité de la concurrence, déc. 2015, n° 20.

(55) M. Chagny, « Les clauses de parité entre droit des pratiques restrictives de concurrence et droit des pratiques anticoncurrentielles : de la Commission d'examen des pratiques commerciales au législateur en passant par l'Autorité de la concurrence », RTD com 2015. 483.

(56) Commission européenne, communiqué de presse, IP/15/5166, 11 juin 2015.