

Affaire C-264/23

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

24 avril 2023

Juridiction de renvoi :

Rechtbank Amsterdam (Pays-Bas)

Date de la décision de renvoi :

22 février 2023

Parties requérantes :

Booking.com BV

Booking.com (Deutschland) GmbH

Parties défenderesses :

25hours Hotel Company Berlin GmbH

Aletto Kudamm GmbH

Air-Hotel Wartburg Tagungs- & Sporthotel GmbH

Andel's Berlin Hotelbetriebs GmbH

Angleterre Hotel GmbH & Co. KG

Atrium Hotelgesellschaft mbH

Azimut Hotelbetrieb Köln GmbH & Co. KG

Barcelo Cologne GmbH

Business Hotels GmbH

Cocoon München GmbH

DJC Operations GmbH

Dorint GmbH

Eleazar Novum GmbH

Empire Riverside Hotel GmbH & Co. KG
Explorer Hotel Fischen GmbH & Co. KG
Explorer Hotel Nesselwang GmbH & Co. KG
Explorer Hotel Schönau GmbH & Co. KG
Fleming's Hotel Management und Servicegesellschaft mbH & Co. KG
G. Stürzer GmbH Hotelbetriebe
Hotel Bellevue Dresden Betriebs GmbH
Hotel Europäischer Hof W.A.L. Berk GmbH & Co KG
Hotel Hafen Hamburg. Wilhelm Bartels GmbH & Co. KG
Hotel John F GmbH
Hotel Obermühle GmbH
Hotel Onyx GmbH
Hotel Rubin GmbH
Hotel Victoria Betriebs- und Verwaltungs GmbH
Hotel Wallis GmbH
i31 Hotel GmbH
IntercityHotel GmbH
ISA Group GmbH
Kur-Cafe Hotel Allgäu GmbH
Lindner Hotels AG
M Privathotels GmbH & Co. KG
Maritim Hotelgesellschaft mbH
MEININGER Shared Services GmbH
Oranien Hotelbetriebs GmbH
Platzl Hotel Inselkammer KG

prize Deutschland GmbH
Relaxa Hotel GmbH
SANA BERLIN HOTEL GmbH
SavFra Hotelbesitz GmbH
Scandic Hotels Deutschland GmbH
Schlossgarten Hotelgesellschaft mbH
Seaside Hotels GmbH & Co. KG
SHK Hotel Betriebsgesellschaft mbH
Steigenberger Hotels GmbH
Sunflower Management GmbH & Co. KG
The Mandala Hotel GmbH
The Mandala Suites GmbH
THR Hotel am Alexanderplatz Berlin Betriebs- und Management GmbH
THR III Berlin Prager-Platz Hotelbetriebs- und Beteiligungsgesellschaft mbH
THR München Konferenz und Event Hotelbetriebs- und Management GmbH
THR Rhein/Main Hotelbetriebs- und Beteiligungs-GmbH
THR XI Berlin Hotelbetriebs- und Beteiligungsgesellschaft mbH
THR XXX Hotelbetriebs- und Beteiligungs-GmbH
Upstalsboom Hotel + Freizeit GmbH & Co. KG
VI VADI HOTEL Betriebsgesellschaft mbH & Co. KG
Weissbach Hotelbetriebsgesellschaft mbH
Wickenhäuser & Egger AG
Wikingerhof GmbH & Co. KG
Hans-Hermann Geiling, president de l'hotel

Karl Herfurtner, Hotel Stadt München e.K.

[OMISSIS]

RECHTBANK AMSTERDAM (tribunal d'Amsterdam, Pays-Bas)

Section droit privé

[OMISSIS] **Jugement du 22 février 2023**

dans l'affaire opposant

1. la société à responsabilité limitée

BOOKING.COM B.V.,

ayant son siège à Amsterdam (Pays-Bas),

2. la société de droit étranger

BOOKING.COM (DEUTSCHLAND) GMBH,

ayant son siège à Berlin (Allemagne)

demanderesse originaires,

défenderesse sur reconvention,

[OMISSIS]

à

1. la société de droit étranger

25HOURS HOTEL COMPANY BERLIN GMBH,

ayant son siège à Berlin (Allemagne)

défenderesse originaire,

demanderesse sur reconvention,

[OMISSIS]

et 62 autres hôtels [OMISSIS]

Les parties sont dénommées ci-après « Booking.com » [séparément, « Booking.com BV » et « Booking.com (Allemagne) »] et « les hôtels ».

1. La procédure

[OMISSIS] [questions de procédure nationale]

2. En fait

2.1. Booking.com BV a été fondée en 1996 et exploite depuis lors la plateforme de réservation en ligne Booking.com (ci-après la « plateforme »). Booking.com BV est soutenue dans ses activités, entre autres, par Booking.com (Allemagne). Lors de l'entrée de Booking.com sur le marché allemand en 2006, les réservations par Internet n'étaient pas courantes, et la plupart des réservations de chambres étaient effectuées directement auprès de l'établissement d'hébergement.

2.2. Booking.com ne vend ni n'achète de prestations d'hébergement et ne détermine pas non plus quelles chambres sont proposées à quel prix sur la plateforme. Cela relève des établissements d'hébergement eux-mêmes. Sur la plateforme, Booking.com met en relation des établissements d'hébergement et des voyageurs. Plus de 1,2 millions d'établissements situés dans le monde entier sont proposés sur la plateforme et les voyageurs peuvent y rechercher, comparer et réserver des chambres d'hôtel et d'autres hébergements de voyage. Booking.com offre en outre sur la plateforme des services complémentaires, dont un service clientèle et un système d'évaluation. Booking.com présente sur la plateforme des photographies et des informations provenant des établissements dans plus de 40 langues. Les services de Booking.com sont gratuits pour les voyageurs. Il y a un effet de réseau (indirect) en ce sens que la plateforme de Booking.com devient plus intéressante pour les établissements au fur et à mesure que les voyageurs l'utilisent et vice-versa.

2.3. Les établissements (dont les hôtels) payent une commission à Booking.com lorsque le voyageur réserve un hébergement et n'annule pas sa réservation. Outre la plateforme, les établissements peuvent utiliser aussi d'autres canaux de vente en ligne et hors ligne, ce qui permet le multihébergement. Les clients peuvent par exemple entrer en contact direct avec l'établissement par téléphone ou par courriel, réserver auprès d'une agence de voyage ou via le site web propre de l'établissement.

2.4. D'autres plateformes hôtelières en ligne que Booking.com opèrent sur le marché allemand, notamment Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH (ci-après « HRS ») et Expedia Inc. HRS opérait déjà sur le marché allemand depuis plusieurs années lorsque Booking.com y est entrée en 2006. Ces plateformes hôtelières en ligne sont également désignées ci-après « OTA », *Online Travel Agents*.

2.5. Jusqu'au 1^{er} juillet 2015, Booking.com insérait dans les (conditions générales des) contrats conclus avec les hôtels une clause dite « de parité étendue ». En vertu de cette clause de parité étendue, il n'était pas permis aux hôtels d'offrir, sur leurs propres canaux de vente ou sur des canaux de vente

exploités par des tiers, des chambres à un prix inférieur à celui proposé sur le site de Booking.com. Dans la version du 5 février 2008 des conditions générales, la clause de parité étendue était rédigée comme suit :

« Das Hotel garantiert Booking.com, dass der auf den Webseiten angegebene Preis der beste verfügbare Preis für eine Übernachtung in der jeweiligen Zimmerkategorie zu diesem Zeitpunkt ist. Das Hotel garantiert hiermit, dass bei Buchung direkt im Hotel oder über ein anderes Medium für die gebuchte Zimmerkategorie kein günstigerer Preis verfügbar ist. » [en allemand dans l'original]

[L'hôtel garantit à Booking.com que le prix affiché sur le site Internet est le meilleur prix disponible à cette date pour une nuitée dans une chambre de la catégorie concernée. L'hôtel garantit par cet engagement qu'une chambre de cette catégorie ne peut pas être réservée à un meilleur prix directement auprès de l'hôtel ou par un autre moyen.]

Au fil du temps, Booking.com a adapté quelques fois la formulation de la clause de parité étendue, mais le cœur de cette disposition est resté le même. Jusqu'en 2015, tous les OTA ont utilisé des clauses de parité étendue sur le marché allemand.

2.6. En 2010, le Bundeskartellamt (autorité allemande de la concurrence, ci-après le « Bundeskartellamt ») a ouvert une procédure d'infraction contre HRS en raison de l'utilisation d'une clause de parité étendue (dont le libellé était comparable à celui de la clause de parité étendue utilisée par Booking.com). Par décision du 20 décembre 2013, le Bundeskartellamt a conclu, en résumé, que la clause de parité étendue utilisée par HRS était contraire à la prohibition des ententes en droit de l'Union et en droit allemand et a ordonné la cessation de son utilisation. Par arrêt du 9 janvier 2015, l'Oberlandesgericht Düsseldorf [tribunal régional supérieur de Düsseldorf (Allemagne), ci-après l'« OLG Düsseldorf »] a rejeté le recours présenté par HRS contre cette décision. L'arrêt de l'OLG Düsseldorf n'a fait l'objet d'aucun recours.

2.7. En 2013, le Bundeskartellamt a ouvert une enquête portant sur la clause de parité étendue utilisée par Booking.com. Le 1^{er} juillet 2015, en concertation avec les autorités de la concurrence française, italienne et suédoise, Booking.com a remplacé la clause de parité étendue par une clause de parité restreinte. Les clauses de parité étendue et de parité restreinte sont appelées collectivement ci-après les « clauses de parité ». En vertu de la clause de parité restreinte, il était (seulement) interdit aux hôtels d'offrir des chambres sur leurs propres canaux de vente à un prix inférieur à celui proposé sur le portail de Booking.com. Booking.com en a informé les hôtels par courriel du 25 juin 2015. Jusqu'au 1^{er} février 2016, la clause de parité restreinte a été insérée dans les (conditions générales des) contrats conclus avec les hôtels et, pour ce qui nous intéresse en l'espèce, était libellée comme suit :

« 2.2 Parität und Mindestkonti[n]gent

2.2.1 Die Unterkunft gewährt Booking.com Raten- und Bedingungsparität.

“Raten und Bedingungsparität” bezeichnet den gleichen oder einen besseren Preis für dieselbe Unterkunft, die gleiche Zimmerkategorie, das gleiche Datum, die gleiche Bettkategorie, die gleiche Anzahl an Gästen, die gleichen oder besseren Annehmlichkeiten und Zusatzleistungen (...), die gleichen oder besseren Beschränkungen und Bestimmungen, darunter Buchungsänderungen und Stornierungsbedingungen, wie sie von der Unterkunft angeboten wird.

Raten- und Bedingungsparität gilt nicht für Preise und Bedingungen :

- die auf anderen online-Reservierungsportalen angeboten werden ;
- die auf Offline-Vertriebswegen angeboten werden, vorausgesetzt, dass diese Zimmerpreise weder Online veröffentlicht noch vermarktet werden, und/oder
- die nicht veröffentlicht sind, vorausgesetzt, dass diese Zimmerpreise nicht Online vermarktet werden. » [en allemand dans l’original]

[2.2 Parité et quantité minimale

2.2.1 L’établissement d’hébergement garantit à Booking.com la parité de tarifs et de conditions.

« On entend, par “parité de tarifs et de conditions”, un prix identique ou meilleur pour le même établissement d’hébergement, la même catégorie de chambre, la même date, la même catégorie de lit, le même nombre d’occupants, des commodités et prestations accessoires identiques ou meilleures (...), des restrictions et conditions identiques ou meilleures, notamment en matière de modification de réservation et d’annulation, que ceux qui sont offerts par l’établissement.

La parité de tarif et de conditions ne s’applique pas aux tarifs et aux conditions :

- qui sont offerts sur d’autres portails de réservation en ligne ;
- qui sont offerts par des canaux de vente hors ligne, pour autant que ces prix par chambre ne soient ni publiés ni commercialisés en ligne, ou
- qui ne sont pas publiés, pour autant que ces prix par chambre ne soient pas commercialisés en ligne ».]

Jusqu’en 2016, tous les OTA ont utilisé des clauses de parité restreinte sur le marché allemand.

2.8. Le Bundeskartellamt a alors poursuivi l’enquête déjà ouverte sur la clause de parité étendue de Booking.com et y a aussi inclus la clause de parité restreinte. Par

décision du 22 décembre 2015, le Bundeskartellamt a conclu que la clause de parité restreinte était contraire à la prohibition des ententes en droit de l'Union et en droit allemand et a ordonné à Booking.com la cessation de son utilisation. Cette décision a également mis fin à l'enquête portant sur la clause de parité étendue.

2.9. Par une décision rendue le 17 mars 2017 dans le cadre de l'appel interjeté par Booking.com contre cette décision, l'OLG Düsseldorf a chargé le Bundeskartellamt d'approfondir l'examen de la signification et des effets de la clause de parité restreinte. Le Bundeskartellamt a déposé les résultats de son complément d'enquête dans une note d'évaluation du 21 janvier 2019. Par arrêt du 4 juin 2019, l'OLG Düsseldorf a ensuite jugé, notamment, que la clause de parité restreinte restreignait certes la concurrence, mais était nécessaire, d'un point de vue abstrait et normatif, pour assurer à Booking.com une rémunération équitable du service presté. Il serait déloyal de la part des établissements d'hébergement de s'inscrire sur le portail de réservation de Booking.com, mais d'inciter ensuite des clients à réserver directement auprès d'eux en offrant de meilleurs tarifs sur leur propre site. Selon l'OLG Düsseldorf, la clause de parité restreinte n'est donc pas contraire à la prohibition des ententes prévue à l'article 1^{er} du Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (loi contre la concurrence déloyale), du 3 juillet 2004 (BGBl. I S.254) ni à l'article 101, paragraphe 1, TFUE. En conséquence, l'OLG Düsseldorf a annulé l'injonction de cessation émise par le Bundeskartellamt.

2.10. En cassation, le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) a jugé entre autres, par arrêt du 18 mai 2021, que la clause de parité restreinte restreignait sensiblement la concurrence entre les OTA sur le marché des services de portail hôteliers et entre les hôtels sur le marché des chambres d'hôtel. En outre, il a jugé que cette clause ne pouvait être qualifiée de restriction accessoire et n'était pas exemptée au titre du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission, du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 2010, L 102, p. 1) (ci-après le « règlement d'exemption par catégorie ») ou au titre de toute exemption légale européenne ou allemande à la prohibition des ententes.

2.11. En qualité de partie intéressée, l'association Hotelverband Deutschland (ci-après « IHA ») a participé activement aux procédures mentionnées ci-dessus contre HRS et Booking.com. Au printemps 2020, à la demande d'un grand nombre de ses membres, parmi lesquels ne figuraient pas les hôtels parties à la présente procédure, IHA a intenté une action collective (dite « initiative daBeisein ») ayant pour objet d'obtenir pour ces membres une réparation du préjudice qu'ils soutiennent avoir subi tant du fait de l'utilisation des clauses de parité étendue et restreinte que de l'abus de la position dominante de Booking.com. Au total, 2 687 établissements d'hébergement ont adhéré à cette initiative. Par citation du 31 mars 2021, Booking.com a saisi le Landgericht Berlin (tribunal régional de Berlin, Allemagne) d'une action contre les établissements ayant adhéré à l'« initiative daBeisein ».

2.12. À la demande des hôtels, Compass Lexecon (ci-après « Compass ») a déposé le 11 mai 2021 un rapport d'expertise intitulé « *Qualitative assessment of damages from price parity clauses to hotels* » [évaluation qualitative du préjudice causé aux hôtels par les clauses de parité]. Le rapport expose que tant la clause de parité étendue que la clause de parité restreinte restreignent la concurrence en ce que i) elles éliminent la concurrence sur les commissions entre les OTA, ii) elles font obstacle à l'entrée de nouveaux OTA sur le marché et iii) elles éliminent la concurrence entre les systèmes de réservation d'hôtels des OTA et les systèmes de réservation propres (en ligne) des hôtels. Compass en conclut que les hôtels ont subi un préjudice.

2.13. À la demande de Booking.com, Oxera a répliqué au rapport de Compass. Pour ce qui nous intéresse ici, le rapport d'Oxera du 14 avril 2022 énonce ce qui suit :

« (...) »

3.12 As such, a market definition exercise is inherently binary in nature in that firms are either “in” or “out” of a defined market, and this may not inform all of the competitive constraints on a particular firm, or the analysis of competitive effects of a specific practice. Therefore, it is particularly relevant to focus on the assessment of the competitive constraints on a firm directly and not overly focus on attempting to define the boundaries of the relevant market.

3.13 In addition, in cases involving digital platforms the benefits of drawing precise boundaries of relevant markets may be lowered further, for instance because the competitive dynamics in these markets can change more quickly than in traditional sectors. The presence of network effects and the interdependencies between the constraints on two sides of a platform can also reduce the benefit of drawing boundaries (and calculating market shares for firms inside the boundary).

3.14 This is also recognized by recent studies, such as by an expert group report commissioned by the European Commission: In the digital world, market boundaries might not be as clear as in the “old economy”. They may change very quickly. Furthermore, in the case of multisided platforms, the interdependence of the “sides” becomes a crucial part of the analysis whereas the traditional role of market definition has been to isolate problems. Therefore (...) in digital markets, we should put less emphasis on analysis of market definition, and more emphasis of harm and identification of anti-competitive strategies. (...) » [en anglais dans l'original]

[3.12 En tant que telle, la définition du marché est un exercice binaire par nature, étant donné que les entreprises sont soit « dans » un marché donné ou « hors » dudit marché, et cela ne permet pas d'éclairer toutes les contraintes concurrentielles pesant sur une entreprise donnée ni l'analyse des effets concurrentiels d'une pratique particulière. Il est donc très important de se

concentrer sur l'évaluation des contraintes concurrentielles pesant directement sur une entreprise et de ne pas trop chercher à définir les limites du marché en cause.

3.13 En outre, dans les affaires concernant des plateformes numériques, l'intérêt de tracer les limites précises des marchés en cause peut être encore réduit, par exemple parce que la dynamique concurrentielle sur ces marchés peut changer plus vite que dans les secteurs traditionnels. Les effets de réseau et l'interdépendance entre les contraintes de part et d'autre d'une plateforme peuvent également réduire l'intérêt de tracer des limites (et de calculer les parts de marché des entreprises à l'intérieur de ces limites).

3.14 Telle est également la conclusion exposée dans des études récentes, comme celle réalisée par un groupe d'experts mandaté par la Commission européenne : Dans le monde numérique, les limites des marchés peuvent ne pas être aussi claires que dans l'« ancienne économie ». Elles peuvent changer très rapidement. En outre, dans le cas des plateformes multifaces, l'interdépendance des « faces » devient un élément décisif de l'analyse, alors que le rôle traditionnel de la définition du marché était d'isoler les problèmes. En conséquence (...), dans les marchés numériques, il faudrait accorder moins d'importance à l'analyse de la définition du marché, mais plus d'importance au[x] [théories du] préjudice et à l'identification des stratégies anti-concurrentielles.]

3. Le litige (procédure au principal)

3.1. Pour ce qui nous intéresse aux fins du présent jugement, Booking.com demande au tribunal de céans de dire pour droit qu'elle n'a pas agi illégalement en utilisant les clauses de parité (demande originaire) et les hôtels demandent au tribunal de céans de dire pour droit que Booking.com a enfreint le droit européen de la concurrence (article 101, paragraphe 1, TFUE) et a donc agi illégalement (demande reconventionnelle).

4. Les points litigieux en l'espèce

restriction accessoire

4.1. Les parties s'opposent sur le point de savoir si les clauses de parité doivent être qualifiées de restriction accessoire aux fins de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

4.2. En résumé, Booking.com soutient que les clauses de parité étendue et restreinte sont une restriction accessoire, parce que le contrat conclu entre elle-même et les hôtels a des effets positifs – ou du moins neutres – sur la concurrence et que ces clauses sont inhérentes et nécessaires à la prestation de ses services. Les clauses de parité empêchent les hôtels d'utiliser de manière déloyale les services de Booking.com sans les rémunérer (*free riding* [parasitisme]). À défaut des clauses de parité, les voyageurs et les établissements d'hébergement

pourraient profiter des investissements de Booking.com dans les fonctions de recherche et de comparaison de la plateforme, sans que Booking.com puisse amortir ses investissements.

4.3. Les hôtels contestent que les clauses de parité étendue et restreinte constituent une restriction accessoire. La clause de parité restreinte n'est pas indispensable, puisque sa suppression en 2016 n'a pas eu d'effets défavorables sensibles sur les activités de Booking.com. En outre, celle-ci n'a pas démontré qu'il n'existait pas de mesures moins restrictives pour résoudre le problème du parasitisme et l'enquête que l'OLG Düsseldorf a chargé le Bundeskartellamt de réaliser montre que le risque de parasitisme est (très) faible.

délimitation du marché

4.4. Si les clauses de parité ne sont pas une restriction accessoire, la question est alors de savoir si ces clauses constituent une violation sensible de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Pour répondre à cette question, aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie, il y a lieu de déterminer comment définir le marché en cause (le marché pertinent).

4.5. En résumé, Booking.com soutient que le marché de la réservation et de la distribution d'hébergements de voyage est le marché pertinent. Un élément essentiel à cet égard est que Booking.com exploite une plateforme à double face. Tant pour les hôtels que pour les voyageurs, les différents canaux de distribution (en ligne et hors ligne) sont substituables et forment, en conséquence, un seul marché, selon Booking.com.

4.6. En résumé, les hôtels soutiennent qu'il faut considérer qu'il existe un marché distinct (allemand) pour les OTA, car seuls les portails de réservation d'hôtels offrent la combinaison de la recherche, de la comparaison et de la réservation. La distribution de chambres d'hôtel en ligne n'est pas substituable par la distribution hors ligne, selon les hôtels.

5. La législation et les publications pertinentes de l'Union (en bref)

5.1. Sont pertinentes en l'espèce la législation et les publications de l'Union suivantes :

5.1.1. Article 101, paragraphes 1 et 3, TFUE.

5.1.2. Règlement d'exemption par catégorie (voir point 2.10 du présent jugement).

5.1.3. Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil, du 14 septembre 2022, relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques) (JO 2022, L 265, p. 1) (ci-après le « règlement sur les marchés numériques »).

5.1.4. Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, du 9 décembre 1997 (JO 1997, C 372, p. 5) (ci-après la « communication sur la définition du marché en cause »), en particulier pages 5 à 13.

5.1.5. Commission Staff Working Document, Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, du 8 septembre 2020 [SWD (2020) 172 final] (ci-après le « document de travail »).

Jurisprudence pertinente de la Cour (en bref) :

5.2. Sont pertinentes en l'espèce les décisions suivantes :

5.2.1. Arrêt du 15 décembre 1994, DLG (C-250/92, EU:C:1994:413, en particulier point 34).

5.2.2. Décision de la Commission (citée au point 6.3 du présent jugement) du 30 mai 2011 [C (2011) 3913], affaire COMP/M.6163, en particulier considérant 25.

5.3. Arrêt du 24 mai 2012, MasterCard e.a./Commission (T-111/08, EU:T:2012:260, en particulier points 77 et 89).

5.3.1. Arrêt du 11 septembre 2014, MasterCard e.a./Commission (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, en particulier points 92 à 94).

Décisions allemandes pertinentes (en bref, citées à la section 2 du présent jugement)

5.4. Sont pertinentes en l'espèce les décisions suivantes du Bundeskartellamt et des juridictions allemandes :

5.4.1. Décision du Bundeskartellamt du 20 décembre 2013, B9-66/10.

5.4.2. Arrêt de l'OLG Düsseldorf du 9 janvier 2015, VI-Kart 1/14 (V).

5.4.3. Décision du Bundeskartellamt du 22 décembre 2015, B9-121/13.

5.4.4. Arrêt de l'OLG Düsseldorf du 4 juin 2019, VI-Kart 2/16 (V), en particulier point 46.

5.4.5. Arrêt du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) du 18 mai 2021, ECLI:DE:BGH:2021:180521 BKVR 54.20.0, en particulier points 7, 10, 23, 50 et 54.

6. Appréciation

restriction accessoire

6.1. Le tribunal de céans constate que la Cour ne s'est pas prononcée à ce jour sur l'exclusion d'une clause de parité du champ d'application de la prohibition des ententes prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, en tant que restriction accessoire. Sur ce point, non seulement les hôtels et Booking.com sont en désaccord, mais les opinions sont également partagées entre différents acteurs concernés par ce domaine en Europe. Dans l'affaire Booking.com, le Bundeskartellamt a conclu que la clause de parité restreinte était contraire au droit de la concurrence (européen et allemand) et ne considère pas cette clause comme une restriction accessoire. L'OLG Düsseldorf, au contraire, a qualifié la clause de parité restreinte de restriction accessoire et l'a jugée nécessaire pour prévenir le parasitisme. Le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) a certes jugé en cassation que l'enquête menée par le Bundeskartellamt à la demande de l'OLG Düsseldorf révélait à tout le moins un certain parasitisme de la part des clients des hôtels aux dépens de Booking.com, mais n'a pas qualifié la clause de parité restreinte de restriction accessoire, parce que Booking.com a conservé sa position sur le marché depuis 2016 même sans cette clause. Il y a lieu de se demander si cela signifie que Booking.com ne devrait pas pouvoir se protéger des risques de parasitisme, risques qui, selon elle, demeurent importants. En outre, il ressort des arrêts du 15 décembre 1994, DLG (C-250/92, EU:C:1994:413) et du 24 mai 2012, MasterCard e.a./Commission (T-111/08, EU:T:2012:260), invoqués par Booking.com, qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que la violation d'une limitation contractuelle met en jeu la viabilité de l'entreprise, mais qu'il suffit que celle-ci soit « compromise ». Il y a lieu de considérer en outre que, entre-temps, tant la clause de parité restreinte que la clause de parité étendue ont été interdites par la loi en Belgique, en France, en Italie et en Autriche et que la procédure actuellement pendante devant le Landgericht Berlin (tribunal régional de Berlin) porte sur la même question que la présente procédure. Il ne serait pas souhaitable que des décisions contradictoires soient rendues.

délimitation du marché

6.2. Le tribunal de céans formule plusieurs observations sur la manière dont les parties délimitent le marché en cause. Il ressort de la communication sur la définition du marché en cause qu'il faut identifier la substituabilité du côté de la demande et de l'offre et la concurrence potentielle pour un produit donné. En outre, la substitution du côté de la demande est particulièrement pertinente pour la définition du marché en cause. Les fonctions spécifiques des produits des OTA – désignées par les hôtels comme « rechercher, comparer et réserver » – donnent certes des indications pour déterminer le marché en cause, mais elles ne suffisent pas à établir la substituabilité des services. Cela ressort directement de la communication sur la définition du marché en cause. Le rapport d'Oxera contient du reste des indications selon lesquelles le marché doit être défini de manière plus large que le soutiennent les hôtels. Oxera renvoie à cet égard à une enquête dont il ressort que les voyageurs consultent régulièrement plusieurs sites pour effectuer des recherches, des comparaisons et des réservations (multihébergement). Une étude réalisée par l'institut de recherche Gesellschaft für Konsumforschung auprès de consommateurs allemands en 2014 a montré que 62 % des personnes

interrogées utilisaient de deux à quatre sites pour leurs recherches. Parmi les personnes utilisant des OTA pour leurs recherches, 46 % utilisaient aussi des métamoteurs. Il ressort en outre de l'enquête d'Oxera que, en 2015, 60 % des réservations ont été effectuées hors ligne.

6.3. Il y a lieu d'observer également que les hôtels soutiennent, d'une part, que le canal de la réservation directe sur leurs propres sites internet relève d'un marché distinct et, d'autre part, que les clauses de parité éliminent la « concurrence horizontale » entre la distribution en ligne par Booking.com et la distribution directe par les hôtels eux-mêmes. Cela implique que les hôtels subissent une pression concurrentielle de Booking.com s'exerçant sur leurs propres sites, ce qui indique précisément que le marché doit être défini plus largement que celui des seuls OTA. Un autre élément indiquant que le marché en cause est plus large que celui des OTA est la décision de la Commission du 30 mai 2011, selon laquelle la distribution en ligne de billets d'avion par l'intermédiaire des OTA et par les sites propres des compagnies aériennes appartient au même marché.

6.4. L'évolution récente du droit européen de la concurrence peut également être pertinente pour délimiter le marché en cause en l'espèce. La Commission a l'intention de réviser sa communication sur la définition du marché en cause. Dans ce cadre, elle a réalisé une évaluation et publié un document de travail exposant les conclusions de celle-ci. Il en ressort que la communication n'est pas (entièrement) suffisante à l'ère (numérique) actuelle, compte tenu de l'évolution numérique depuis la publication de cette communication en 1997. La délimitation du marché en cause peut être complexe et il est largement nécessaire que la Commission donne des indications sur la manière dont il faut y procéder. Le résumé du document de travail énonce notamment ce qui suit :

« Many respondents indicated that multi-sided platforms are now a prevalent business model in the digital sphere, yet they remain complex to analyse, with no clear consensus in the economic literature or competition authorities' case practice about how market definition should be carried out in such circumstances. Stakeholders would therefore welcome guidance from the Commission in this area, in particular on the question of whether multiple relevant markets (one for each side of the platform) or a single market (encompassing all sides of the platform) should be defined, on how the indirect network effects between different sides of a platform should be assessed as well as on whether (and how) the SSNIP test can be applied to multi-sided platforms. (...) »

Several respondents noted the relevance of network effects, economies of scale and scope, lock-in effects or single-homing practices in delineating relevant markets and – going beyond market definition – in the assessment of market power, and suggested these features of digital markets should be discussed in the Notice. It was also mentioned in the same context that market shares do not represent the most appropriate indicator of market power in digital markets, but to the extent they are relevant, guidance on metrics suitable for zero-priced products would be appreciated. Some stakeholders suggested giving less emphasis

to market definition in digital markets, where market definition can be particularly complex, instead focusing more attention on the theories of harm. »
[en anglais dans l'original]

[De nombreuses personnes interrogées ont indiqué que les plateformes multifaces sont désormais un modèle économique courant dans le monde numérique, mais qu'elles restent difficiles à analyser, en l'absence de consensus clair dans la littérature économique ou dans la pratique des autorités de concurrence quant à la manière dont il y a lieu de définir le marché dans ces circonstances. Les acteurs du secteur souhaitent donc recevoir des orientations de la Commission dans ce domaine, en particulier sur le point de savoir s'il y a lieu de définir plusieurs marchés en cause (un pour chaque face de la plateforme) ou un seul (comprenant toutes les faces de la plateforme), sur la manière d'apprécier l'effet de réseau indirect entre les différentes faces d'une plateforme et si (et, dans l'affirmative, comment) le critère SSNIP [*small but significant and non-transitory increase in price*, augmentation faible, mais non négligeable et non transitoire du prix] peut être appliqué à des plateformes multifaces.

Plusieurs personnes interrogées ont souligné l'importance des effets de réseau, des économies d'échelle et d'envergure, des effets de verrouillage ou des pratiques d'hébergement simple dans la définition des marchés en cause et – au-delà de la définition des marchés – dans l'appréciation de la puissance de marché, et ont suggéré que ces caractéristiques des marchés numériques soient examinées dans la communication. Dans le même contexte, il a également été signalé que les parts de marché ne constituent pas l'indicateur le plus approprié de la puissance de marché mais que, dans la mesure où elles sont pertinentes, des orientations relatives aux indicateurs pour les produits à prix nul seraient appréciées. Certains acteurs du secteur ont suggéré d'accorder moins d'importance à la définition du marché sur les marchés numériques, où elle peut être particulièrement complexe, et d'accorder une plus grande attention aux théories du préjudice.]

6.5. Ce document de travail étaye l'opinion d'Oxera selon laquelle il faudrait moins mettre l'accent sur la délimitation du marché en cause et accorder plus d'importance à la pression concurrentielle subie par les différentes faces. Il en ressort également que l'attention que Booking.com revendique pour sa situation de plateforme à double face, situation qui appelle, selon elle, une autre approche, est plus largement partagée. En outre, il faut tenir compte du règlement sur les marchés numériques, attendu de longue date, qui régit les plateformes numériques, parce que les possibilités existantes de réguler le comportement sur le marché des plus grandes entreprises technologiques ne sont plus considérées comme suffisantes. Il s'agit notamment des grandes plateformes en ligne, qui fournissent des « *core platform services* » (services de plateforme essentiels), comme les moteurs de recherche (Google), les réseaux sociaux (Facebook) et les services de vidéo, qui, du fait de leur taille, jouent un rôle particulièrement important pour d'autres entreprises, parce qu'elles contrôlent la communication entre ces entreprises et leurs clients (contrôleurs d'accès). Les principaux

amendements concernent l'extension du régime de surveillance et la possibilité pour l'Union d'intervenir à titre préventif.

7. Les questions préjudicielles

7.1. Le tribunal de céans constate que les opinions sont divisées non seulement entre les parties, mais aussi entre d'autres acteurs concernés par ce domaine en Europe, sur la question de savoir si une clause de parité est exclue du champ d'application de la prohibition des ententes prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, en tant que restriction accessoire. De surcroît, le tribunal de céans constate que, au vu de l'évolution du droit européen de la concurrence, la manière de définir le marché dans le cadre de l'article 101, paragraphe 1, TFUE présente un manque de clarté. Compte tenu de l'objectif d'assurer une application uniforme du traité FUE, le tribunal de céans estime que, dans ces circonstances, il est nécessaire de poser des questions préjudicielles à la Cour afin de lui permettre de trancher le litige dont il est saisi.

7.2. Dans le jugement interlocutoire, le tribunal de céans a annoncé son intention de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE et a donné aux parties l'occasion de s'exprimer par un acte sur cette intention et sur le contenu des questions à poser. Les parties ont ensuite déposé un acte le 23 novembre 2022.

7.3. [OMISSIS] [accord des parties sur le renvoi préjudiciel]

[OMISSIS] [commentaires concernant la reformulation de la deuxième question]

7.4. Sur la base de ce qui précède, le tribunal de céans formule les questions suivantes, qu'il posera à la Cour à titre préjudiciel.

8. Dispositif

Le tribunal de céans

statuant sur la demande originaire et sur la demande reconventionnelle

8.1. saisit la Cour de justice de l'Union européenne des questions préjudicielles suivantes :

1. Les clauses de parité étendue et restreinte doivent-elles être qualifiées de restriction accessoire aux fins de l'article 101, paragraphe 1, TFUE ?
2. Dans le cadre de l'application du règlement (UE) 330/2010, comment le marché en cause doit-il être défini lorsque les transactions sont conclues par l'intermédiaire d'une plateforme d'agence de voyage en ligne (OTA) sur laquelle des établissements d'hébergement peuvent offrir des chambres et

entrer en contact avec des voyageurs, qui peuvent réserver une chambre par l'intermédiaire de ladite plateforme ?

8.2. réserve à statuer pour le surplus ;

[OMISSIS] [procédure]

DOCUMENT DE TRAVAIL