

COMM.

FB

**COUR DE CASSATION**

---

Audience publique du **16 avril 2013**

Rejet

M. ESPEL, président

Arrêt n° 423 FS-P+B

Pourvoi n° H 10-14.881

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

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

Statuant sur le pourvoi formé par la société Expedia Inc,  
société de droit américain, dont le siège est 333 108 th avenue NE Bellevue,  
98004 Washington (Etats-Unis),

contre l'arrêt rendu le 23 février 2010 par la cour d'appel de Paris (pôle 5,  
chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1°/ au président de l' autorité de la concurrence, dont le siège  
est 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

2°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi,  
domicilié 59 boulevard Vincent Auriol, 75003 Paris cedex 13,

3° à Société nationale des chemins de fer français, dont le siège est 34 rue du commandant Mouchotte, 75014 Paris,

4° à la société Voyages-sncf.com,

5° à la société Agence voyages-sncf.com,

6° à la société VFE commerce,

7° à la société iDTGV,

ayant toutes quatre leur siège 7 rue Pablo Neruda, 92300 Levallois-Perret,  
défendeurs à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 19 mars 2013, où étaient présents : M. Espel, président, Mme Mouillard, conseiller rapporteur, M. Petit, conseiller doyen, Mmes Riffault-Silk, Laporte, Bregeon, M. Le Dauphin, Mme Mandel, MM. Grass, Fédou, Guérin, Mme Vallansan, conseillers, MM. Pietton, Delbano, Mmes Tréard, Le Bras, conseillers référendaires, M. Mollard, avocat général référendaire, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Mouillard, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Expedia inc, de la SCP Baraduc et Duhamel, avocat du président de l'autorité de la concurrence, de la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat de la Société nationale des chemins de fer français et des sociétés Voyages-sncf.com, Agence voyages-sncf.com, Vfe commerce et iDTGV, l'avis de M. Mollard, avocat général référendaire, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 23 février 2010), que la société VFE-commerce est une filiale de la Société nationale des chemins de fer français (la SNCF) qui détient la société Voyages-sncf.com (la société VSC), laquelle exploite le site internet "voyages-sncf.com", initialement dédié à l'information, la réservation et la vente en ligne de prestations ferroviaires de la SNCF ; qu'en septembre 2001, la société VFE-commerce a conclu plusieurs accords avec la société de droit américain Expedia Inc. (la société Expedia), spécialisée dans la vente de voyages en ligne, en vue de

développer une activité d'agence de voyages sur internet ; que les deux sociétés ont créé une filiale commune, la société GL Expedia, dont les offres de produits de voyages, autres que ferroviaires, ont été proposées sur le site "voyages-sncf.com", transformé à cet effet ; qu'en 2004, la société GL Expedia a changé de dénomination, devenant l'Agence Voyages-sncf.com (l'Agence VSC) ; qu'à la suite de plaintes d'entreprises concurrentes, le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence, a, par décision n° 09-D-06 du 5 février 2009, dit notamment que la SNCF et la société Expedia avaient mis en oeuvre une entente anticoncurrentielle, prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 CE, devenu 101 du TFUE, et leur a infligé des sanctions pécuniaires ; que la cour d'appel a rejeté le recours formé par la société Expedia ; que, par arrêt du 10 mai 2011, la Cour de cassation a sursis à statuer sur le pourvoi de cette société et a interrogé à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne (la CJUE) ;

Sur le premier moyen et le deuxième moyen, pris en sa première branche, réunis :

Attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société Expedia fait grief à l'arrêt du rejet de son recours, alors, selon le moyen :

*1°/ que si la création par des entreprises mêmes en position dominante d'une filiale commune peut avoir des effets restrictifs sur le marché, l'existence de cette filiale commune ne saurait, à elle seule, conférer à l'entente son caractère illicite ; que les accords d'exclusivité conclus entre deux entreprises mêmes en position dominante ne sont pas nécessairement anticoncurrentiels ; qu'en se bornant à retenir que les accords d'exclusivité régularisés entre la SNCF et la société Expedia contrevenaient aux articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE, dans la mesure où ils avaient été conclus entre deux opérateurs puissants et que la filiale commune a eu des avantages liées au monopole de la SNCF dont ses concurrentes étaient exclues, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à établir le caractère anticoncurrentiel des conventions en cause, a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;*

*2°/ qu'un engagement d'exclusivité ne constitue pas une barrière à l'entrée et n'est donc pas anticoncurrentiel lorsque les opérateurs concurrents disposent de solutions alternatives pour se développer ; qu'en décidant que le caractère anticoncurrentiel des conventions en cause était établi tout en constatant que l'accès au site Voyages-sncf.com n'était pas*

*incontournable pour accéder aux clients de la SNCF et que plusieurs concurrents de l'Agence VSC avait pu se développer pendant la même période, ce dont il résultait qu'il existait en l'espèce des solutions alternatives pour accéder au marché des voyages en ligne, la cour d'appel a violé les articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;*

*3°/ que la création d'une filiale commune n'est pas en elle-même anticoncurrentielle ; qu'en affirmant qu'il suffit que la filiale commune créée entre la SNCF et Expédia « ait bénéficié de revenus publicitaires qui étaient générés par la clientèle de l'activité de monopole (de la SNCF) et non par la sienne propre pour caractériser le caractère anticoncurrentiel de l'entente », la cour d'appel a violé de plus fort les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;*

*4°/ qu'en reprochant à la société Expédia d'avoir sciemment profité par le biais du partenariat conclu avec la SNCF des avantages liés au monopole de la SNCF en bénéficiant de la clientèle générée par la distribution de billets par internet, tout en constatant que si la SNCF dispose d'un monopole légal sur le marché connexe transport ferroviaire de voyageurs, elle ne bénéficie que d'une position dominante dont elle a abusé sur celui de la distribution des billets de trains, ce dont il résulte que l'afflux de clientèle sur le site sncf.com pour acquérir des billets de trains n'est pas lié au monopole légal de la SNCF dont la société Expédia aurait profité, mais à des abus de position dominante de la SNCF auxquels ses partenaires étaient étrangers, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé par fausse application les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce, et par refus d'application les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;*

*5°/ qu'en considérant que le Conseil de la concurrence avait exactement retenu, pour caractériser l'entente, que la mise à disposition même non gratuite de la marque Voyages-sncf.com constituait un avantage anticoncurrentiel dans la mesure où la filiale commune avait pu profiter de l'image de marque positive de la SNCF, tout en refusant expressément de vérifier si la mise à disposition des signes distinctifs « Voyages-sncf.com » au profit de l'agence VSC était également de nature à fausser la concurrence sur le marché des services d'agence de voyages de loisir, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;*

*6°/ qu'en affirmant, pour dire que les accords de partenariat conclus par le groupe Expédia avec la SNCF étaient anticoncurrentiels, que l'activité d'agence de voyage en ligne était une activité émergente après avoir constaté que la société Expédia était déjà leader mondial de la vente de voyages par internet et que ce partenariat n'avait pas empêché plusieurs concurrents bénéficiant d'une antériorité sur ce marché de se développer, ce qui suffit à démontrer que l'activité de la filiale commune ne pouvait pas être*

*regardée comme émergente, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;*

*7°/que la charge de la preuve des effets d'une entente incombe à la partie poursuivante ou à l'autorité qui l'allègue ; qu'en affirmant que la société Expedia est mal fondée à prétendre que les avantages que l'agence VSC a tirés de la situation de monopole de la SNCF n'ont pas pu perturber le marché sur lequel la filiale commune est active compte tenu de la progression sur le marché de ses concurrents enregistrée sur la même période, dans la mesure où rien ne permet de dire que la croissance du nouvel entrant aurait été aussi forte au détriment de ses concurrents s'il n'y avait pas eu l'appui de la SNCF, quand il appartenait au juge de vérifier que les accords en cause avaient fait obstacles à l'entrée de nouveaux opérateurs ou au développement des acteurs existants, la cour d'appel qui a inversé la charge de la preuve, a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;*

*8°/qu'en affirmant que les accords de partenariat conclus entre la SNCF et la société Expedia avaient eu pour objet de fausser la concurrence par les mérites sur le marché des services d'agence de voyages de loisirs, sans démontrer que l'accord avait été conclu à des fins anticoncurrentielles ni préciser en quoi les modalités du partenariat seraient en elles mêmes anticoncurrentielles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;*

Mais attendu que l'arrêt constate, par motifs propres et adoptés, que le partenariat mis en place consistait à réunir au sein du même site Web, d'un côté le canal de distribution de billets de train sur internet géré par la société VSC, et de l'autre, une agence de voyages exploitée par la filiale commune, l'Agence VSC ; qu'il relève que la SNCF, opérateur historique bénéficiant d'un monopole légal sur le transport ferroviaire de voyageurs, s'était engagée à effectuer la commercialisation en ligne de ses billets exclusivement sur le site « voyages-sncf.com », de sorte que ce site accueillait, en mai 2006, 9,3 millions de visiteurs, soit un quart des internautes français, ce qu'aucun autre site en France ne permettait ; qu'il observe qu'ainsi les accords étaient destinés à faire profiter la filiale commune, outre de la publicité, de l'efficacité commerciale et de la réputation de qualité de la SNCF, du passage de la clientèle en ligne de cette dernière, ce qui lui conférait un avantage déterminant sur le marché émergent des agences de voyages en ligne ; qu'il en déduit qu'un tel accord, consistant à prendre appui sur un monopole légal pour développer une activité sur un marché concurrentiel connexe, a un objet anticoncurrentiel ; qu'en l'état de ces motifs, d'où il ressort que, par leur nature même, ces accords étaient nuisibles au jeu normal de la concurrence sur le marché émergent des agences de voyages en ligne, et abstraction faite des motifs surabondants

critiqués par les troisième et cinquième branches, la cour d'appel, qui n'avait pas à tenir compte des abus de position dominante également reprochés à la SNCF, étrangers à la restriction par objet qu'elle constatait, ni du fait que d'autres opérateurs étaient également présents sur ce marché, ce qui n'ôte pas à ce dernier la caractéristique de marché émergent et n'affecte que l'appréciation des effets de l'entente et du dommage à l'économie, a légalement justifié sa décision ; que le moyen, inopérant en ses troisième et cinquième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le deuxième moyen, pris en ses cinq dernières branches :

Attendu que la société Expedia fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

*1°/ que même en l'absence de disposition imposant formellement un seuil de sensibilité pour l'application de l'article L. 420-1 du code de commerce, il appartient aux juridictions saisies de vérifier, dans chaque cas d'espèce, si l'effet potentiel ou avéré des pratiques incriminées est de nature à restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché concerné ; qu'en décidant au contraire que l'Autorité de la concurrence peut poursuivre toute entente sans avoir à tenir compte d'un seuil de sensibilité en dessous duquel la pratique anticoncurrentielle n'est pourtant jamais établie, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 et L. 464-6-1 du code de commerce ;*

*2°/ que les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce doivent être interprétées en se référant à l'interprétation donnée en droit communautaire à l'article 101 du traité ce qui exclut toute interdiction d'un accord n'ayant qu'une portée limitée dans le marché pertinent considéré et ne pouvant porter atteinte de façon sensible au jeu de la concurrence ; qu'en considérant au contraire que l'Autorité française de la concurrence n'était pas liée par la définition communautaire du seuil de sensibilité, reprise en droit français à l'article L. 464-6-1 du code de commerce, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;*

*3°/ que l'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'ententes susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 101 § 1 du traité ou qui satisfont aux conditions d'une exemption ; qu'en décidant que l'Autorité française de la concurrence pouvait librement décider de sanctionner une entente sur le double fondement du droit français et du droit communautaire, sans tenir compte des seuils de sensibilité existants en droit communautaire ou encore lorsque les conditions d'une exemption sont réunies, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE, 3 § 2 du règlement communautaire n° 1/2003, L. 420-1 et L. 464-6-1 du code de commerce ;*

*4°/ que les accords d'importance mineure échappent, par principe, à l'interdiction des ententes de l'article L. 420-1 du code de commerce ; qu'en affirmant que l'Autorité de la concurrence pouvait toujours poursuivre une entente d'importance mineure même si les critères permettant une exemption son réunies, la cour d'appel a violé de plus fort les articles L. 420-1, L. 420-4 et L. 464-6-1 du code de commerce ;*

*5°/ que la constatation d'un effet sensible des accords prohibés sur le commerce entre Etats membres est une condition d'application nécessaire de l'article 101 § 1 du TFUE ; qu'une juridiction nationale ne peut jamais appliquer la disposition susvisée sans établir au préalable qu'un dépassement du seuil de sensibilité, au-delà duquel l'article 101 § 1 du TFUE est applicable, est démontré ; qu'en affirmant au contraire que les autorités françaises de concurrence pouvaient librement décider de poursuivre sur le fondement de l'article 81 § 1 du traité, devenu 101 du TFUE toute entente, y compris celle ne restreignant pas sensiblement le commerce entre Etats membres au sens du traité, sans avoir à se justifier par rapport aux parts de marchés détenues par les entreprises parties à l'accord, la cour d'appel a violé l'article 101 du TFUE, ensemble les articles 3 § 2 et 6 du règlement n° 1/2003 ;*

Mais attendu que, par arrêt du 13 décembre 2012 (affaire C-226/11), la CJUE a dit pour droit que les articles 101, paragraphe 1, du TFUE et 3, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 [CE] et 82 [CE], doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'une autorité nationale de concurrence applique l'article 101, paragraphe 1, du TFUE à un accord entre entreprises qui est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'atteint pas les seuils fixés par la Commission européenne dans sa communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe , [CE] (de minimis), pourvu que cet accord constitue une restriction sensible de la concurrence au sens de cette disposition ; que la CJUE a rappelé qu'au sens de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, un accord susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres et ayant un objet anticoncurrentiel constitue, par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence ; que l'arrêt, après avoir exactement énoncé que l'article L. 464-6-1 du code de commerce confère à l'Autorité de la concurrence une simple faculté dont elle est libre de ne pas user, retient que les accords en cause sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qu'ils ont un objet anticoncurrentiel ; qu'ayant ainsi fait ressortir que le partenariat mis en place par la SNCF et la société Expedia constituait une restriction sensible de la concurrence au sens des articles 101 paragraphe 1 du TFUE et

L. 420-1 du code de commerce, la cour d'appel a statué à bon droit ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le quatrième moyen :

Attendu que la société Expedia fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

*1°/ que le dommage à l'économie ne peut pas être présumé ; qu'en affirmant pour caractériser ce dommage qu'il est indéniable que les avantages concurrentiels caractérisés plus haut ont fait bénéficier l'ensemble de l'activité de l'agence VSC et à travers elle la société Expedia du surplus de revenus au détriment de leurs concurrents exclus des mêmes avantages, entraînant par là même une perturbation du marché des agences de voyages de loisir et un dommage à l'économie que le Conseil de la concurrence n'était pas tenu de chiffrer précisément, la cour d'appel qui a présumé de l'existence du dommage à partir de la seule constatation des éléments constitutifs de l'infraction, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*2°/ que l'appréciation de la gravité d'une entente suppose de procéder à une analyse concrète tenant compte notamment non seulement des facteurs d'aggravation, mais aussi d'atténuation de la pratique incriminée ; qu'ainsi la gravité d'une entente ne saurait se déduire de la seule position occupée par les entreprises intéressées sur le marché en cause ; qu'en se bornant à affirmer que la SNCF bénéficiait d'un monopole légal tandis que la société Expedia occupe une position de leader mondial de la vente des voyages en ligne, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à établir la gravité certaine de l'entente, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;*

*3°/ qu'en affirmant, pour dire que l'entente était d'une gravité certaine, que l'entente avait « affecté le segment de marché émergent de la vente de voyages en ligne » tout en constatant que les concurrents avaient néanmoins connu une croissance soutenue pendant la période considérée, ce dont il résultait que l'entente n'avait pas eu pour effet d'empêcher les entreprises concurrentes de se développer sur ce marché prétendument émergent, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L. 464- 2 du code de commerce ;*

Mais attendu, en premier lieu, qu'en ce qui concerne le dommage à l'économie, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, retient que l'entente a duré plus de six ans et qu'elle a affecté un marché dont le chiffre d'affaires, constitué de commissions, a évolué de 278 millions d'euros en 2002 à 341,8 millions d'euros en 2007 et sur lequel le site « voyages-sncf.com » est passé d'une part de marché d'environ 5 % en 2002 à plus de 20 % en 2007 ; qu'il ajoute que c'est toute l'activité du site de



l'Agence VSC qui a bénéficié du surplus de revenus liés à l'entente anticoncurrentielle, au détriment de ses concurrents, et que la perturbation du marché qui en est résultée suffit à caractériser un dommage à l'économie que le Conseil de la concurrence n'était pas tenu de chiffrer précisément ; qu'en l'état de ces motifs, d'où il ressort que la cour d'appel a apprécié le dommage à l'économie en se fondant sur la durée de la pratique et la part du marché pertinent qui avait été affectée par celle-ci, l'arrêt n'encourt pas le grief de la première branche ;

Et attendu, en second lieu, que pour apprécier la gravité de la pratique, l'arrêt retient que l'entente a été mise en oeuvre par une entreprise disposant d'un monopole légal, qu'elle a utilisé pour fausser la concurrence par les mérites, et par un groupe américain occupant une position de leader mondial de la vente de voyages en ligne, qu'elle a affecté le marché émergent de la vente de voyages en ligne et qu'elle a duré plus de six années mais qu'il existe toutefois un facteur d'atténuation résultant du fait que les concurrents ont quand même connu une croissance soutenue au cours des années considérées ; qu'en l'état de ces motifs, et dès lors que le fait que les concurrents connaissent une croissance soutenue ne permet pas de conclure à l'absence d'effet de la pratique, la cour d'appel, qui a procédé à une appréciation prenant en compte les circonstances aggravantes et atténuantes du dossier, a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Expedia Inc. aux dépens, à l'exception de ceux exposés devant la Cour de justice de l'Union européenne qui resteront à la charge du Trésor public ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer la somme de 2 500 euros à l'Autorité de la concurrence et rejette sa demande ;

Vu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec avis de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie et des finances ;

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