



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche DEFR

Secrétariat d'État à l'économie SECO
Organisation, droit et accréditation
Droit

octobre 2020

Berne

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

**Rapport explicatif
relatif à l'ouverture de la procédure de consultation**

Avant-projet et rapport explicatif sur la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)

Aperçu

La présente modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) a pour but de mettre en œuvre la motion 16.3902 Bischof. Le projet déclare déloyales les clauses limitant la liberté tarifaire et les clauses de parité tarifaire que les exploitants de plateformes introduisent dans leurs conditions générales à l'endroit des établissements d'hébergement. En vertu de l'art. 20 du code des obligations (CO), la conséquence juridique de tels objets de contrat est la nullité. La nouvelle disposition de la LCD relève du droit civil et ne prévoit aucune sanction pénale.

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 et transmise par le Parlement, 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.

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.

Le nouvel art. 8a AP-LCD proposé déclare déloyales dans les CG les clauses limitant la liberté tarifaire et les clauses de parité tarifaire régissant les relations entre les plateformes de réservation en ligne et les établissements d'hébergement. 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, il y a nullité en vertu de l'art. 20 CO.

La nouvelle disposition relève du droit civil. Elle doit être appliquée par les acteurs économiques privés concernés. Il n'est pas prévu de sanction pénale.

Des pays voisins (France, Italie et Autriche) ont également instauré une interdiction légale des clauses de parité tarifaire restreintes et larges entre les plateformes de réservation en ligne et les établissements d'hébergement. En Allemagne, où il n'existe actuellement aucune réglementation spécifique dans ce domaine, le Tribunal régional supérieur de Düsseldorf (Oberlandesgericht) a distingué les décisions rendues par l'Office fédéral des ententes (Bundeskartellamt, BKartA) en matière de clauses de parité tarifaire restreintes et larges : s'il estime que les clauses de parité larges contreviennent au droit des cartels, il juge que les clauses de parité restreintes sont compatibles avec celui-ci. Sa décision n'est toutefois pas encore entrée en force et la procédure est pendante devant la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof, BGH).

L'analyse d'impact de la réglementation (AIR) réalisée suggère que l'interdiction proposée des clauses de parité tarifaire ne conférerait aux établissements d'hébergement une plus grande marge de manœuvre que sur le plan juridique. Ces derniers ne devraient toutefois pas connaître une amélioration significative de leur position sur le marché par rapport aux plateformes de réservation en ligne.

Table des matières

Aperçu	2
1 Contexte	4
1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés	4
1.2 Plateformes de réservation en ligne : modèle économique et importance	4
1.3 Solutions étudiées et solution retenue	5
1.4 Relation avec le programme de la législature	7
1.5 Relation avec les stratégies du Conseil fédéral	7
1.6 Classement d'interventions parlementaires	7
2 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	7
3 Présentation du projet	8
3.1 Dispositif proposé	8
3.2 Mise en œuvre	9
4 Commentaire de la nouvelle disposition	10
5 Conséquences	11
5.1 Conséquences pour la Confédération	12
5.1.1 Conséquences sur les finances et le personnel	12
5.2 Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les villes, les agglomérations et les régions de montagne	12
5.3 Conséquences économiques	12
5.4 Conséquences sanitaires et sociales	13
5.5 Conséquences environnementales	13
6 Aspects juridiques	13
6.1 Constitutionnalité	13
6.2 Compatibilité avec les obligations internationales	13
6.3 Forme de l'acte à adopter	13
6.4 Frein aux dépenses	13
6.5 Délégation de compétences législatives	13

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

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, 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 de 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.

Sur initiative d'hotellerieuisse, la Commission de la concurrence (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 sur les cartels (LCart)². 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 matière³. 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.

Dans son avis du 16 novembre 2016, le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion 16.3902 Bischof en avançant notamment que des possibilités légales existent déjà pour empêcher que les clauses de parité tarifaire restreignent la concurrence. Le Conseil national (second conseil) a transmis la motion lors de la session d'automne 2017, après que le Conseil des États l'eut adoptée au printemps 2017. En conséquence, le Conseil fédéral est chargé de présenter les modifications de loi nécessaires pour interdire les clauses de parité tarifaire dans les rapports contractuels entre plateformes de réservation en ligne et établissements d'hébergement.

Selon la motion, l'interdiction des clauses de parité tarifaire a pour but de promouvoir la distribution directe sur les sites internet des établissements d'hébergement et de renforcer ainsi la compétitivité de ces derniers. Les clauses limitant la liberté tarifaire et les clauses de parité tarifaire restreignent la liberté des établissements d'hébergement de fixer leurs prix, étant donné qu'elles leur ôtent la possibilité de se démarquer de l'offre des plateformes de réservation en ligne via une distribution directe. L'objectif principal est de frapper de nullité les clauses de parité tarifaire figurant dans les contrats conclus entre des plateformes de réservation en ligne et des établissements d'hébergement.

1.2 Plateformes de réservation en ligne : modèle économique et importance

Les plateformes de réservation en ligne standardisent les offres des établissements d'hébergement et les proposent aux clients finaux via leur plateforme. Les indications fournies par le prestataire initial sont souvent complétées avec des informations supplémentaires. Les évaluations effectuées par d'anciens clients jouent un rôle majeur. Il convient de préciser que, à quelques exceptions près, l'offre proposée au client final (y c. le prix) est définie par le prestataire initial. Si le client décide de réserver l'offre par le biais de la plateforme en ligne, celle-ci reçoit de la part de l'établissement d'hébergement une partie du prix de vente sous la forme d'une commission.

Dans le cadre de ce modèle économique, la plateforme de réservation en ligne interagit comme intermédiaire tant auprès des établissements d'hébergement que des clients finaux, raison pour laquelle on parle de « marché biface ». Ce marché est principalement caractérisé par deux aspects. Premièrement, la

¹ Décision de la COMCO du 19 octobre 2015 (en allemand uniquement) relative aux plateformes de réservation hôtelière en ligne ; DPC 2016, p. 67 ss ; rapport annuel 2015 de la COMCO, p. 5.

² Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels (LCart ; RS 251).

³ Décision de la COMCO du 19 octobre 2015, DPC 2016, p. 67 ss. N 69.

structure des coûts du côté des plateformes de réservation en ligne se distingue par des coûts fixes élevés et des coûts variables relativement bas. Une grande partie des dépenses de ces plateformes sont liées au développement et à l'exploitation de leur site internet et de l'infrastructure informatique sous-jacente. Deuxièmement, les plateformes de réservation en ligne présentent d'importants effets de réseau : l'attrait d'une plateforme pour les clients finaux et les établissements d'hébergement augmente avec le nombre d'acteurs présents. D'un point de vue théorique, de telles caractéristiques favorisent une forte concentration des marchés et l'émergence de monopoles naturels, permettant ainsi à quelques plateformes de réservation en ligne de devenir de puissants acteurs du marché.

Les clients finaux des plateformes de réservation en ligne peuvent accéder facilement à une vision d'ensemble des différentes offres des établissements d'hébergement. Cet aperçu, conjugué au système d'évaluation par les clients et au système de paiement harmonisé, réduit les coûts de recherche et de transaction. La transparence accrue du marché peut en outre favoriser l'intensification de la concurrence entre les établissements d'hébergement et, partant, l'amélioration de la qualité et la réduction des prix. Le service fourni par les plateformes de réservation en ligne n'est pas directement payé par le client final, mais par les établissements d'hébergement sous la forme d'une commission.

Pour les établissements d'hébergement, la visibilité des plateformes de réservation en ligne est essentielle. Ils peuvent ainsi atteindre un grand nombre de clients potentiels, notamment sur des marchés lointains, sans déployer des mesures de marketing additionnelles. Ce point peut s'avérer décisif en particulier pour des petits prestataires indépendants ou pour des nouveaux prestataires, qui disposent souvent d'un budget marketing limité. Alors que la grande visibilité des plateformes offre aux établissements d'hébergement des avantages en matière d'acquisition de nouveaux clients, elle peut constituer un inconvénient potentiellement majeur vis-à-vis des clients existants et des clients locaux. Les plateformes de réservation en ligne peuvent être perçues comme une concurrence à la distribution directe des établissements d'hébergement. Pour la fourniture de leurs services, les plateformes perçoivent une commission allant de 12 à 16 % du prix de vente.

Malgré l'importance croissante des plateformes de réservation en ligne, la structure de réservation de nuitées en Suisse reste dominée par la distribution directe. En 2018, plus de la moitié des nuitées ont été réservées directement auprès des établissements d'hébergement. Une comparaison avec 2013 montre toutefois que la distribution directe via le site internet d'un établissement d'hébergement n'a pratiquement pas profité de l'augmentation tendancielle des réservations en ligne. La part de marché des réservations par le biais des sites internet des hôtels n'a progressé que de façon marginale entre 2013 et 2018, en dépit du recul des canaux de distribution hors ligne. À l'inverse, la part de marché des plateformes de réservation en ligne a considérablement augmenté durant la même période. En 2018, 1 réservation sur 4 était faite sur une telle plateforme.

Il convient de souligner que les chiffres présentés constituent une vue d'ensemble. La dépendance individuelle d'un établissement d'hébergement est essentiellement fonction de la structure de la clientèle. Les plateformes jouent un rôle moins important pour un hôtel de vacances positionné sur une niche de marché et qui profite d'une vaste clientèle de longue date ainsi que d'une distribution directe conviviale en ligne que pour un hôtel citadin ayant une faible proportion de clients réguliers et accueillant un grand nombre d'hôtes venus de pays plus ou moins lointains⁴.

1.3 Solutions étudiées et solution retenue

Comme il a été mentionné plus haut, les importants effets de réseau et la structure des coûts marquée par des coûts fixes élevés favorisent une forte concentration des marchés et l'émergence de monopoles naturels en faveur des plateformes de réservation en ligne, qui pourraient exiger une intervention étatique.

Au travers du droit de la concurrence en vigueur, la COMCO dispose déjà d'instruments permettant d'empêcher et, le cas échéant, de sanctionner également sur ces marchés les accords en matière de concurrence non justifiés d'un point de vue économique, de même que l'exercice abusif d'une éventuelle position dominante. Sur la base de la décision, toujours valable, du 19 octobre 2015 de la COMCO, les clauses paritaires larges de Booking.com, d'Expedia et d'HRS sont interdites en vertu du droit des cartels. La COMCO a en outre la possibilité d'entamer une nouvelle procédure pour durcir encore le ton face aux plateformes de réservation en ligne et leur interdire également les clauses de parité tarifaire restreintes. Dans ses considérations concernant les clauses paritaires restreintes, la COMCO ne s'est volontairement pas prononcée sur cette question, faute d'expérience suffisante en la matière⁵. L'évaluation, sous l'angle de la concurrence, des plateformes de réservation en ligne pourrait par ailleurs être considérablement influencée par la notion de pouvoir de marché relatif, qui pourrait être introduite dans les prochaines

⁴ La présentation du modèle économique mentionné au ch. 1.2 a été reprise de l'étude suivante : Ecoplan, Regulierungsfolgenabschätzung zum Verbot von Preisparitätsklauseln im Vertragsverhältnis von Online-Buchungsplattformen und Beherbergungsunternehmen, Schlussbericht vom 22.04.2020 (AIR Ecoplan), pp. 8-12.

⁵ Décision de la COMCO du 19 octobre 2015, DPC 2016, p. 67 ss., N 69.

années⁶. Les conséquences exactes d'une telle réglementation ne peuvent pas être déterminées à ce jour. En principe, la notion de pouvoir de marché relatif pourrait toutefois offrir de nouvelles possibilités pour empêcher, en vertu du droit des cartels, différentes pratiques en cas de relations contractuelles bilatérales créant des situations de dépendance. Indépendamment de cette réglementation, une procédure en cours ouverte par le Surveillant des prix contre Booking.com pourrait déboucher sur une réduction des taux de commission. Selon l'analyse d'impact de la réglementation approfondie réalisée par Ecoplan il n'existe, du point de vue de la concurrence, aucune raison évidente qui justifierait une interdiction spécifique supplémentaire des clauses de parité tarifaire. L'abandon intégral d'une réglementation d'interdiction constitue par conséquent également une option envisageable.

À l'origine, le Conseil fédéral avait prévu de mettre en œuvre la motion 16.3902 Bischof dans le cadre du contre-projet indirect à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) »⁷ et de la classer dans le message correspondant. Toutefois, s'appuyant sur les résultats de la consultation⁸, il a renoncé à proposer au Parlement de classer la motion dans le cadre du contre-projet indirect à l'initiative populaire⁹. C'est la raison pour laquelle la mise en œuvre de la motion sous forme d'objet distinct a connu du retard.

À la suite de cette décision du Conseil fédéral, il a fallu déterminer où ancrer l'interdiction des clauses de parité tarifaire demandée par le Parlement. La motion reste muette à ce sujet. Les variantes suivantes ont été examinées : réglementation dans la LCart, dans la loi sur la surveillance des prix (LSP)¹⁰, dans la LCD¹¹, dans le CO¹² ou création d'une loi spéciale.

L'avantage d'une *loi spéciale* est qu'elle pourrait être taillée sur mesure pour la matière à régler. Elle nécessiterait toutefois la mise en place d'un régime de droits et d'un système de sanctions. On risquerait alors une réglementation excessive, susceptible d'entraîner une fragmentation de l'ordre juridique : chaque nouveau domaine à régler donnerait lieu à une nouvelle loi.

La *LCart* a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence (cf. art. 1 LCart). Elle s'applique à toutes les branches et ne connaît donc pas de réglementation spécifique à une branche (*hôtellerie*, p. ex.). Elle suit une approche incitative et ne prévoit pas d'interdictions (à l'exception de la suppression de la concurrence). Une exception générale, applicable dans tous les cas de figure, est par conséquent contraire à la systématique du droit des cartels. À cela s'ajoute que la LCart prévoit un système de sanctions strict, qui serait disproportionné pour les clauses contractuelles dont il est question. Même si la LCart ne convient pas pour accueillir l'interdiction demandée, elle pourrait toujours être applicable aux cas portant sur des clauses de parité tarifaire restreintes et larges (indépendamment de la branche concernée).

La *LSP* ne prévoit pas non plus de réglementations sectorielles ni d'interdictions. Par ailleurs, l'élément déterminant pour la LSP est le prix. C'est sur ce point que repose la procédure formelle ouverte par le Surveillant des prix à l'encontre de Booking.com concernant le montant des commissions que la plateforme exige en tant qu'intermédiaire d'établissements d'hébergement¹³.

Pour le *CO*, la conséquence juridique d'un contrat ayant pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs est la nullité (art. 20 CO). Il ne prévoit pas d'autres sanctions. Dans le cas présent, il y aurait d'abord lieu d'établir le caractère illicite des clauses de parité tarifaire entre les plateformes de réservation en ligne et les établissements d'hébergement. Ancrer une disposition de ce type dans le *CO* serait problématique : elle serait étrangère à la partie générale du *CO* et trouverait difficilement sa place dans la partie spéciale. En tout état de cause, le droit privé impératif requiert une justification particulière. En outre, les réglementations sectorielles sont de loin l'exception dans le *CO*.

Le Conseil fédéral estime par conséquent que la LCD, malgré certaines réserves, se prête le mieux à l'introduction d'une telle interdiction : elle prévoit en effet un régime de droits et un système de sanctions civiles efficace (art. 9 ss. LCD). Par ailleurs, la nullité des clauses de parité tarifaire visée par l'auteur de la motion peut être réalisée dans la LCD : il suffit d'y qualifier ces clauses de conditions générales abusives. Enfin, avec son art. 8, la LCD contient déjà une disposition qui considère comme déloyale l'utilisation de conditions commerciales abusives.

⁶ Cf. les délibérations parlementaires en cours sur l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) » et le contre-projet indirect du Conseil fédéral, Numéro d'objet : 19.037.

⁷ Numéro d'objet : 19.037, www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis469.html.

⁸ Rapport de mai 2019 sur les résultats de la consultation relative à la modification de la loi sur les cartels (LCart) : contre-projet indirect à l'initiative populaire fédérale « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) » et mise en œuvre de la motion 16.3902 Bischof, p. 15 ; www.seco.admin.ch/seco/fr/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz/Fair-Preis-Initiative.html.

⁹ Cf. message du 29 mai 2019 relatif à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) » et au contre-projet indirect (modification de la loi sur les cartels), FF 2019 4665, 4724.

¹⁰ Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSP ; RS 942.20).

¹¹ Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241).

¹² Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (livre cinquième : droit des obligations ; RS 220).

¹³ DPC 2017, p. 725.

Selon l'AIR approfondie réalisée par Ecoplan, un régime d'interdiction incluant des clauses de parité de disponibilité et de parité de conditions de réservation renforcerait la liberté des établissements d'hébergement de définir leurs offres, du moins sur le plan purement juridique. Cette solution ne devrait toutefois pas produire des effets notables dans la pratique¹⁴. Une réglementation réellement efficace devrait également interdire les mesures fondées sur les algorithmes, qui induisent indirectement une parité tarifaire. À titre d'exemple, un algorithme de classement définit l'ordre d'apparition des établissements d'hébergement dans les résultats de recherche. Les plateformes de réservation en ligne peuvent faire en sorte de rétrograder dans le classement les établissements de recherche qui ne respectent pas la parité tarifaire restreinte. L'étude souligne toutefois que l'interdiction de telles pratiques devrait être formulée de manière tellement large qu'elle pourrait créer une grande insécurité juridique concernant sa portée. C'est pourquoi un régime d'interdiction allant plus loin que l'interdiction proposée ne constitue pas une solution viable¹⁵.

1.4 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'a pas été annoncé dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023 (FF 2020 1709).

1.5 Relation avec les stratégies du Conseil fédéral

La réglementation proposée n'affecte aucune stratégie du Conseil fédéral.

1.6 Classement d'interventions parlementaires

Le projet mis en consultation met en œuvre la motion 16.3902 Bischof, raison pour laquelle son classement est proposé.

2 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

Les clauses limitant la liberté tarifaire et les clauses de parité tarifaire régissant les relations entre les exploitants de plateformes de réservation et les établissements d'hébergement ne font l'objet d'aucune réglementation spécifique au niveau paneuropéen. Toutefois, le droit européen des cartels est également applicable aux cas portant sur les clauses de parité tarifaire. Aucune réglementation ou décision spécifique n'a été édictée à ce jour à l'échelle de l'UE.

Faute de réglementation au niveau européen, plusieurs pays ont édicté des normes légales ad hoc au niveau national. La France, l'Italie, l'Autriche et la Belgique restreignent sur le plan législatif l'utilisation des clauses de parité tarifaire visant les établissements d'hébergement.

On trouvera ci-après une brève présentation des réglementations mises en place notamment par nos voisins et, pour l'Allemagne et la Suède, qui ne disposent d'aucune réglementation spécifique, un résumé de la jurisprudence actuelle.

La France a mis en place, en août 2015, une réglementation ad hoc dans le code du tourisme (art. L. 311-5-1)¹⁶, qui dispose que l'hôtelier a la liberté de consentir à tout moment à ses clients tout rabais ou avantage tarifaire. Toute clause contraire figurant dans des contrats avec des exploitants de plateformes est non avenue¹⁷. Le non-respect de cette disposition peut être puni d'une amende de 30 000 à 150 000 €¹⁸.

¹⁴ AIR Ecoplan, pp. 46-47.

¹⁵ AIR Ecoplan, p. 41.

¹⁶ Introduite par l'art. 133 LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « loi Macron »), sachant que l'art. L. 311-5 a été intégré dans le code du tourisme. Cf. www.legifrance.gouv.fr ; Droit national en vigueur > Textes consolidés> LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

¹⁷ L. 311-5-1 du code du tourisme dispose : « Le contrat entre un hôtelier et une personne physique ou morale exploitant une plateforme de réservation en ligne portant sur la location de chambres d'hôtel aux clients ne peut être conclu qu'au nom et pour le compte de l'hôtelier et dans le cadre écrit du contrat de mandat mentionné aux articles 1984 et suivants du code civil. – Nonobstant le premier alinéa du présent article, l'hôtelier conserve la liberté de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite. »

¹⁸ Art. L. 311-5-3, al. 1, du code du tourisme.

L'Italie a également introduit une loi, en août 2017, interdisant aux plateformes de réservation en ligne l'utilisation de clauses de parité tarifaire. La modification correspondante est introduite à l'art. 1, al. 166, de la loi italienne sur la concurrence¹⁹.

En Autriche, la loi fédérale contre la concurrence déloyale (öUWG) interdit depuis janvier 2017 les clauses limitant la liberté tarifaire et les clauses de parité tarifaire. Cette mesure, qui vise les exploitants de plateformes de réservation en ligne en relation d'affaires avec des établissements d'hébergement, est citée dans la liste des pratiques commerciales déloyales en toutes circonstances et jugées agressives²⁰. Par ailleurs, la loi autrichienne sur l'indication des prix (öPrAG) règle la conséquence juridique, à savoir la nullité, des clauses de fixation de prix ou des clauses de meilleur prix figurant dans les contrats conclus entre les exploitants de plateformes de réservation et les établissements d'hébergement²¹.

En Allemagne, il n'existe pas pour l'instant d'interdiction légale des clauses de parité tarifaire restreintes et larges. Deux procédures ont certes été engagées par l'Office fédéral des ententes (*Bundeskartellamt*) à l'encontre des plateformes de réservation en ligne HRS et Booking.com pour infraction au droit des cartels et une troisième contre la plateforme Expedia est encore pendante, mais les décisions judiciaires rendues à l'issue des deux premières actions susmentionnées sont contradictoires. Dans le cas d'HRS, l'Office fédéral des ententes a interdit en 2013 à la plateforme d'utiliser des clauses de meilleur prix. Le Tribunal régional supérieur de Düsseldorf (*Oberlandesgericht*) a confirmé cette décision. Les clauses de meilleur prix utilisées par HRS obligeaient les hôtels liés par contrat à toujours proposer à la plateforme les meilleurs tarifs tout en leur interdisant de les offrir sur leur propre site internet et à travers d'autres canaux de distribution²². Même si l'expression « clauses de parité tarifaire larges » n'a été utilisée ni par l'Office fédéral des ententes ni par le Tribunal, c'était bel et bien cela qui était en jeu. Preuve en est l'arrêt du Tribunal régional supérieur de Düsseldorf de juin 2019 concernant Booking.com²³, qui a abouti à la conclusion que les clauses de parité tarifaire restreintes utilisées par Booking.com ne contreviennent pas au droit des cartels et qu'elles sont donc licites. Toutefois, la Cour fédérale de justice a admis un recours contre refus d'autorisation du pourvoi en cassation déposé par l'Office fédéral des ententes contre cette décision. Elle a ainsi annulé la validité juridique de l'arrêt du Tribunal régional supérieur de Düsseldorf et procédera elle-même à une évaluation de ces clauses du point de vue du droit des cartels²⁴.

En Suède, le Tribunal des brevets et des marchés a interdit l'utilisation de clauses de parité tarifaire restreintes. Cette décision a toutefois été annulée par la juridiction d'appel, qui a estimé que les conséquences anticoncurrentielles des clauses de parité tarifaire de Booking.com sur le marché n'avaient pas été démontrées par l'instance précédente²⁵.

3 Présentation du projet

3.1 Dispositif proposé

Comme indiqué au ch. 1.2, il est prévu d'ancrer dans la LCD l'interdiction des clauses de parité tarifaire. La nullité de telles clauses visée par la motion peut être réalisée dans la LCD dès lors que l'on y qualifie ces clauses de conditions générales abusives. Le caractère déloyal tient au fait que les clauses de parité tarifaire des plateformes de réservation restreignent la liberté des établissements d'hébergement de fixer les prix, ce qui crée une disproportion injustifiée eu égard aux droits et aux obligations des établissements d'hébergement parties au contrat. Il réside donc – à l'instar de l'art. 8 LCD, qui se limite au consommateur – dans le fait que des CG de ce type ont pour objet une chose illicite. Le caractère déloyal et l'illicéité de l'objet du contrat entraînent, en vertu de l'art. 20 CO, la nullité des clauses concernées des CG.

Partant, le présent avant-projet propose d'inscrire dans un nouvel art. 8a AP-LCD l'interdiction des clauses de parité tarifaire figurant dans les contrats conclus entre des plateformes de réservation en ligne et des établissements d'hébergement. Cette disposition prévoit que tout exploitant de plateforme qui, au moyen de clauses limitant la liberté tarifaire ou de clauses de parité tarifaire, restreint dans ses CG la liberté des établissements d'hébergement de fixer leurs prix agit de manière déloyale. La nouvelle réglementation

¹⁹ Art. 1, al. 166, de la Legge annuale per il mercato e la concorrenza : « E' nullo ogni patto con il quale l'impresa turistico-ricettiva si obbliga a non praticare alla clientela finale, con qualsiasi modalità e qualsiasi strumento, prezzi, termini e ogni altra condizione che siano migliorativi rispetto a quelli praticati dalla stessa impresa per il tramite di soggetti terzi, indipendentemente dalla legge regolatrice del contratto ».

Cf. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/08/14/17G00140/sg>.

²⁰ § 1a, al. 4, en relation avec le ch. 32 de l'annexe öUWG : « Als unter allen Umständen unlautere Geschäftspraktik gilt : Das Verlangen eines Betreibers einer Buchungsplattform gegenüber einem Beherbergungsunternehmen, dass dieses auf anderen Vertriebswegen inklusive seiner eigenen Website keinen günstigeren Preis oder keine anderen günstigeren Bedingungen als auf der Buchungsplattform anbieten darf. »

²¹ § 7 öPrAG : « ...Die Preise werden vom Gastgewerbetreibenden frei festgelegt und dürfen nicht durch Preisbindungs- oder Bestpreisklauseln durch Buchungsplattformbetreiber eingeschränkt werden. Derartige Klauseln in Verträgen zwischen Gastgewerbetreibenden und Buchungsplattformbetreibern sind absolut nichtig... ».

²² Arrêt du 20 décembre 2013, B 9 – 66/10 ; confirmé par le Tribunal régional supérieur de Düsseldorf, arrêt du 9 janvier 2015, VI – Kart 1/14 (V).

²³ Tribunal régional supérieur de Düsseldorf, arrêt du 4 juin 2019 – Kart 2/16 (V), cf. <https://openjur.de/u/2176461.html> .

²⁴ Cour fédérale de justice, jugement du 14 juillet 2020 – KVZ 56/19, cf. www.bundesgerichtshof.de ; Entscheidungen / Aktuelle Entscheidungen des Bundesgerichtshofs / Beschluss des Kartellsenats vom 14.7.2020 – KVZ 56/19.

²⁵ <https://en.kromannreumert.com/News/2019/05/Booking-com-victorious-in-Swedish-appeals-case-over-MFN-clauses>.

respecte strictement le libellé de la motion – si ce n'est qu'elle englobe tous les établissements d'hébergement au lieu de se limiter aux hôtels et qu'elle utilise le terme générique « clause limitant la liberté tarifaire » (cf. ch. 4) –, et n'inclut pas d'autres clauses telles que les clauses de parité de disponibilité ou les clauses de parité de conditions de réservation, qui ont également fait l'objet de l'enquête de la COMCO.

On l'a vu, l'art. 8 LCD qualifie de déloyale l'utilisation de conditions commerciales abusives entre des entreprises et des consommateurs (*business to consumer*, B2C). Il considère abusives les CG qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat. Il s'agit toutefois, dans le cas présent, de conditions commerciales entre professionnels, et donc de relations de type « business to business » (B2B). Pour que des clauses de parité tarifaire soient considérées comme des « conditions commerciales déloyales », il y a deux moyens en théorie. Le premier est d'étendre l'art. 8 LCD actuel à toutes les relations d'affaires (en incluant du même coup aussi les clauses abusives du domaine B2B) et de prévoir une condition supplémentaire pour les clauses de parité tarifaire régissant les relations entre les plateformes de réservation en ligne et les établissements d'hébergement. Le deuxième est de créer une nouvelle disposition légale qualifiant d'abusives, et donc de déloyales, les clauses de parité tarifaire figurant dans les conditions générales des plateformes de réservation en ligne et destinées aux établissements d'hébergement. La première option, à savoir l'extension générale de l'art. 8 LCD à toutes les relations commerciales B2B, est plus rigoureuse du point de vue de la systématique du droit et de la cohérence. Le Conseil national a toutefois rejeté, en décembre 2017, l'idée d'une telle extension en décidant de classer l'initiative parlementaire Flach²⁶. La deuxième option s'impose donc dans ce contexte : l'introduction d'un nouvel article 8a AP-LCD aura pour effet de déclarer déloyales les clauses de parité tarifaire introduites par les plateformes de réservation en ligne dans leurs conditions générales à l'intention des établissements d'hébergement. L'avantage de la variante LCD réside dans la mise en œuvre fidèle de la motion et dans les points susmentionnés. En outre, la conséquence civile des conditions générales fixées de manière déloyale est la nullité (art. 20 CO)²⁷. La limitation de la disposition à certaines branches pose problème du point de vue de la systématique du droit. La LCD s'applique à l'ensemble de l'économie, aussi les éléments constitutifs d'une concurrence déloyale se limitant à une seule branche lui sont-ils en principe étrangers.

3.2 Mise en œuvre

À l'instar de l'art. 8 LCD, le nouvel article 8a AP-LCD est une disposition de droit civil. Partant, l'application du droit s'appuie sur l'éventail des dispositions civiles prévu dans la LCD. Les voies de droit visées à l'art. 9, al. 1 et 2, LCD et les actions en réparation prévues à l'art. 9, al. 3, LCD sont à disposition. Il n'y a pas de sanction pénale telle que prévue à l'art. 23 LCD pour les clauses de fixation de prix ou les clauses de parité tarifaire ayant un caractère déloyal. Juridiquement, ces clauses sont par contre frappées de nullité du fait de leur illicéité (art. 20 CO)²⁸. Le caractère déloyal réside dans la disproportion qu'introduit le libellé de ces CG entre les droits et les obligations contractuelles des exploitants de plateformes et des établissements d'hébergement.

S'agissant du champ d'application territorial de l'art. 8a AP-LCD, celui-ci s'applique, à l'instar des autres dispositions de la LCD, lorsque le marché suisse est concerné (art. 136 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)²⁹. C'est surtout le cas lorsque l'établissement d'hébergement concerné se trouve en Suisse. Par contre, le contrat conclu entre ce dernier et l'exploitant de la plateforme est régi par le droit désigné à l'art. 116 s. LDIP. Ce droit est en général fixé dans les CG de l'exploitant de la plateforme. Si le contrat est régi par un droit étranger, la disposition pertinente de ce droit s'applique au lieu de l'art. 20 CO. Dans le cas, peu probable, où le droit en question admet l'utilisation de clauses illicites au sens de l'art. 8a AP-LCD, cette pratique serait exclue en Suisse (art. 17 s. LDIP).

En vertu de l'art. 8a AP-LCD, a qualité pour agir quiconque, en tant que concurrent, fournisseur ou acheteur, subit une atteinte dans ses intérêts économiques ou en est menacé du fait de clauses limitant la liberté tarifaire ou de clauses de parité tarifaire (art. 9, al. 1, et 10, al. 1, en relation avec l'art. 2 LCD). Les associations professionnelles et les associations économiques ont également qualité pour agir (art. 10, al. 2, let. a, LCD). Il incombe donc aux acteurs économiques privés, principalement les établissements d'hébergement, les concurrents et les associations professionnelles et économiques concernés, de se défendre contre ce type de clauses. Lorsque des intérêts collectifs sont notamment en jeu, la Confédération peut également intenter une action (art. 10, al. 3, LCD). La compétence internationale des tribunaux suisses est régie par les dispositions pertinentes de la LDIP et de la Convention de Lugano (CL)³⁰.

²⁶ Iv. pa. Flach 14.440 (« Article 8 LCD. Conditions commerciales abusives ») du 23 septembre 2014 ; BO 2017 N 2179.

²⁷ Cela correspond à la doctrine dominante, cf. Heiss in : Reto Heizmann/ Leander Loacker, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zurich / Saint-Gall 2018, art. 8 LCD N 242 ss. avec autres renvois ; cf. également message du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009 5539, 5568 ; Florent Thouvenin in : Basler Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Reto M. Hilty/Reto Arpagaus, Basel 2013, art. 8 LCD N 144 ; Thomas Probst in : Peter Jung/Philippe Spitz, Stämpflis Handkommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Berne 2016, art. 8 LCD N 291.

²⁸ Cette vision correspond à la doctrine dominante, cf. renvois dans la note 27.

²⁹ RS 291

³⁰ Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ; RS 0.275.12.

4 Commentaire de la nouvelle disposition

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. Les termes utilisés à l'art. 8a P-LCD sont commentés ci-dessous.

Exploitant d'une plateforme en ligne (exploitant de plateforme)

La réglementation s'applique aux exploitants de plateforme. Il découle du contexte de la disposition que seuls les exploitants de plateformes qui gèrent la réservation en ligne de nuitées dans des hôtels ou d'autres établissements d'hébergement sont visés. Ces portails de réservation permettent aux clients de sélectionner et de réserver en ligne des chambres à partir de la liste des établissements d'hébergement mentionnés. Une relation commerciale est ainsi établie entre des exploitants de plateformes et des établissements d'hébergement. Les exploitants de plateformes proposent donc des prestations d'intermédiaires entre des établissements d'hébergement et des clients potentiels³¹. Les plateformes comparatives qui nouent une relation d'affaires directe avec des établissements d'hébergement relèvent également du champ d'application de la disposition.

Conditions générales (CG)

Les relations commerciales entre exploitants de plateformes et établissements d'hébergement sont réglées par des contrats-types dont les CG contiennent souvent des clauses limitant la liberté tarifaire ou des clauses de parité tarifaire. Par CG, on entend les dispositions contractuelles formulées à l'avance pour un grand nombre de conclusions de contrat et non négociables. Pour le Tribunal fédéral, « les conditions contractuelles générales ou éléments contractuels préétablis sont des dispositions contractuelles formulées à l'avance, standardisées et destinées à des contrats-types pour particuliers, qui visent notamment à rationaliser la conclusion de contrats »³² [traduction]. En fin de compte, les CG réunissent trois critères caractéristiques : il s'agit de dispositions contractuelles **formulées à l'avance**, applicables à une **multitude** de contrats et établies par leur auteur **à l'intention de l'autre partie contractante**³³. À l'opposé des dispositions contractuelles formulées à l'avance figure la convention individuelle. Les conventions individuelles ne relèvent pas de l'art. 8a AP-LCD, à moins d'intégrer des clauses formulées à l'avance qui n'ont pas été négociées individuellement. Selon la doctrine, la forme concrète d'utilisation de CG (abusives) ne joue aucun rôle, qu'il s'agisse de l'indication dans le contrat ou des CG annexées au contrat, sous forme électronique ou imprimée³⁴.

Clauses limitant la liberté tarifaire ou clauses de parité tarifaire

L'expression « clauses limitant la liberté tarifaire » est générique. Elle comprend également les clauses de parité tarifaire (cf. définition des clauses de parité tarifaire restreintes et larges au ch. 1) et les clauses par lesquelles un établissement d'hébergement s'engage à ne pas proposer un prix inférieur à celui imposé par l'exploitant de la plateforme. L'interdiction porte sur l'utilisation par les exploitants de plateformes, dans leurs CG, de clauses limitant la liberté tarifaire ou de clauses de parité tarifaire visant les établissements d'hébergement. Il s'agit d'une interdiction générale de telles clauses, qu'elles soient larges ou restreintes. Les clauses limitant la liberté tarifaire ou les clauses de parité tarifaire qui interdisent aux établissements d'hébergement d'offrir sur leur propre site ou à travers d'autres canaux de distribution des prix inférieurs à ceux de la plateforme de réservation en ligne seront à l'avenir déloyales. Le caractère déloyal réside dans la teneur de ces clauses, qui restreignent la liberté des établissements d'hébergement de fixer les prix et induisent par conséquent une disproportion entre les droits contractuels et les obligations contractuelles régissant les relations entre des exploitants de plateformes et des établissements d'hébergement. L'illicéité de telles clauses a pour conséquence juridique leur nullité (art. 8a AP-LCD en relation avec l'art. 20 CO), ce qui correspond à la doctrine dominante relative à l'art. 8 LCD³⁵. La nouvelle disposition limite par ailleurs son champ d'action aux clauses limitant la liberté tarifaire et aux clauses de parité tarifaire. Les autres clauses usuelles, telles que les clauses de disponibilité ou les clauses de parité de conditions de réservation, qui ont également fait l'objet de l'enquête de la COMCO, ne sont pas visées par la nouvelle disposition, respectant en cela l'esprit de la motion.

Restriction de la fixation des prix

³¹ Pour de plus amples informations sur le concept et le modèle économique des plateformes de réservation, se référer à la décision de la COMCO du 19 octobre 2015, p. 8 ss. ; www.weko.admin.ch/weko/fr/home/actualites/dernieres-decisions.html ; DPC 2016, p. 71 s.

³² ATF 4C.282/2003 du 15 décembre 2003, consid. 3.1 ; ATF 4A_47/2015 du 2 juin 2015, consid. 5.1.

³³ Heiss in : Reto Heizmann / Leander Loacker, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zurich / Saint-Gall 2018, art. 8 LCD N 73.

³⁴ Thomas Probst, in : Peter Jung / Philippe Spitz, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. A., Berne 2016, art. 8 LCD N 236 ; Helmut Heiss in : Reto Heizmann / Leander Loacker, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zurich / Saint-Gall 2018, art. 8 LCD N 74.

³⁵ Cf. renvois dans la note 27.

Les clauses limitant la liberté tarifaire ou les clauses de parité tarifaire ont pour caractéristique de limiter la liberté des établissements d'hébergement de fixer leurs prix. Répétons-le, elles créent une disproportion entre les droits et les obligations, élément constitutif de conditions commerciales abusives au sens de l'art. 8 LCD. C'est pourquoi ces clauses qui lient exploitants de plateformes et établissements d'hébergement sont déclarées déloyales. À l'avenir, les établissements d'hébergement pourront proposer des tarifs inférieurs sur leur propre site internet et à travers d'autres canaux de distribution. L'interdiction soutient ainsi la liberté économique des établissements d'hébergement, car elle accroît leur marge de manœuvre. Elle restreint en revanche la liberté économique des exploitants de plateforme. Dans le cadre de la présente réglementation, seule la restriction de la liberté de fixer les prix est déclarée déloyale. Les autres facteurs sans incidence sur les prix ne sont pas concernés (clauses de disponibilité ou clauses de parité de conditions de réservation).

établissements d'hébergement

À la différence de ce que prévoit la motion, l'art. 8a AP-LCD protège tous les établissements d'hébergement (y c. les auberges de jeunesse et les prestataires de services de location de logements de vacances ou d'appartements, p. ex.) et pas uniquement les établissements hôteliers. Cette modification s'impose notamment pour des questions d'égalité juridique et de politique de la concurrence. Nombreux sont 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. Les micro-, petites et moyennes entreprises sont exposées de manière disproportionnée à d'éventuelles pratiques déloyales d'exploitants de plateformes. Elles aussi doivent être protégées par la nouvelle disposition.

5 Conséquences

Les conséquences de l'interdiction de clauses de parité tarifaire sont brièvement présentées ci-après. Pour une description détaillée des effets économiques de cette interdiction, il convient de consulter l'AIR réalisée par Ecoplan³⁶.

L'un des aspects centraux de la chaîne de conséquences d'une éventuelle interdiction des clauses de parité tarifaire restreintes est de savoir dans quelle mesure une telle interdiction aurait pour effet d'accroître la différenciation des prix entre les différents canaux de distribution. En théorie, l'interdiction accroîtrait les incitations à différencier les prix : non seulement elle rendrait contractuellement conforme une différenciation tarifaire par les établissements d'hébergement en leur permettant de majorer les prix sur les plateformes de réservation par rapport à leur propre site, mais encouragerait encore la différenciation tarifaire entre les plateformes. Toutefois, certains facteurs font que la différenciation des prix ne devrait pas augmenter considérablement. Il semble en effet que, aujourd'hui déjà, un nombre non négligeable d'établissements d'hébergement ne respectent pas ou pas complètement les clauses de parité tarifaire restreintes. Ces derniers ne devraient donc plus différencier leurs prix de manière notable. De plus, un grand nombre d'établissements d'hébergement ne souhaitent pas différencier leurs prix entre les différents canaux de distribution. Cette forme de parité tarifaire volontaire est justifiée par le fait que des éventuelles différences de prix pourraient dissuader des clients potentiels et fâcher les clients ayant déjà effectué une réservation. À cela s'ajoute que la gestion de prix différents sur les divers canaux de réservation occasionne une certaine charge. L'expérience concernant les conséquences d'une interdiction des clauses de parité tarifaire restreintes dans les pays voisins soutient cette argumentation.

L'exploitation effective, par les établissements d'hébergement, de cette nouvelle marge de manœuvre en matière de fixation des prix dépendra entre autres de la réaction des plateformes de réservation en ligne. Il s'agit notamment des réactions directes ou indirectes par le biais de l'algorithme de classement, qui définit les établissements d'hébergement qui apparaissent dans les résultats de recherche et leur ordre d'apparition, et qui décide ainsi de la visibilité d'une offre sur une plateforme. Des éléments de preuve existent qui indiquent que le non-respect de la parité tarifaire restreinte peut engendrer une rétrogradation dans le classement. Économiquement, les plateformes de réservation en ligne ont intérêt à privilégier dans les résultats de recherche les offres ayant une probabilité de réservation élevée. Ce mécanisme a toutefois pour effet (secondaire) de faire indirectement dépendre le positionnement dans le classement de l'offre proposée via la distribution directe. Si celle-ci est plus attrayante que l'offre sur la plateforme, le nombre de réservations par le biais de cette dernière a tendance à diminuer, ce qui engendre une rétrogradation de l'établissement d'hébergement concerné dans les résultats de recherche. Il est donc fort probable que les mécanismes de classement des plateformes de réservation en ligne continueront de restreindre considérablement la liberté des établissements d'hébergement de fixer leurs prix même en cas d'interdiction des clauses de parité tarifaire restreintes.

Dans quelle mesure les offres plus attrayantes sur le site internet d'un établissement d'hébergement favorisent-elles davantage de réservations via la distribution directe plutôt que par le biais des plateformes

³⁶ AIR Ecoplan pp. 25-32.

de réservation en ligne ? L'ampleur de l'effet de substitution dépend fortement de la question de savoir si le client potentiel a connaissance ou non de l'offre plus attrayante proposée en réservation directe. Les plateformes sont aussi appréciées des utilisateurs pour leur convivialité. De plus, les clients de pays lointains privilégient souvent les plateformes de réservation en ligne, dont les offres standardisées sont disponibles en plusieurs langues. Par conséquent, l'effet de substitution est tendanciellement plus faible dans les établissements qui accueillent un grand nombre d'hôtes étrangers. De nombreux facteurs d'influence indiquent que des prix plus avantageux proposés via la distribution directe n'engendrent pas automatiquement un transfert marqué des réservations depuis les plateformes de réservation en ligne vers la distribution directe. Nul ne sait donc si l'interdiction des clauses de parité tarifaire permettra de renforcer la distribution directe.

5.1 Conséquences pour la Confédération

5.1.1 Conséquences sur les finances et le personnel

Le projet n'a pas de conséquences sur les finances ou le personnel de la Confédération. Il s'agit d'une disposition de droit civil, dont la mise en œuvre incombe en première ligne aux acteurs économiques privés concernés.

5.2 Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les villes, les agglomérations et les régions de montagne

Les conséquences pour les communes, les cantons, les villes, les agglomérations et les régions de montagne dépendront des conséquences de l'interdiction pour les acteurs concernés. Celle-ci ne devrait pas avoir un impact notable (cf. ci-dessous).

5.3 Conséquences économiques

Les explications ci-après concernant les répercussions sur les différents acteurs du marché reflètent les conclusions figurant dans l'AIR réalisée par Ecoplan³⁷.

Établissements d'hébergement

Même en cas d'intensification modérée de la différenciation des prix, la distribution directe en ligne ne devrait pas gagner d'importantes parts de marché face aux plateformes de réservation. Cela ne signifie pas pour autant qu'aucun établissement d'hébergement ne pourra profiter de l'interdiction légale. Si certaines conditions sont remplies, un établissement d'hébergement bien positionné pourrait bénéficier d'un certain report vers les canaux de réservation directs. Le transfert des parts de marché ne sera vraisemblablement pas assez important pour engendrer une dynamique concurrentielle qui se traduirait par une baisse des taux de commission. Il est par conséquent peu probable que l'interdiction prévue permette à d'autres établissements d'hébergement de profiter d'une diminution des commissions.

Plateformes de réservation en ligne

Pour les plateformes d'hébergement, les conséquences d'une interdiction des clauses de parité tarifaire devraient être l'inverse de celles des établissements d'hébergement à de nombreux égards. Sous l'effet de l'interdiction, l'offre disponible sur les plateformes de réservation sera davantage concurrencée par la distribution directe en ligne. La position concurrentielle avantageuse des plateformes ne dépend pas principalement de l'existence de clauses de parité tarifaire. D'autres facteurs, comme les effets de réseau, la convivialité et la stratégie de marketing jouent probablement un rôle bien plus important. La dynamique créée par l'interdiction ne devrait donc pas menacer sérieusement la position concurrentielle actuelle des plateformes de réservation. Il n'est en revanche pas exclu que le léger accroissement de la distribution directe engendre une certaine baisse du chiffre d'affaires et des bénéfices des plateformes de réservation.

Clients finaux

En cas d'interdiction des clauses de parité tarifaire, les consommateurs seraient potentiellement touchés de deux façons. D'une part, l'interdiction pourrait avoir une incidence sur les prix finaux. Il n'est toutefois pas possible de déterminer clairement si les prix vont évoluer et si oui, dans quel sens. Des réflexions théoriques indiquent que l'effet de l'interdiction serait faible. Il faut en outre tenir compte de l'impact de l'effet de substitution entre la distribution directe en ligne et les plateformes de réservation. Cet effet devrait être limité, ce qui signifie que seule une partie des clients finaux profiteraient d'une éventuelle baisse des prix en cas de réservations directes. À l'inverse, en cas de hausse des prix sur les plateformes de réservation, la plupart

³⁷ AIR Ecoplan pp. 33-35.

des utilisateurs initiaux desdites plateformes accepteraient de facto de payer des tarifs plus élevés. Dans ce contexte, l'effet escompté de l'interdiction sur les clients finaux devrait être encore moins marqué.

D'autre part, une éventuelle interdiction des clauses de parité tarifaire pourrait influencer sur les coûts de recherche. L'interdiction devrait engendrer une légère hausse de la différenciation des prix. Pour les clients sensibles aux prix, une telle hausse engendrerait une charge supplémentaire lors de la recherche de l'offre la plus attrayante. La perte de bien-être qui en découlerait devrait être relativement modeste, l'utilisation de métamoteurs de recherche limitant les coûts de recherche supplémentaires.

5.4 Conséquences sanitaires et sociales

Il n'y a pas lieu de prévoir des conséquences pour la société.

5.5 Conséquences environnementales

Il n'y a pas lieu de prévoir des conséquences sur l'environnement.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

Aux termes de l'art. 96, al. 2, let. b, de la Constitution (Cst.)³⁸, le Conseil fédéral prend des mesures afin de lutter contre la concurrence déloyale. La législation en matière de droit civil relève de la compétence de la Confédération (art. 122 Cst.).

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales

Le champ thématique du projet n'affecte pas les obligations internationales de la Suisse.

6.3 Forme de l'acte à adopter

Selon l'art. 164, al. 1, Cst., toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Le présent projet respecte cette règle.

6.4 Frein aux dépenses

Le projet n'est pas soumis au frein aux dépenses prévu à l'art. 159, al. 3, let. b, Cst., car il ne prévoit ni subvention, ni crédit d'engagement, ni plafond de dépenses.

6.5 Délégation de compétences législatives

Le nouvel art. 8a AP-LCD ne délègue aucune compétence législative.

³⁸ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101.