

LE CONSEIL DE L'ORDRE

8, RUE DU GRAND-CHÊNE
CASE POSTALE 7056
CH - 1002 LAUSANNE

TÉL : 021 311 77 39
FAX : 021 311 77 49

info@oav.ch
www.oav.ch

Par courriel à : hugo.moret@vd.ch

**Département de l'économie, de
l'innovation et du sport (DEIS)**
A l'att. de Monsieur Hugo Moret
Rue Caroline 11
1014 Lausanne

Lausanne, 14 janvier 2021

Mise en consultation du projet de modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD). Utilisation de clauses limitant la liberté tarifaire des établissements d'hébergement - mise en œuvre de la motion 16.3902 Bischof du 30 septembre 2016

Monsieur le Conseiller juridique,

Au nom de l'Ordre des avocats vaudois (OAV) et dans le délai imparti pour ce faire, je reviens ici sur votre correspondance du 15 décembre 2020 nous invitant à vous faire part de nos observations en relation avec le projet de modification prévue de la LCD dans le but de mettre en œuvre la motion 16.3902 «Interdire les contrats léonins des plates-formes de réservation en ligne dont l'hôtellerie fait les frais», déposée par le conseiller aux États Pirmin Bischof le 30 septembre 2016.

Non sans vous remercier de nous avoir invités à nous déterminer, je vous livre ci-dessous le fruit des travaux menés par la Commission de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence de l'OAV, sous l'égide de sa Présidente Me Maud Fragnière.

* * *

1. Le projet de modification

1.1. Texte légal

Le projet de modification de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (ci-après, la « **LCD** ») vise l'adoption d'un nouvel article 8a LCD, lequel a la teneur suivante :

Art. 8a Utilisation de clauses limitant la liberté tarifaire des établissements d'hébergement

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, prévoit, en tant qu'exploitant d'une plateforme en ligne de réservation de prestations d'hébergement, des conditions générales restreignant la fixation des prix par les établissements d'hébergement au moyen de clauses limitant la liberté tarifaire, en particulier de clauses de parité tarifaire.

1.2. Le contexte

La modification prévue de la LCD a pour but de mettre en œuvre la motion 16.3902 « Interdire les contrats léonins des plates-formes de réservation en ligne dont l'hôtellerie fait les frais », déposée par le conseiller aux États Pirmin Bischof le 30 septembre 2016. Cette motion demande au Conseil fédéral d'interdire les clauses de parité tarifaire (restreintes et larges) dans les contrats entre plateformes de réservation en ligne et établissements d'hébergement.

Dans le cadre de clauses de parité tarifaire « restreintes », un établissement d'hébergement s'engage vis-à-vis d'une plateforme de réservation en ligne à ne pas offrir, sur son propre site Internet, de chambres à un prix inférieur à celui qu'il offre sur la plateforme de réservation en ligne. Il n'est toutefois pas tenu de proposer les mêmes prix à toutes les plateformes de réservation en ligne. Dans le cadre de clauses de parité tarifaire « larges », un établissement d'hébergement s'engage à ne pas proposer sur d'autres canaux de distribution des prix inférieurs à ceux qu'il applique sur une plateforme de réservation en ligne. Il ne peut notamment pas faire des offres plus avantageuses par téléphone, par courriel ou sur une plateforme de réservation en ligne concurrente (cf. rapport explicatif, ch. 1.1, p. 1).

1.3. La décision de la COMCO

Sur initiative d'hotelleriesuisse, la Commission de la concurrence (ci-après, la « **COMCO** ») a ouvert une enquête en décembre 2012 contre les trois plateformes de réservation en ligne Booking.com, Expedia et HRS. Elle soupçonnait entre autres que les clauses paritaires entre les plateformes et les établissements d'hébergement constituaient une entrave à la concurrence. Par décision du 19 octobre 2015¹, la COMCO a estimé que l'utilisation de clauses de parité tarifaire « larges » contrevenait à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (ci-après, la « **LCart** »). Par contre, dans la même décision, elle ne s'est volontairement pas prononcée sur les clauses de parité tarifaire « restreintes », faute d'expérience suffisante en la matière. Il en découle que, aujourd'hui déjà, la COMCO ou les tribunaux compétents pourraient, sur la base de la LCart, déclarer illicites des clauses de parité tarifaire restreintes, pour autant qu'elles entraînent une entrave illicite à la concurrence efficace (cf. rapport explicatif, ch. 1.1, p. 1).

2. L'avis de la Commission

2.1. Le principe de la modification

De manière générale, nous observons que les plateformes de réservation en ligne ont un rôle pro-concurrentiel central à jouer dans la mesure où elles encouragent la concurrence entre établissements hôteliers, facilitent le processus de décision des utilisateurs/clients, donnent de la transparence au marché et permettent à de nouveaux et/ou plus petits offreurs de pénétrer un marché globalisé. Leur existence et leur rôle bénéfique pour la concurrence en général ne devraient donc pas être remis en cause.

Nous comprenons que le Conseil fédéral n'était à l'origine pas favorable à l'adoption d'une disposition légale interdisant formellement les clauses de parité tarifaire des plateformes de réservation en ligne, mais s'est retrouvé contraint de faire une telle proposition à la demande du Parlement. Sur le principe, nous considérons, pour les raisons évoquées dans la présente prise de position, qu'**il conviendrait de s'abstenir d'adopter une telle disposition légale**. Nous espérons donc que le Parlement en reconsidère le principe lors de ses futurs débats. Subsidiairement, l'adoption d'une disposition légale interdisant les clauses de parité tarifaire dites « larges » pourrait être acceptée, mais pas une disposition interdisant également les clauses de parité tarifaire dites « restreintes ».

2.2. Le choix de la LCD

Nous relevons tout d'abord que le choix d'aborder les clauses de parité tarifaires des plateformes de réservation en ligne dans la LCD est pour le moins étonnant – même si l'on comprend qu'il s'agit d'une approche par défaut –. L'insertion de ces clauses dans les contrats entre plateformes et hébergeurs **ne constitue pas un acte déloyal**, qui serait « imposé » par une partie à l'autre, de manière plus ou moins détournée. Ces clauses ont pour but principal d'éviter un problème de parasitisme (« Trittbrettfahrerproblem »), à savoir l'utilisation des services de la plateforme par les clients à des fins de comparaison avant de procéder aux réservations directement auprès de l'hôtel, cas échéant pour un meilleur prix. Elles ne créent ainsi pas un déséquilibre contractuel qu'il faudrait corriger par une disposition légale à l'instar de l'article 8 LCD traitant des conditions générales abusives, mais ont au contraire pour but de rétablir un tel équilibre. Si l'on peut à la rigueur questionner l'importance du problème de parasitisme entre divers canaux de distribution (plateformes, sites Internet des hôtels, agences de voyage, vente directe), il ne peut à notre avis clairement pas être exclu pour la vente en ligne, à savoir entre les plateformes de réservation et les sites Internet des hôtels. A cet égard, il convient donc de reconnaître que les clauses de parité tarifaires restreintes sont sans doute importantes pour corriger ce problème. Les interdire en les considérant comme déloyales ignorerait totalement leur rôle et serait contraire tant à la systématique qu'au but même de la LCD.

2.3. Le droit des cartels

Fondamentalement, la question de la liberté tarifaire des hébergeurs et de sa limitation par les clauses de parité demandées par les plateformes de réservation en ligne est bien plutôt une question de droit des cartels (droit de la concurrence au sens étroit). Il s'agit en effet de savoir si les établissements hôteliers

peuvent se concurrencer les uns et les autres au travers d'offres différenciées par le biais de divers canaux de distribution. C'est donc l'existence et l'intensité même de la concurrence qui est en jeu et non pas la manière dont celle-ci est exercée.

Dans ce contexte, **l'actuelle LCart permet déjà un examen détaillé de ces clauses**, au cas par cas, tant sous l'angle des accords (verticaux) en matière de concurrence (art. 5 LCart) que, cas échéant, de l'abus de position dominante (art. 7 LCart). Sur cette base, la COMCO a déjà eu l'occasion de procéder à une enquête complète sur les clauses de parité tarifaire des sites de réservation en ligne (DPC 2016 p. 71 ss). Alors qu'elle a interdit les clauses de parité larges, elle ne s'est pas prononcée s'agissant des clauses de parité restreintes, laissant la question de leur licéité ouverte au vu du manque de recul pour juger de leurs effets concrets. A l'étranger, le caractère « justifié » (au sens de l'art. 5 al. 2 LCart) de ces clauses afin de lutter contre le problème du parasitage a également été reconnu (notamment en Allemagne dans la décision de l'Oberlandesgericht Düsseldorf du 4 juin 2019 [Az. VI (Kart) 2/16 (V) ; recours pendant]).

Une telle approche, dans le cadre de procédures cartellaires, nous paraît avisée et préférable à l'interdiction totale mise en consultation, qui ne laisserait aucune place à une pesée des effets pro- et anticoncurrentiels de telles clauses. Elle ne préjuge pas d'un nouvel examen de la licéité de ces clauses par la COMCO à l'avenir, mais dans le cadre d'une étude détaillée de leurs effets concrets sur le marché.

2.4. *Les effets de l'interdiction proposée*

S'agissant des effets de l'interdiction proposée, dans le meilleur des cas, si le problème de parasitage mentionné ci-avant devait en réalité ne pas exister, une interdiction totale des clauses de parité tarifaires entre plateformes de réservation en ligne et hébergeurs – y compris des clauses de parité restreintes – n'aurait **aucun effet bénéfique** particulier pour les établissements hôteliers. Dans le pire des cas, il est à craindre qu'elle conduise les plateformes à **modifier leur modèle économique** en raison du risque de parasitage, par exemple pour passer à une facturation sur la base de forfaits, laquelle risque d'être moins favorable aux petits établissements, aux nouveaux établissements, et à la concurrence en général. Les plateformes pourraient également se servir de leurs algorithmes de classement pour faire en sorte de **rétrograder** les établissements de recherche qui, dans les faits, ne respectent pas la parité tarifaire (cf. rapport explicatif, ch. 1.3, p. 7).

3. Conclusions

La Commission est d'avis qu'il conviendrait de **renoncer à légiférer** sur les clauses de parité tarifaire entre plateformes de réservation en ligne et établissements hôteliers, et en particulier de ne pas introduire l'article 8a proposé dans la LCD, mais de **laisser la COMCO suivre cette problématique** et intervenir, cas échéant, suite à une nouvelle enquête permettant de juger concrètement des effets de ces clauses. Subsidiairement, une interdiction des clauses de parité dites « larges » pourrait être acceptable, à l'exclusion des clauses de parité dites « restreintes ».

Telles sont les réponses de l'Ordre des avocats vaudois dans le cadre de la consultation à laquelle vous l'avez associé.

Le Conseil de l'Ordre, ainsi que la Commission de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence qui a examiné le projet, se tiennent à votre entière disposition pour poursuivre ces réflexions.

Une copie des présentes observations est adressée au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche.

Vous remerciant de l'attention que vous porterez à ces lignes, je vous prie de croire, Monsieur le Conseiller juridique, à l'assurance de ma parfaite considération.

Pour le Conseil de l'Ordre :

Nicolas Gillard

