

Monsieur le Président de la Confédération
Guy Parmelin
Chef du Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche DEFR
3003 Berne

fair-business@seco.admin.ch

Paudex, le 15 janvier 2021
SHR/mis

**Consultation fédérale – modification de la loi sur la concurrence déloyale (LCD) –
mise en œuvre de la motion 16.3902 Bischof du 30 septembre 2016**

Monsieur le Président,

Nous avons pris connaissance de la consultation mentionnée sous rubrique et nous
permettons de vous transmettre ci-après notre prise de position.

I. Contexte

Depuis quelques années, avec la numérisation et le développement de plateformes de réservation en ligne, le marché dans le secteur du tourisme s'est transformé avec une augmentation et la généralisation des réservations d'hébergement en ligne par rapport aux contacts directs entre hôtels et clients. Les gestionnaires de plateformes de réservation d'hôtels en ligne agissent comme des intermédiaires entre les hôtels partenaires et les clients finaux. Ils offrent la possibilité à ces derniers de chercher en ligne des hôtels et de les comparer – notamment grâce à un système de classement (Ranking) –, puis d'obtenir immédiatement une confirmation de réservation de chambre. Les gestionnaires touchent une commission représentant un pourcentage du chiffre d'affaires généré par les réservations conclues via leur plateforme, ces commissions pouvant varier suivant les catégories d'hôtels (hôtels individuels, chaînes d'hôtels, partenaires privilégiés). Ce nouveau modèle de distribution présente des avantages pour les hôtels, qui bénéficient d'un accès à un marché beaucoup plus grand, avec une visibilité plus large. L'inconvénient est toutefois que ces derniers dépendent fortement des plateformes en ligne qui détiennent une position forte dans un marché hautement concentré. Les relations commerciales entre exploitants de plateformes et établissements d'hébergement sont réglées par des contrats-types dont les conditions générales (CG) contiennent souvent des clauses limitant la liberté tarifaire ou des clauses de parité tarifaire. Selon ces clauses, les établissements d'hébergement sont tenus de ne pas proposer de nuitées sur d'autres canaux de distribution (clause de parité tarifaire au sens large) ou à tout le moins sur leur propre site internet (clause de parité tarifaire au sens restreint) à des prix inférieurs à ceux de la plateforme de réservation en ligne. Nombreux sont ainsi les établissements d'hébergement à se trouver en situation de dépendance et à se sentir contraints de figurer sur des plateformes pour répondre à la flexibilisation actuelle du secteur touristique.

En Suisse, la question de savoir s'il faut adapter les dispositions légales pour pouvoir agir plus efficacement contre la dominance des plateformes est débattue depuis quelques

années. L'Assemblée fédérale a adopté, en 2017, la motion 16.3902 « Interdire les contrats léonins des plateformes de réservation en ligne dont l'hôtellerie fait les frais » déposée par le conseiller aux Etats Pirmin Bischof le 20 septembre 2016 qui demande au Conseil fédéral d'interdire les clauses de parité tarifaire dans les contrats entre plateformes en ligne et établissements d'hébergement. Cette motion a été suscitée et soutenue par l'association faïtière hotelleriesuisse qui jugeait le COMCO trop passive.

Aujourd'hui, il existe déjà dans le droit actuel des moyens juridiques d'agir contre les plateformes en ligne dont les clauses seraient abusives. La Commission de la concurrence (COMCO) s'est penchée sur la question en décembre 2012 en ouvrant une enquête contre trois plateformes de réservation en ligne : Booking.com, Expedia et HRS. Par décision du 19 octobre 2015, la COMCO a estimé que l'utilisation de clauses tarifaires « larges » contrevenait à la loi sur les cartels (LCart). Elle a fait interdiction aux trois gestionnaires de plateformes visés de recourir à de telles clauses dans leurs accords avec les hôtels partenaires en Suisse. En revanche, dans la même décision, elle ne s'est volontairement pas prononcée sur les clauses de parité tarifaires restreintes, faute d'expérience en la matière. La COMCO s'est en outre distanciée du monde politique en faisant savoir en 2017 qu'elle ne jugeait pas utile d'agir à nouveau.

Sur le plan d'international, d'autre pays – et notamment nos pays voisins : France, Italie et Autriche – ont instauré une interdiction légale des clauses de parité tarifaire restreintes entre les plateformes de réservation en ligne et les établissements d'hébergement. L'Allemagne a aussi interdit ces clauses restreintes par le biais de son autorité de la concurrence.

II. Le projet

Le Conseil fédéral, suivant les exigences de la motion Bischof, propose de modifier la LCD et d'interdire les clauses limitant la liberté tarifaire dans les conditions générales.

Le projet propose l'introduction d'un nouvel article 8a LCD qui déclare déloyales dans les conditions générales (CG) les clauses limitant la liberté tarifaire régissant les relations entre les plateformes de réservation en ligne et les établissements d'hébergement. Par CG, on entend les dispositions contractuelles formulées à l'avance pour un grand nombre de conclusions de contrat et non négociables. Le caractère déloyal réside dans le fait que ces clauses restreignent la liberté des établissements d'hébergement de fixer leurs prix, ce qui induit une disproportion entre les droits et les obligations des parties au contrat. Les CG ayant pour objet une chose illicite, de telles clauses sont frappées de nullité. Les acteurs « victimes » de telles clauses peuvent agir sur le plan civil par les voies de droit et les voies de recours prévues par la LCD. Il n'est pas prévu de sanctions pénales.

Nous relevons que la question de savoir s'il convient d'adopter des dispositions légales spécifiques pour protéger ce secteur d'activités est complexe. La révolution numérique et les développements dans l'économie qui en découlent ouvrent de nouvelles possibilités, mais présentent aussi des dangers pour la concurrence qu'il n'est pas aisé d'appréhender.

Sur le plan purement juridique, la révision renforcerait la liberté des établissements d'hébergement de définir leurs offres. Dans la pratique toutefois, nous nous interrogeons sur les réels effets de cette solution et nous demandons si les établissements d'hébergement connaîtraient réellement une amélioration significative de leur position sur le marché par rapport aux plateformes de réservation en ligne. En effet, ce sont aussi les algorithmes (par exemple les algorithmes de classement définissant l'ordre d'apparition des établissements d'hébergements) qui induisent indirectement une parité tarifaire. Ce point de vue est confirmé par l'analyse d'impact de la réglementation (AIR) réalisée par l'administration qui arrive à la même conclusion et qui figure dans le rapport explicatif.

Nous partageons la vision générale d'une politique économique reposant sur la liberté d'entreprendre. L'Etat doit intervenir de manière subsidiaire, uniquement lorsque cela est nécessaire, si possible en prévoyant des dispositions transversales et générales. Or ici, le projet instaure une « lex booking », spécifique à un secteur particulier. Cela dit, nous sommes sensibles aux préoccupations de la branche hôtelière, soucieuse de défendre ses membres, et comprenons la démarche. Une concurrence saine et efficace fait aussi partie des conditions cadres nécessaires au développement des entreprises suisses et il semble qu'il y ait ici une certaine distorsion induite par la dominance des plateformes en ligne sur les hôtels pris individuellement. Les plateformes, de par leur forte position sur le marché et de par leur capacité financière, sont en mesure d'imposer des conditions générales qui entravent la liberté des entrepreneurs. A l'instar du Conseil des Etats, nous sommes ainsi sensibles à l'argument que plusieurs de nos pays voisins ont déjà interdit ces clauses restreintes ou s'approprient à le faire. Ne pas entrer en matière reviendrait à défavoriser les hôteliers suisses face à leurs concurrents des pays voisins, ce qui n'est pas souhaitable. La modification de la LCD confèrera aux établissements d'hébergement une plus grande marge de manœuvre sur le plan juridique et les encouragera à utiliser les voies de droit existantes ou cette nouvelle possibilité offerte par l'art. 8a LCD. Il s'agit ainsi d'établir des conditions-cadres garantissant sur les plateformes, et sans nuire à celles-ci, les moyens d'action de l'hébergement en tant qu'important secteur de PME, ainsi que la suppression des importantes limitations imposées aux entreprises suisses par les plateformes, mais aussi de montrer un signal, préventif, à l'égard de celles-ci.

Pour ces motifs, nous pouvons soutenir le projet du Conseil fédéral qui ne fait que transposer dans la LCD les exigences fixées dans la motion Bischof et qui permettra de maintenir la concurrence et protéger les PME exposées de manière disproportionnée à d'éventuelles pratiques déloyales d'exploitants de plateformes. Il nous semble toutefois qu'un examen plus poussé sur la faisabilité d'une clause générale et qui ne serait pas limitée au secteur de l'hébergement/hôtellerie est nécessaire (voir ci-dessous).

- *Extension de l'art. 8a LCD à d'autres secteurs d'activités*

La LCD vise à garantir une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée. Elle s'applique à l'ensemble de l'économie et il n'y a, jusqu'à présent, pas d'éléments constitutifs d'une concurrence déloyale se limitant à une seule branche. Les difficultés rencontrées par les hôteliers face aux plateformes de réservation en ligne pourraient aussi toucher d'autres secteurs d'activité au vu de la généralisation de la numérisation de l'économie et du pouvoir grandissant des géants du numérique. Il découle de ce qui précède qu'il conviendrait d'examiner plus avant si cette nouvelle norme ne devrait pas être libellée de manière plus large, indépendamment d'un secteur d'activité déterminé.

Le nouvel art. 8a LCD pourrait être libellé ainsi :

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

III. Conclusions

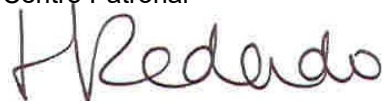
Au vu de ce qui précède, nous pouvons soutenir le projet de révision de la loi sur la concurrence déloyale tel que proposé par le Conseil fédéral. Il conviendrait toutefois

d'examiner plus avant si cette nouvelle norme ne devrait pas être libellée de manière plus large, indépendamment d'un secteur d'activité déterminé.

* * *

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous prions de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de notre haute considération.

Centre Patronal

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'S. Redondo'. The signature is written in a cursive, flowing style.

Sandrine Hanhardt Redondo