

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

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

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

2^o/ 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 liés 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 Expédia 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 Expédia 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 Expédia 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.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Expedia Inc.

PREMIER MOYEN DE CASSATION (notification des griefs)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Expedia contre la décision n° 09-D-06 rendu e le 5 février 2009 par le Conseil de la concurrence et d'avoir, en conséquence, rejeté toutes ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE sur la régularité de la décision au regard de la notification de griefs, la société Expedia, sanctionnée uniquement au titre d'une entente anticoncurrentielle avec la S.N.C.F "reproche au Conseil de s'être fondé sur des griefs non contenus dans la notification de griefs, et de ce fait d'avoir méconnu les garanties fondamentales de la procédure et en particulier le principe de la contradiction; qu'elle estime que cela doit conduire la cour à annuler les articles 2 et 5 de la décision peu important que les pratiques retenues aient été dénoncées au stade du rapport et que les parties s'en soient expliquées à ce stade tardif ; que le respect des principes fondamentaux de la procédure, inscrits dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et rappelés à l'article L 463-1 du Code de commerce, impose que la notification des griefs visée par l'article L.463-2 du même code informe précisément les entreprises poursuivies des pratiques reprochées; qu'ainsi elle doit contenir un exposé des griefs libellé dans des termes suffisamment clairs, fussent-ils sommaires, pour permettre aux intéressés de prendre effectivement connaissance des comportements qui leur sont reprochés par l'Autorité de concurrence et de se défendre; que le Conseil ne saurait, en l'absence d'une notification de griefs complémentaire, sanctionner une pratique qui n'a pas été visée dans la notification des griefs, même si elle a été dénoncée ensuite dans le rapport et que les parties s'en sont expliquées devant lui; qu'à l'inverse le principe de la contradiction et les droits de la défense sont respectés lorsque la décision ne met pas à la charge des intéressés des infractions différentes de celles visées dans les notifications de griefs et ne retient que des faits sur lesquels ils ont eu l'occasion de s'expliquer ; qu'en l'espèce, la société Expedia soutient qu'ont été retenues contre elle deux pratiques non contenues dans la notification de griefs, à savoir: 1° l'utilisation du site voyages-sncf.com pour faire profiter L'Agence VSC du passage de la clientèle de la S.N.C.F., 2° le fait même de la mise à disposition de la marque voyages-sncf.com et de l'image de marque de la S.N.C.F. y associée; que le grief unique notifié à la société Expedia est résumé au terme d'un document de 75 pages, comme constitutif d'une "entente verticale consistant en un accord de distribution exclusive accordant des avantages au groupe Expedia au détriment de ses concurrents depuis 2001 ; que le corps de la notification de griefs (spécialement pages 54 à 59) apporte des précisions sur la matérialité de

l'entente reprochée, d'abord en rappelant les différents accords de partenariat conclus entre les deux entreprises, puis en énumérant certains avantages spécifiques qui en découlent pour la filiale commune au détriment de la concurrence; que ce document évoque ensuite la modification des accords en 2004 pour permettre à la société Expedia de créer un autre site d'agence de voyages en ligne, mais laissant néanmoins subsister les avantages consentis par la S.N.C.F. comme ceux résultant de ce que la filiale de la SNCF, la société GL Ecommerce, a conservé la distribution exclusive des billets de train en ligne pour le compte de la S.N.C.F. et s'est engagée «à réaliser la distribution en ligne au détail des billets de train () pour son compte pour le marché français exclusivement via voyages-sncf.com () tant que les parties demeureront associées »; qu'enfin en page 74 de la notification de griefs il est reproché aux accords conclus entre la S.N.C.F. et la société Expedia de constituer une pratique prohibée par l'article L 420-1 du Code de commerce comme ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel ; qu'il ressort clairement de la lecture de la notification de griefs que le grief d'entente repose sur les contrats conclus entre les sociétés du groupe S.N.C.F. et la société Expedia et que les pratiques spécialement dénoncées font partie de ce cadre contractuel ; qu'il ne peut pas en être fait abstraction pour apprécier si le Conseil s'est fondé sur des éléments non contenus dans la notification de griefs, comme tente de le faire la société Expedia en analysant isolément les uns des autres les avantages critiqués par la notification de griefs ; qu'ainsi sur le premier point, et contrairement à ce qu'affirme la société Expedia, dès la notification de griefs il était bien fait le reproche aux sociétés S.N.C.F. et Expedia de s'être entendues, au travers de leurs accords et des comportements dénoncés, pour faire profiter la société GL Expedia, ensuite dénommée L'Agence VSC, du passage de la clientèle de la SNCF sur le site Internet commun ; qu'en effet, sont bien rappelées les clauses des contrats prévoyant la mise en commun de la base de clientèle de la société VSC au profit des sociétés du groupe Expedia ; que de plus par exemple en page 58 de la notification de griefs il est soutenu qu'il y a bien eu une politique commune d'envoi d'une newsletter sans distinction des produits ferroviaires ou non, et utilisation par la société GL Expedia du fichier clients de la SNCF ce qui a conféré au groupe Expedia un avantage par rapport à ses concurrents"; que les news letters communes, la mise à disposition de la société GL Expedia de la base de clientèle de la société VSC, l'engagement maintenu de la société GL E-COMMERCE de passer exclusivement par le site "voyages-sncf. com" pour ses ventes directes au détail des billets de trains, ne sont que différentes composantes du même avantage découlant de la réunion sur le même site des activités de la société VSC et de la filiale commune ; que s'agissant du second point relatif à la mise à disposition de la marque voyages-sncf.com et de l'image de marque de la S.N.C.F. y associée, peu importe que le Conseil de la concurrence, à la suite du rapporteur, ait retenu au titre des pratiques reprochées la mise à disposition et non plus sa gratuité, puisque ce faisant le Conseil n' a pas reproché aux deux sociétés en cause des infractions nouvelles, et n'a pas

retenu des faits autres que ceux sur lesquels elles se sont expliquées ; que la formulation des pratiques considérées comme anticoncurrentielles figurant dans la décision du Conseil de la concurrence d'une façon légèrement différente de celle de la notification de griefs est le résultat du débat contradictoire ouvert par celle-ci ; que cette formulation n'a pas modifié le champ des pratiques dénoncées par la notification de griefs et ne constitue pas une nouvelle accusation dans la mesure où elle s'appuie sur des stipulations contractuelles et des comportements déjà visés ; que par conséquent l'atteinte aux droits de la défense alléguée n'est pas établie ; que la demande d'annulation de la décision du Conseil de ce chef est mal fondée ;

1°) ALORS QUE toute entreprise mise en cause devant le Conseil de la concurrence doit être informée, dans le plus court délai et d'une manière détaillée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre elle afin qu'elle puisse se défendre utilement ; qu'une notification des griefs constitue un acte juridique d'une telle importance qu'elle doit répondre à des conditions de forme et de fond propres à garantir l'exercice effectif des droits de l'accusée ; que l'Autorité de la concurrence ne peut donc se fonder que sur les faits et les qualifications précisément analysés par une notification des griefs initiale ou complémentaire : qu'en refusant d'annuler la décision déferée après avoir admis que contrairement à la notification des griefs, le Conseil de la concurrence n'avait pas reproché à la société Expédia la gratuité de la mise à disposition de la marque voyage-sncf.com et de l'image de marque de la SNCF puisqu'il a reconnu au contraire que cette mise à disposition n'avait pas été gratuite, mais la mise à disposition elle-même de cette marque ou encore que la formulation des pratiques considérées comme anticoncurrentielles par le Conseil de la concurrence et reprochées à la société Expédia, était effectivement « légèrement différente » de celle de la notification des griefs, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 6 §3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L 463-2 du Code de commerce ;

2°) ALORS QUE toute personne mise en cause devant le Conseil de la concurrence doit être informée d'une manière détaillée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre elle afin qu'elle puisse se défendre utilement ; qu'ainsi une autorité de concurrence ne respecte pas les droits de la défense d'une entreprise lorsqu'elle retient, à son encontre un grief fondé sur des éléments de fait, qui même s'ils étaient mentionnés à divers points de sa communication des griefs, étaient, pris dans leur ensemble, insuffisamment précis quant à leur portée et leur qualification, pour permettre à l'intéressée d'apprécier par avance la teneur exacte du grief retenu ; qu'en considérant que les droits de la défense avaient été respectés dans la mesure où le reproche fait par le Conseil de la concurrence à la société Expédia de s'être entendue avec la SNCF aux travers de leurs accords et

des comportements dénoncés pour faire profiter l'agence VSC du passage de la clientèle de la SNCF sur le site internet commun était inclus dans le grief unique d'entente verticale résumé en 75 pages et reposait sur les contrats et des éléments de fait épars contenus dans la notification des griefs, la cour d'appel a violé l'article 6 §3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L 463-2 du Code de commerce ;

3°) ALORS QUE l'Autorité de la concurrence ne peut pas retenir des qualifications juridiques différentes de celles visées par une notification des griefs initiale ou complémentaire ; qu'en considérant que le Conseil de la concurrence avait pu valablement décider qu'il est établi que la SNCF et la société Expedia Inc ont enfreint les dispositions de l'article L 420-1 du Code de commerce et de l'article 81 du traité CE, après avoir constaté que la notification des griefs reprochait « aux accords conclus entre la SNCF et la société Expedia de constituer une pratique prohibée par l'article L 420-1 du Code de commerce comme ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel », ce dont il résultait que l'article 81 du traité CE qui n'avait pas été visé par la notification des griefs ne pouvait pas justifier la condamnation prononcée, la cour d'appel a violé de plus fort l'article 6 §3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L 463-2 du Code de commerce.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (seuil de sensibilité en droit français et en droit communautaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Expedia contre la décision n° 09-D-06 rendu e le 5 février 2009 par le Conseil de la concurrence et d'avoir, en conséquence rejeté toutes ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE sur la demande d'annulation fondée sur le caractère minime des conséquences des pratiques reprochées, la société Expedia reproche ensuite au Conseil de la concurrence d'avoir écarté le caractère minime de la pratique d'entente alléguée, et cela au prix d'une surestimation des parts de marché de L'Agence VSC sur le marché des services d'agences de voyages de loisirs; que selon elle le Conseil n'aurait pas dû retenir la part de marché réalisée au moyen de l'ensemble du site "voyages-sncf.com", mais distinguer la part de chacun des deux opérateurs y intervenant d'une part la société VSC avec la vente de billets S.N.CF, (80% du volume d'affaires réalisé par le biais du site) et d'autre part L'Agence VSC qui seule offre des prestations d'agence de voyages; qu'elle demande à la Cour de constater que le Conseil a méconnu les dispositions de l'article L 464-5 §1 et de .l'article L 464-6-1 du Code de commerce et qu'il n'y avait pas lieu à poursuivre ; qu'elle sollicite, en conséquence, l'annulation de la sanction ; que pour répondre à l'Autorité de la concurrence qui invoque le caractère facultatif de l'option de ne pas poursuivre les pratiques mineures, la société

Expedia ajoute dans son mémoire en réplique que le Conseil de la concurrence qui a appliqué en l'espèce l'article 81 du Traité CE, devait nécessairement en vertu du Règlement 1/2003 appliquer la règle de minimis dès lors que les seuils visés dans la Communication de la Commission européenne du 22 décembre 2001 concernant les accords d'importance mineure identiques à ceux de l'article L 464-6-1, n'étaient pas atteints ; qu'elle soutient que "en deçà de ces seuils, les accords critiqués ne pouvaient pas en vertu de la Communication de minimis avoir pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81 du Traité, en l'absence de restriction sensible de la concurrence et que l'application du droit français ne pouvait dès lors pas entraîner l'interdiction de tels accords (mémoire en réplique page 3) ; que l'article L 464-6-1 du code de commerce en vigueur au jour de la Décision critiquée disposait: "Le Conseil de concurrence peut également décider [...] qu'il n'y a pas de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L.420-1 ne visent pas des contrats passés en application du code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas 10% sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou des organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause [...]"; que l'emploi du verbe "peut" montre que la décision de ne pas poursuivre prise en application de l'article L.464-6-1 du Code de commerce, lorsque la part de marché cumulée détenue par les entreprises partie à l'accord ne dépasse pas un certain seuil, n'est qu'une faculté pour l'Autorité de la concurrence, et auparavant le Conseil de la concurrence, qui peut décider de poursuivre même si les critères permettant une exemption sont réunis ; que cet article L.464-6-1 a introduit dans le Code de commerce les mêmes seuils et critères que ceux figurant à l'article 7 de la Communication du 22 décembre 2001 précitée et à défaut desquels la Commission "considère que les accords entre entreprises qui affectent le commerce entre Etats-membres ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81 §1 du Traité" ; que la Commission s'est engagée à ne pas poursuivre de tels accords, tout en précisant que sa communication "est dépourvue de force contraignante à l'égard des juridictions et autorités des Etats-membres" (article 4), lesquels demeurent donc libres de poursuivre même des pratiques se situant en deçà des seuils figurant dans la communication ; Considérant que, contrairement à ce que tente de faire croire la société Expedia, si l'article 3.2 du Règlement 112003 dispose que "L'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords [...] qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats-membres mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81 § 1 du traité", cela n'interdit pas aux autorités nationales de la concurrence de poursuivre des pratiques ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81 §1 du Traité et de L.420-1 du Code de commerce, quand bien même les entreprises auteurs de ces pratiques rempliraient les critères

susceptibles d'autoriser une exemption de poursuite en application de l'article L.464-6-1 du Code de commerce ; qu'en l'espèce le Conseil de la concurrence était donc libre de poursuivre des pratiques reprochées à deux opérateurs puissants et ayant perduré plusieurs années, sans avoir à se justifier par rapport aux parts de marchés détenues par les entreprises parties à l'accord ; que par conséquent et sans qu'il y ait lieu de rechercher comment doit être calculée la part de marché à prendre en considération, le moyen de nullité tiré de la non application de la règle de minimis doit être rejeté ;

1°) ALORS QUE les garanties constitutionnelles de légalité des délits et des peines, d'égalité devant la loi et la justice, de liberté contractuelle et de liberté d'entreprendre s'opposent à ce que les auteurs de deux infractions identiques de faible importance répondant aux mêmes critères légaux, puissent tantôt être condamnés, tantôt bénéficier d'une exonération totale de responsabilité sans que le juge ait à en justifier ; qu'ainsi, l'article L 464-6-1 du Code de commerce conférant, dans sa version ancienne comme dans sa rédaction actuelle à l'Autorité de la concurrence le pouvoir discrétionnaire de réprimer une entente d'importance mineure ou au contraire de faire bénéficier ses auteurs du seuil de sensibilité prévu par ce texte en dessous duquel la pratique anticoncurrentielle n'est pas caractérisée, est contraire aux articles 34 de la Constitution 4, 6 et 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité qui interviendra, l'arrêt attaqué se trouvera privé de base légale au regard des textes susvisés ;

2°) ALORS 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 :

3°) ALORS 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 ;

4°) ALORS 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 -4-6-1 du Code de commerce ;

5°) ALORS 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 ;

6°) ALORS EN TOUTE HYPOTHESE 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.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (sur l'entente)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Expédia contre la décision n° 09-D-06 rendu e le 5 février 2009 par le Conseil de la concurrence et d'avoir, en conséquence rejeté toutes ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE sur le grief d'entente, le Conseil de la concurrence dans la Décision contestée rappelle à juste titre que la décision de la S.N.C.F. à travers ses filiales et même une entreprise tierce, de devenir agence de voyages ne pose pas en soi de problème de concurrence, mais que ce sont les conditions dans lesquelles le partenariat a été conçu et mis en oeuvre qui peut soulever des questions de compatibilité avec les la concurrence, d'autant qu'en l'espèce d'une part il s'agit de deux opérateurs puissants: la

SNCF en raison de son monopole sur le marché du transport de voyageurs par rail et la société Expedia comme leader mondial de la vente de voyages par Internet ; que d'autre part le partenariat avait pour but de réunir au sein du même site web une activité émergente d'agence de voyages et le canal de distribution de billets de train sur Internet du titulaire du monopole ferroviaire (§ 164 à 177) ; que le Conseil de la concurrence a ensuite exactement décrit dans les § 178 à 214 tous les avantages retirés par L'Agence VSC du partenariat avec le groupe S.N.C.F. , à commencer par la vitrine constituée par le site Internet partagé, permettant à l'agence de voyages d'être visible aux millions de visiteurs du site venus pour acheter "du train"; que le Conseil a énuméré certains avantages spécifiques découlant des accords, qui peuvent être résumés comme suit: le partage de fichiers entre novembre 2001 et fin 2004, une adresse électronique était recueillie à chaque achat ou réservation de billet de train et servait à l'envoi de courriels publicitaires (appelés « newsletters ») tant pour la vente de "train" que pour la vente de produits de voyage (hôtel, voiture, séjours ...). En décembre 2004 les envois mensuels se chiffraient à 3.464.000 millions. À partir des nouvelles dispositions sur la publicité par Internet (loi n°2004-575 du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique), il a fallu l'accord préalable du destinataire pour recevoir des offres sur d'autres produits que ceux achetés; les courriels offrant des produits d'agence de voyage seuls ont été réduits à 78.000 envois mensuels et pour des produits mixtes à 1 million ;* le partage inégalitaire des revenus de la publicité sur le site "voyages-sncf.com": le contrat de partenariat a prévu 35% pour la société VSC et 65% pour GL-EXPEDIA devenue Agence VSC, ce qui même après imputation des coûts supportés par le groupe Expedia a assuré jusqu'à fin 2005 à la filiale commune une part prépondérante des revenus publicitaires alors que l'essentiel du trafic du site concernait la société VSC; * la mise à disposition de la marque "voyages-sncf. com": même s'il ne s'agissait pas d'un avantage gratuit comme le laissait penser le contrat de licence et de nom de domaine, parce la gratuité de l'octroi de la licence était compensée par la fourniture d'autres prestations de la part la société Expedia (comme la mise à jour du "Système"), cette mise à disposition a fait profiter la filiale commune de l'image de marque positive de la S.N.C.F., dès lors que le site "voyagessncf.com" se présente comme l'agence de voyages en ligne de la S.N.C.F. ; que la société Expedia ne conteste pas la matérialité des faits mais soutient que son partenariat avec la S.N.C.F. concrétisé par le site "voyages-sncf.com" ne constitue pas un accord de distribution exclusive anticoncurrentiel et conteste le grief d'entente, reprochant essentiellement au Conseil de la concurrence d'avoir procédé par affirmations sans démontrer à aucun moment en quoi les prétendus avantages octroyés à l'Agence VSC à partir du monopole ferroviaire de la S.N.C.F. auraient perturbé la concurrence sur le marché des services d'agence de voyages de loisir ; que plus précisément en premier lieu, s'agissant de la présence de l'Agence VSC sur le site web "voyages-sncf.com", à laquelle sont liés les avantages spécifiques relatifs aux envois publicitaires et aux bénéfices retirés de la

publicité sur le site, la société Expedia reproche au Conseil de la concurrence de ne pas avoir démontré "en quoi l'accès aux clients en ligne de la S.N.C.F. serait indispensable pour permettre aux agences de voyages d'accéder au marché des services d'agence de voyage"; que cependant ce moyen est inopérant; qu'en effet pour caractériser l'avantage anticoncurrentiel, il n'est point besoin que "l'hébergement sur le site "voyages-sncf.com" constitue un canal incontournable pour accéder aux clients en ligne de la SNCF » comme énoncé au § 180 décision; qu'il suffit que ce soit un canal privilégié, auquel les concurrents n'ont pas accès, ce qui est incontestablement le cas du fait de l'engagement d'exclusivité pris par S.N.C.F. au bénéfice de la société Expedia ; qu'en deuxième lieu la société Expedia soutient qu'à défaut de connexité entre le marché du transport ferroviaire de voyageurs et le marché des services d'agence de voyage de loisirs, l'accès de L'Agence VSC au site de vente en ligne de billets de train de la S.N.C.F. n'a pas pu avoir d'effet sensible sur la concurrence dans le marché des services d'agences de voyages de loisir; que la société Expedia précise expressément qu'elle ne conteste pas l'existence d'une connexité entre le marché de la distribution de billets de train et celui des services d'agence de voyage de loisirs mais seulement la connexité entre ce dernier et le marché du transport ferroviaire de voyageurs ; que le Conseil de la concurrence a en effet affirmé l'existence d'une connexité entre le marché du transport ferroviaire, monopole légal de la S.N.C.F. et le marché concurrentiel des services d'agence de voyages de loisir sur lequel agit la filiale commune (§ 181); que cependant la connexité en question n'est pas une condition nécessaire à la démonstration du caractère anticoncurrentiel des pratiques reprochées comme constitutives, ainsi que déjà dit, d'une "entente verticale consistant en un accord de distribution exclusive accordant des avantages au groupe Expedia au détriment de ses concurrents depuis 2001" ; que néanmoins et au surplus il s'avère qu'implicitement la société Expedia ne conteste pas la connexité évidente entre le marché du transport ferroviaire et celui de la distribution de billets, qui est susceptible d'être affecté par la situation de monopole de la S.N.C.F. sur le rail; que le marché des voyages, connexe à celui de la distribution de billets de train est donc également susceptible d'en être affecté par ricochet; qu'ainsi et concrètement les personnes qui veulent prendre le train en France sont obligées de recourir à la S.N.C.F. ; que comme le reconnaît la société Expedia elle-même, elles passent majoritairement par le canal de distribution directe, qu'enfin parmi elles, il y a de fortes chances de trouver des personnes intéressées par les voyages, y compris à l'étranger, et constituant dès lors des clients potentiels pour une agence de voyages de loisir; que cela suffit à constituer des liens entre les trois marchés, rendant possible des interactions entre eux ; qu'enfin il est établi que la société Expedia cherchait à profiter de la clientèle "train" de la S.N.C.F., comme le prouvent notamment les déclarations rapportées au § 184 de la décision : "M. Alex B..., président de la société Expedia France, lors de son audition du 28 mai 2008. a répondu à la question « Quel est le but du partage du site voyages-sncf.com

avec VSC ? » de la façon suivante: « Pour profiter du passage de la clientèle et lui proposer plusieurs produits quelqu'un qui vient acheter du train peut ainsi également acheter une chambre d'hôtel ou un séjour » ; que c'est bien la reconnaissance, non pas à proprement parler d'un détournement, ni d'un transfert de clientèle, mais de l'effet escompté de "l'exposition" de la nouvelle agence au regard des visiteurs du site commercial de la S.N.C.F., dont la très grande majorité arrive pour acheter un voyage ferroviaire donc constitue la clientèle de la S.N.C.F., et par conséquent la reconnaissance par la société Expedia d'un lien entre les différents marchés, et du fait que les accords lui fournissaient vis-à-vis de cette clientèle une voie d'accès dont les autres agences de voyages étaient privées ; qu'en troisième lieu la société Expedia fait valoir que la croissance de l'Agence VSC n'a pas été plus forte que celle des autres agences en ligne, alors qu'elle a déployé des moyens marketing équivalents à ceux des concurrents, ce qui contredirait les affirmations du Conseil de la concurrence sur les effets anticoncurrentiels des accords ; qu'au contraire le chiffre considérable des visiteurs du site "voyagessncf.com §135 : 9 millions de visites en moyenne par mois en 2006), celui très important également (ayant atteint 3 par mois en octobre 2004) des envois courriels publicitaires rapportés dans les § 189 à 201 la décision , ainsi que le pourcentage sensible des ventes de produits non ferroviaires générées par eux (§197 : jusqu'à 21 % en mai 2003) concourent à la démonstration de l'effet des pratiques sur le marché des agences de voyages concerné ; que les nouvelles explications données par la société Expedia devant la Cour sur les chiffres invoqués dans son mémoire en réponse au rapport des rapporteurs ne sont pas de nature à contredire les données chiffrées remises par l'ancien directeur commun de la société VSC et de L'Agence VSC au Conseil de la concurrence ; que l'objection tirée du fait que les autres agences de voyages virtuelles ont connu une progression similaire à celle de L'Agence VSC , avec des dépenses marketing équivalentes aux siennes, n'est pas déterminante; qu'en effet plusieurs de ses concurrents bénéficiaient d'une antériorité ; que tous ont bénéficié du développement de l'utilisation d'Internet mais que rien ne permet de dire que la croissance du nouvel entrant aurait été aussi forte au détriment de ses concurrents s'il n'avait pas eu l'appui de la S.N.C.F. ; que par conséquent la société Expedia est mal fondée à prétendre que les avantages que l'Agence VSC a tirés de la situation de monopole de la S.N.C.F. n'ont pas pu perturber le marché sur lequel la filiale commune est active ; que la société Expedia invoque vainement à ce stade une étude à l'entête "CRA International", dont il résulterait le caractère minime des revenus à rattacher aux avantages critiqués par le Conseil de la concurrence ; qu'une telle quantification relève de l'évaluation du dommage à l'économie à prendre en considération pour fixer la sanction, et non de la qualification de l'entente anti-concurrentielle que de même il suffit que L'Agence VSC ait bénéficié de revenus publicitaires qui étaient générés par la clientèle de l'activité de monopole et non par la sienne propre pour caractériser le caractère anti-concurrentiel de l'entente, le montant du bénéfice important peu à ce stade ; que la société

Expedia soutient encore que seuls les abus de position dominante imputés à la S.N.C.F. et non les accords de partenariat S.N.C.F. / Expedia expliquent la prédominance de la société VSC sur le marché de la distribution de billets de train et les effets potentiels induits, selon elle marginaux, sur le marché des services d'agences de voyages de loisirs ; que de même selon la société Expedia une politique de ventes croisées entre la société VSC et Expedia n'aurait produit aucun effet anticoncurrentiel si les autres agences n'avaient pas pâti des abus commis par la S.N.C.F. ; que la société Expedia en conclut que sans ces abus le trafic sur le site aurait été moindre et en somme qu'elle n'est pas responsable d'un effet anticoncurrentiel non recherché par le partenariat, ni de perturbations de marché résultant des abus ; que toutefois les abus de position dominante retenus contre la S.N.C.F. ont été constatés sur le marché de la distribution de billets de train alors que le marché concerné par l'entente est celui des services d'agences de voyages de loisirs ; Que de toutes façons, peu importent les raisons pour lesquelles l'essentiel des ventes par Internet de billets de train transitaient - et transitent toujours- par le site commercial de la S.N.C.F. ; que ce soit ou non en raison d'abus de position dominante, c'est un fait incontestable que par le biais du partenariat la société Expedia en a sciemment profité ; qu'il est certain que la filiale commune a eu des avantages liés au monopole de la S.N.C.F. et dont ses concurrentes étaient exclues ; qu'en résumé, et sans qu'il soit nécessaire de vérifier si la mise à disposition des signes distinctifs au profit de L'Agence VSC de nature à fausser la concurrence dans le marché des services d'agence voyages de loisir, il est bien démontré qu'un acteur émergent sur le marché des services d'agence de voyages: GL Expedia devenu L'Agence VSC, et un opérateur disposant d'un monopole légal sur le marché connexe du transport ferroviaire de voyageurs, et d'une position dominante sur celui connexe également de la distribution de billets de train ont conclu des accords qui ont eu pour objet et pour effet de fausser la concurrence par les mérites sur le marché des services d'agence de voyages de loisir ; que c'est donc à juste titre que le Conseil de la concurrence a retenu comme établi que la SNCF et la société Expedia Inc. ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et de l'article 81 du traité CE ;

1°) ALORS 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°) ALORS 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 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

3°) ALORS 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°) ALORS 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°) ALORS 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°) ALORS 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°) ALORS 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 Expédia 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°) ALORS 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 ;

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (sur la sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Expédia contre la décision n° 09-D-06 rendu e le 5 février 2009 par le Conseil de la concurrence et d'avoir, en conséquence, rejeté toutes ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE sur la sanction de la société Expédia, à titre subsidiaire la société Expedia demande à la Cour de réformer l'article 5 de la Décision au motif que le Conseil n'a pas correctement apprécié le montant de la sanction à elle infligée, et de la réduire à de plus justes proportions ; qu'aux termes de l'article L 464-2 §1 alinéa 3 du Code de commerce, les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et

à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées; que l'alinéa 4 précise que le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre ; que le Conseil de la concurrence a bien caractérisé la gravité certaine de l'entente mise en oeuvre entre une entreprise disposant d'un monopole légal et ayant utilisé ce dernier pour fausser la concurrence par les mérites, et un groupe américain occupant une position de leader mondial de la vente de voyages en ligne; que cette entente anticoncurrentielle a duré plus de six années et affecté le segment de marché émergent de la vente de voyages en ligne; que le Conseil a en revanche reconnu comme facteur d'atténuation le fait que les concurrents ont quand même connu une croissance soutenue au cours des années considérées ; que concernant le dommage à l'économie, la société Expedia, en contestant l'existence de tout effet perturbateur de la concurrence au titre des prétendus avantages dont aurait bénéficié L'Agence VSC, en dénie par là-même l'existence ; que pour caractériser le dommage à l'économie, le Conseil de la concurrence a relevé que l'entente a affecté un marché dont le chiffre d'affaires, constitué des commissions, a évolué de 278 M€ en 2002 à 341,8 M€ 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 a affirmé que la S.N.C.F. et la société Expedia minimisaient l'impact des pratiques, que toute l'activité de L'Agence VSC avait bénéficié de surplus liés à l'entente difficiles à quantifier mais ne se limitant pas aux revenus tels que calculés dans l'analyse de "CRA International" dont se prévaut la société Expedia ; que celle-ci reproche au Conseil d'avoir rejeté en bloc cette analyse pour ne lui opposer que des pétitions de principe ; que cependant il est indéniable que les avantages anticoncurrentiels caractérisés plus haut ont fait bénéficier l'ensemble de l'activité de L'Agence VSC, et à travers elle la société Expedia, de surplus de revenus au détriment de leurs concurrents exclus des mêmes avantages, entraînant par là même une perturbation du marché des services d'agences de voyages de loisir et un dommage à l'économie que le Conseil de la concurrence n'était pas tenu de chiffrer précisément ; qu'en tout état de cause la sanction de 500.000 € prononcée contre la société Expedia n'est pas disproportionnée ; qu'en effet d'une part d'après les documents communiqués par la S.N.C.F. au Conseil de la concurrence par lettre du 25 mars 2008 figurant dans les annexes du rapport, le chiffre d'affaires propre de L'Agence VSC a connu la progression suivante en France: 2001 33.178 euros 2002 1 .112.360 2003 2.306.681, 2004 7.411.434, 2005 9.882.437, 2006 9.221.446 euros et son chiffre d'affaires total englobant les ventes à l'étranger a atteint 29.984.590 euros en 2006 ; que d'autre part il y a lieu de tenir compte de la part prise par la société Expedia Inc à l'entente aux côtés de la S.N.C.F. , dans un partenariat entre deux sociétés puissantes, et de son chiffre d'affaires tel que communiqué dans une lettre adressée au Conseil de la concurrence le 3 avril 2008 ,c'est-à-dire un chiffre d'affaires mondial hors taxes de 2.665.332,000

US dollars pour l'année 2007; que le plafond de la sanction, est donc supérieur à 26 millions de dollars et à 18 millions d'euros ; qu'enfin, dans son mémoire à l'appui de son recours, la société Expedia admet que la fréquentation du sous-site ferroviaire a pu induire un surplus de 350.000€ de revenus publicitaires pour L'Agence VSC entre 2003 et 2006 (Page 35) et que l'avantage procuré par les news-letters communes a pu représenter entre 2001 et 2004 au maximum 3% des ventes de produits de voyages réalisés par l'Agence VSC (Page 34, étant précisé que selon l'analyse CRA page 35 le volume d'affaires de l'agence était de 130 millions d'euros en 2004 ; qu'aussi, même en supposant ce qui n'est pas démontré, que l'impact des pratiques n'a pas été plus important et même en tenant compte de la part de marché limitée de L'Agence VSC telle qu'alléguée parla requérante (3,14% en 2007, et cumulée avec celle d'Expedia: 6,3%), la société Expedia est mal fondée à solliciter la réduction de l'amende prononcée par le Conseil de la concurrence dans le respect du principe de proportionnalité par rapport aux critères légaux ;

1°) ALORS 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 Expédia 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°) ALORS 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 Expédia 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°) ALORS 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.