

09.069

**Message  
concernant la modification de la loi fédérale  
contre la concurrence déloyale  
(LCD)**

du 2 septembre 2009

---

Madame la Présidente,  
Monsieur le Président,  
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous soumettons à votre approbation le projet de modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD).

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

2 septembre 2009

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Hans-Rudolf Merz  
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

---

## Condensé

***La modification de la LCD qui est proposée vise à améliorer la protection contre diverses pratiques commerciales déloyales, à renforcer l'application du droit et à créer la base juridique nécessaire à la collaboration avec les autorités de surveillance étrangères en matière de concurrence déloyale.***

*Des méthodes commerciales loyales et transparentes sont indispensables au bon fonctionnement d'une économie de marché. Les clients à tous les échelons, consommateurs inclus, sont en mesure d'assurer la fonction d'orientation qui leur échoit uniquement s'ils disposent d'informations transparentes et non falsifiées sur le marché. La lutte contre les pratiques commerciales déloyales revêt dès lors une grande importance pour la concurrence et relève de l'intérêt public. Or, ces dernières années, des lacunes sont apparues sur trois plans: celui des pratiques commerciales, celui de l'application du droit et celui de la collaboration avec les autorités de surveillance étrangères chargées de la concurrence déloyale.*

### **Renforcement de la protection matérielle contre la concurrence déloyale**

- *Introduction de nouvelles dispositions qui définissent clairement le cadre de la loyauté des offres pour l'inscription dans des répertoires et pour la publication d'annonces (art. 3, let. p et q). Les abus commis au moyen de formulaires d'offre opaques pour l'inscription dans des répertoires de toute nature et sans utilité sont importants. L'introduction de normes efficaces vise à mettre un terme à cette situation problématique.*
- *Introduction d'une disposition établissant le caractère déloyal des systèmes boule de neige (art. 3, let. r). Une disposition de ce genre aurait dû être introduite dans la LCD lors de la révision totale de la loi sur les loteries, mais cela n'a pas pu se faire, le projet en question ayant été suspendu. Le présent projet suggère de transférer l'interdiction des systèmes boule de neige dans la LCD, un choix qui s'impose sur le plan de la systématique juridique.*
- *Reformulation de la disposition sur les conditions générales pour en améliorer l'efficacité (art. 8). La Commission fédérale de la consommation (CFC) a maintes fois appelé de ses vœux la création d'instruments législatifs permettant de lutter efficacement contre les conditions générales abusives. Le remaniement de l'art. 8 vise à permettre un contrôle du contenu des conditions générales. Selon le projet, le juge pourra qualifier les conditions générales de déloyales, notamment lorsque, en contradiction avec les règles de la bonne foi, elles prévoient une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations relevant du contrat (par ex. une clause qui reporte tous les risques sur l'acheteur ou le client). Aux termes du droit actuel, les conditions générales sont déloyales uniquement lorsqu'elles prévoient une répartition unilatérale des risques «de nature à provoquer une erreur». Les infractions à l'art. 8 entraînent la nullité des clauses concernées.*

---

### **Meilleure application de la loi**

*Il est nécessaire d'améliorer l'application de la loi en étendant le droit de la Confédération d'intenter une action (art. 10, al. 3 ss). La Confédération doit pouvoir ester en justice non seulement lorsque des pratiques commerciales déloyales portent atteinte à la réputation de la Suisse à l'étranger (actuel art. 10, al. 2, let. c), mais aussi lorsque des intérêts collectifs sont affectés à l'intérieur du pays. Il sera ainsi plus facile de défendre les intérêts des PME et des consommateurs suisses qui sont menacés par des pratiques commerciales déloyales commises en Suisse et à l'étranger. Enfin, le Conseil fédéral doit avoir la possibilité de mettre en garde le public contre les pratiques déloyales qui menacent des intérêts publics, en citant nommément les entreprises incriminées.*

### **Collaboration avec les autorités de surveillance étrangères en matière de concurrence déloyale**

*Le phénomène de la mondialisation et le réseau internet ont entraîné un développement considérable des pratiques commerciales déloyales transfrontières, une tendance illustrée par la statistique annuelle des autorités fédérales qui inventorie les réclamations provenant de l'étranger relatives aux pratiques commerciales d'entreprises suisses (2008: 1650 réclamations). Les citoyens et les PME suisses victimes d'arnaques conçues à l'étranger sont eux aussi de plus en plus nombreux. La Suisse est tributaire à cet égard de la collaboration avec les autorités étrangères. Il est donc indispensable de disposer de normes régissant l'assistance administrative afin de préserver la réputation de la Suisse et de lutter efficacement contre les arnaques transfrontières.*

## Table des matières

<b>Condensé</b>	<b>5540</b>
<b>Liste des abréviations</b>	<b>5543</b>
<b>1 Grandes lignes du projet</b>	<b>5544</b>
1.1 Contexte	5544
1.1.1 Genèse	5544
1.1.2 La LCD actuelle	5544
1.1.3 Lacunes du droit actuel	5545
1.2 Les changements proposés	5549
1.2.1 Renforcement de la protection matérielle contre la concurrence déloyale	5549
1.2.2 Meilleure application de la loi	5550
1.3 Justification et appréciation de la solution proposée	5552
1.3.1 Justification juridique et économique du projet	5552
1.3.2 Vue d'ensemble des résultats de la consultation	5555
1.3.3 Les résultats de la consultation sur les points soumis à la révision	5556
1.3.4 Modifications apportées à l'avant-projet	5559
1.4 Droit comparé et rapports avec le droit européen	5560
<b>2 Commentaire des articles</b>	<b>5562</b>
<b>3 Conséquences</b>	<b>5573</b>
3.1 Conséquences pour la Confédération	5573
3.2 Conséquences pour les cantons et les communes	5573
3.3 Conséquences économiques	5574
<b>4 Lien avec le programme de la législature</b>	<b>5575</b>
<b>5 Aspects juridiques</b>	<b>5576</b>
5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois	5576
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	5576
5.3 Délégation de compétences législatives	5576
<i>Annexe:</i>	
<b>Réclamations déposées au SECO en vertu de la LCD (comparaison 2005 à 2008)</b>	<b>5577</b>
<b>Loi fédérale contre la concurrence déloyale (Projet)</b>	<b>5579</b>

## Liste des abréviations

ATF	arrêt du Tribunal fédéral
CE	Communauté européenne
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; RS 0.101
CFC	Commission fédérale de la consommation
CG	conditions générales
CN	Conseil national
CO	code des obligations; RS 220
consid.	considérant
CP	code pénal; RS 311.0
CPP	code de procédure pénale du 5 octobre 2007; FF 2007 6583; RS 312.0
Cst.	Constitution; RS 101
DFJP	Département fédéral de justice et police
FF	Feuille fédérale
LCD	loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale; RS 241
LDIP	loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé; RS 291
LIC	loi fédérale du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs; RS 944.0
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OFJ	Office fédéral de la justice
OIP	ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix; RS 942.211
OLLP	ordonnance du 27 mai 1924 relative à la loi fédérale sur les loteries et les paris professionnels; RS 935.511
PME	petites et moyennes entreprises
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
UE	Union européenne

# Message

## **1                                   Grandes lignes du projet**

### **1.1                                 Contexte**

#### **1.1.1                            Genèse**

La lutte contre les pratiques commerciales déloyales revêt une grande importance en matière de politique de la concurrence et relève de l'intérêt public. Ces dernières années, des lacunes sont apparues dans ce contexte, en particulier en ce qui concerne le développement de certaines pratiques commerciales, l'application du droit et la collaboration avec les autorités de surveillance étrangères en matière de concurrence déloyale. Certes, des initiatives ont été lancées pour améliorer quelques points de la LCD. Mais comme ces propositions de modification faisaient partie de paquets législatifs importants qui n'ont pas abouti pour diverses raisons, les adaptations de la LCD qu'ils prévoyaient n'ont pas pu être réalisées. Lesdits projets concernaient le renforcement de la protection des consommateurs en matière de commerce électronique (2000), la révision totale de la loi sur les loteries (2002 à 2004) et la modification de la loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC, 2005). S'agissant de la LCD, les besoins en matière de révision sont avérés. Ainsi, dans sa décision du 22 novembre 2006 relative à la suspension du projet de réglementation sur le marketing sauvage, le Conseil fédéral a déclaré que la création de bases juridiques permettant l'échange d'informations avec les autorités de surveillance étrangères en matière de loyauté commerciale était un objectif prioritaire.

#### **1.1.2                            La LCD actuelle**

L'un des objectifs majeurs de la révision totale de la LCD de 1986 était de mettre en lumière la tridimensionnalité du droit de la concurrence déloyale (égale valeur des intérêts de l'économie, des consommateurs et de la collectivité). La loi protège donc la concurrence loyale, dont les distorsions par des pratiques déloyales nuisent non seulement aux concurrents mais aussi aux clients à tous les échelons, c'est-à-dire également aux consommateurs (art. 1). Est donc déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients (art. 2). Les pratiques commerciales déloyales visées sont mentionnées dans la clause générale et décrites à travers une série d'éléments constitutifs (art. 3 à 8).

La LCD est axée sur le droit civil, bien que la violation de certaines dispositions puisse avoir des conséquences pénales, suite à la plainte d'une personne ayant qualité pour agir. Les actions civiles et les plaintes pénales doivent être portées devant les tribunaux cantonaux compétents ou les autorités de poursuite pénale. Elles peuvent être intentées ou déposées par des personnes dont les intérêts économiques sont touchés (concurrents et clients), mais aussi par des associations professionnelles ou économiques et par les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs (art. 9 et 10). La Confédération a elle aussi, depuis 1992, qualité pour agir lorsqu'elle le juge néces-

saire pour protéger la réputation de la Suisse à l'étranger et que les personnes qui ont le droit d'intenter action résident à l'étranger (art. 10, al. 2, let. c). Elle est liée à cet égard aux instruments que fournit la LCD aux associations professionnelles et économiques ainsi qu'aux associations de protection des consommateurs: les actions de droit civil prévues à l'art. 9, al. 1 et 2 et le droit de déposer une plainte pénale inscrit à l'art. 23.

Le volet de la LCD qui touche au droit administratif (art. 16 à 20) régit l'indication des prix au consommateur. Il vise à lutter contre les abus d'absence d'indication ou d'indication fallacieuse et à créer la transparence du marché et des prix. La LCD prescrit l'obligation d'indiquer les prix pour toutes les marchandises et pour les prestations de services désignées par le Conseil fédéral.

### **1.1.3 Lacunes du droit actuel**

Les lacunes que présente le droit actuel se situent au plan de certaines pratiques commerciales, de l'application du droit et de l'échange d'informations avec les autorités de surveillance étrangères en matière de concurrence déloyale.

#### **Réglementation lacunaire de certaines pratiques commerciales**

Les problèmes résident, d'une part, dans l'absence d'une norme claire sur les offres pour l'inscription dans des répertoires ou pour la publication d'annonces et sur les systèmes boule de neige et, d'autre part, dans la difficulté d'appliquer la disposition relative aux conditions générales abusives (art. 8).

##### *Arnaques à l'annuaire*

Les abus commis au moyen de formulaires d'offre opaques, proposant l'inscription dans des répertoires de toute nature, dont l'utilité est limitée voire inexistante, sont importants (voir annexe 1). Des abus similaires sont également commis lors de la vente d'annonces destinées à être publiées sur des plans de localités et autres cartes, des listes de numéros d'urgence, des sets de table et d'autres supports publicitaires. Les victimes sont aussi bien des PME que des grandes entreprises, des administrations et des indépendants. Parmi les nombreuses méthodes utilisées pour acquérir des clients, les plus courantes sont les suivantes:

##### *Courriers publicitaires*

Les courriers publicitaires proposant l'inscription dans un répertoire professionnel sont souvent diffusés en masse et sous forme de formulaires. Ils font croire que l'inscription est gratuite. A cette fin, l'adresse professionnelle est déjà pré-imprimée sur le formulaire. Pour figurer sur le support publicitaire prétendument idéal, le destinataire du courrier est prié de vérifier si son adresse professionnelle est correcte, de la corriger le cas échéant et d'indiquer ses prestations et produits.

Généralement, le texte et la présentation du formulaire mêlent si habilement les prestations payantes et gratuites que le lecteur inattentif y voit une offre totalement gratuite. Les clauses du contrat, souvent formulées avec des expressions lourdes et imprimées en petits caractères, ont des effets non désirés: la signature et l'envoi du formulaire reviennent à conclure un contrat, qui peut porter sur une durée minimale d'un à trois ans et dont les coûts annuels se situent en général entre 800 et 1700 francs.

### *Appels téléphoniques ou fax non sollicités*

Une des méthodes les plus répandues consiste à feindre l'existence d'un contrat d'inscription. Si la personne sollicitée par téléphone ou par fax ne souhaite pas reconduire le prétendu contrat, on lui demande de signer et de retourner le formulaire envoyé par fax afin de le résilier. Or se conformer à cette recommandation équivaut à conclure un contrat à titre onéreux. Cette méthode est souvent utilisée pour les inscriptions sur des supports publicitaires tels que cartes, plans et sets de table.

### *Factures dissimulant une offre d'inscription*

Parfois, des fournisseurs indéliçats envoient des factures dissimulant une offre d'inscription dans un répertoire professionnel. Le destinataire a ainsi l'impression qu'il existe déjà un rapport contractuel alors que c'est en s'acquittant de la facture que la conclusion du contrat intervient. Les cibles préférées des auteurs de ces manœuvres sont les nouveaux chefs d'entreprise ou les récents titulaires de marques. Le moment choisi pour envoyer la prétendue facture, immédiatement après la publication de la nouvelle marque ou de la nouvelle société dans la Feuille officielle suisse du commerce, n'est pas innocent: il est destiné à induire en erreur les destinataires, qui pensent alors recevoir une facture de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle ou du registre du commerce de leur canton. Or en payant le montant réclamé, lesdits destinataires passent un contrat sans s'en apercevoir, alors qu'ils croyaient s'acquitter d'un émoulement dû aux institutions précitées.

### *Démarcheurs*

Signer sans l'avoir lu préalablement un formulaire présenté par un démarcheur qui se rend spontanément auprès d'une entreprise peut également réserver de désagréables surprises. Certains démarcheurs prétendent que l'inscription est gratuite, d'autres font croire que la signature est uniquement destinée à mettre à jour les données figurant dans l'annuaire téléphonique ou à confirmer leur exactitude. Il arrive aussi régulièrement à ces agents d'affirmer que la signature permet simplement au démarcheur d'attester qu'il est passé auprès de l'entreprise concernée. Faire entièrement confiance aux propos des démarcheurs et signer les yeux fermés les documents qu'ils présentent comporte le risque de conclure, sans le vouloir, un contrat portant sur plusieurs années et engendrant des frais considérables.

*En résumé:* les annuaires consistant à proposer des inscriptions dans des registres inutiles et des annonces sur des supports publicitaires provoquent de gros ennuis. Les expériences que la Confédération a faites avec des entreprises qui, depuis la Suisse, proposent sur le marché mondial des registres sans utilité montrent que l'actuelle LCD n'offre pas un cadre légal satisfaisant en matière de concurrence déloyale. Le piège tendu par ces sociétés peut ainsi retenir des PME et d'autres entreprises ou institutions dans leur filet pendant plusieurs années, c'est-à-dire jusqu'à la décision de la plus haute instance judiciaire<sup>1</sup>, souvent avec pour résultat la prescription des faits incriminés.

<sup>1</sup> Notamment ATF 129 IV 49 et 129 IV 305

## *Systèmes boule de neige*

La commission d'experts instituée en vue de la refonte complète de la loi sur les loteries a proposé, dans son rapport daté du 25 octobre 2002 et dans le projet de loi qui en découle<sup>2</sup>, de retirer les systèmes dits de boule de neige de l'ordonnance du 27 mai 1924 relative à la loi fédérale sur les loteries et les paris professionnels (OLLP)<sup>3</sup> pour régler cette matière dans la LCD. Les systèmes boule de neige recouvrent par exemple les chaînes de lettres, qui se caractérisent par le fait que les participants doivent, sous une forme ou sous une autre, verser une finance d'admission, ou par le fait qu'elles constituent des systèmes avalanche ou pyramidaux de vente et de distribution, à l'instar de celui de l'European Kings Club (EKC). Le fait que ces systèmes sont actuellement réglés dans la loi sur les loteries s'explique essentiellement par des raisons historiques – en 1938, la LCD n'existait pas – et ne se justifie que très relativement par des arguments objectifs<sup>4</sup>.

Le Conseil fédéral a suspendu la révision totale de la loi sur les loteries en mai 2004, parce que, dans le cadre de la consultation, les cantons ont proposé de remédier eux-mêmes aux carences du domaine des loteries et des paris. C'est la raison pour laquelle la disposition sur les systèmes boule de neige, notamment, n'a pas été transférée dans la LCD, ce que le présent projet propose de rectifier.

### *Conditions générales (CG)*

La création d'instruments législatifs permettant de lutter efficacement contre les conditions générales abusives relève des demandes réitérées de la Commission fédérale de la consommation (CFC)<sup>5</sup>. Ce thème a aussi fait régulièrement l'objet d'interventions parlementaires<sup>6</sup>. Dans sa réponse à la motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil national (02.461), minorité Leuthard (cf. note 6), le Conseil fédéral s'est déclaré disposé à examiner la possibilité de modifier le droit suisse en vue de pouvoir renforcer le système de contrôle concret et abstrait de la teneur des conditions générales. Il a laissé entrevoir une telle solution dans le cadre de la révision de la LIC, qui proposait de renoncer à l'exigence de la tromperie dans l'art. 8 LCD, également parce que le contrôle abstrait du contenu est déjà prévu dans les art. 8 à 10 LCD. Dans le cadre de l'avant-projet de révision de la LIC, le Conseil fédéral avait fait sienne la proposition du groupe de travail interdépartemental, qui voulait entièrement réglementer les conditions générales dans le droit des obligations. En raison des résultats extrêmement controversés de la procédure de consultation, il a décidé, en novembre 2005, de ne pas poursuivre le projet de révision de la LIC de sorte que la situation juridique liée aux conditions générales attend toujours une solution.

<sup>2</sup> <http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2002/3.html>  
<sup>3</sup> RS 935.511

<sup>4</sup> Les systèmes boule de neige ont été intégrés dans l'OLLP en 1938 avec les opérations analogues aux loteries (RO 54 237); cf. Gunther Arzt, Lehren aus dem Schneeballsystem: in Festschrift für Koichi Miyazawa, Baden-Baden, 1995, p. 519 ss.

<sup>5</sup> La dernière recommandation émise à ce sujet à l'attention du Conseil fédéral date du 6 nov. 2007. La Commission avait déjà formulé des recommandations le 12 juin 1997 et le 3 juin 2003.

<sup>6</sup> Motion de la Commission des affaires juridiques du CN (02.461), minorité Leuthard, du 23 juin 2003 concernant le réexamen des conditions générales, que le Conseil national a transmis le 3 octobre 2003 sous forme de postulat. Egalement initiative parlementaire Sommaruga Simonetta du 20 déc. 2006 (06.489) intitulée «Prévenir les règles abusives figurant dans la rubrique écrite en petits caractères».

Aux termes de l'actuel art. 8 LCD, les conditions générales préalablement formulées ne sont utilisées de manière déloyale que si elles sont *de nature à provoquer une erreur* au détriment d'une partie contractante et qu'elles dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou prévoient une répartition des droits et des obligations s'écarter notablement de celle qui découle de la nature du contrat. La doctrine considère cette disposition comme un moyen inapproprié pour lutter contre les conditions générales abusives en raison du passage «qui sont de nature à provoquer une erreur»<sup>7</sup>, lequel empêche notamment un contrôle abstrait de la teneur de conditions générales tel que prévu initialement<sup>8</sup>. Il n'est ainsi pas possible de qualifier de déloyales des conditions générales formulées au détriment d'une des parties en invoquant leur teneur abusive.

### **Lacunes dans l'application du droit**

L'application du droit mis en place est essentielle si l'on veut que la législation soit efficace. La meilleure des réglementations ne servira à rien si elle n'est pas appliquée. La LCD souffre de deux points faibles responsables de son application lacunaire.

Premièrement, l'application à l'échelon national est entièrement confiée au secteur privé. Le droit actuel permet à la Confédération d'intervenir contre les pratiques commerciales déloyales uniquement lorsqu'une personne ou une entreprise de Suisse menace les intérêts économiques d'entreprises ou de clients résidant à l'étranger et, ce faisant, porte atteinte à la réputation de la Suisse à l'étranger (art. 10, al. 2, let. c). Les entreprises et les consommateurs résidant en Suisse sont donc moins bien protégés que ceux qui résident à l'étranger. En général, le risque des coûts du procès est trop important pour une entreprise ou un client menacé par une tromperie pour qu'il décide d'ester en justice dans le but altruiste de préserver d'autres victimes éventuelles d'une concurrence déloyale. C'est uniquement lorsque des intérêts individuels importants sont en jeu qu'un concurrent ou un client est prêt à tenter une action contre l'auteur d'une pratique commerciale déloyale. La capacité financière des organisations de consommateurs est trop faible pour qu'elles puissent intervenir régulièrement contre les pratiques déloyales d'une certaine ampleur. Dans bien des domaines où des intérêts collectifs sont touchés, une intervention d'office serait souhaitable. Il n'y a qu'à songer aux arnaques sur internet, qui ont explosé depuis 2005 (en 2008, il y a eu 447 dénonciations à ce sujet, dont une grande partie provenaient de la Suisse) et aux promesses déloyales de gain émanant régulièrement des mêmes auteurs; de larges parts de la population y sont exposées. Certaines personnes lésées manifestent clairement leur incompréhension à l'égard de la situation juridique actuelle. De plus, il manque, en pareille situation, une base légale pour pouvoir informer le public en citant nommément les entreprises impliquées.

Deuxièmement, les bases juridiques nécessaires à l'échange d'informations avec les autorités étrangères compétentes en matière de concurrence déloyale font défaut. Le phénomène de la mondialisation et le réseau internet ont entraîné un développement considérable des pratiques commerciales déloyales transfrontières, une tendance

<sup>7</sup> Cf. Baudenbacher, *Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, St-Gall/Berlin 2000, n° 23 ss. ad art. 8; M. M. Pedrazzini/F. A. Pedrazzini, *Unlauterer Wettbewerb UWG*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2002, ch. 12.02.

<sup>8</sup> Message du 18 mai 1983 à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 1983 II 1130

qu'illustre également la statistique annuelle du SECO inventoriant les réclamations provenant de l'étranger relatives aux pratiques commerciales d'entreprises suisses (2008: 1650 réclamations; 2007: 700 réclamations; 2006: 1000 réclamations, cf. annexe 1). Les PME et les consommateurs suisses victimes d'arnaques conçues à l'étranger sont aussi de plus en plus nombreux. On signalera les arnaques à l'annuaire, les tromperies sur internet et les promesses de gain. La Suisse est tributaire à cet égard de la collaboration avec les autorités partenaires étrangères. Il est donc indispensable de disposer des bases juridiques nécessaires à la fois pour préserver la réputation de la Suisse et pour lutter efficacement contre les arnaques transfrontières. Cela vaut aussi pour la norme anti-pourriels de la LCD, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2007<sup>9</sup>. Le problème des pourriels crée une nouvelle dimension dans la coopération internationale et l'échange d'informations qui en découle.

## **1.2 Les changements proposés**

Le présent projet propose de régler plusieurs points en vue de pallier les lacunes rencontrées. L'objectif est de consolider la «concurrence loyale» en tant qu'institution, en renforçant la protection matérielle contre les pratiques commerciales déloyales et en améliorant l'application du droit.

### **1.2.1 Renforcement de la protection matérielle contre la concurrence déloyale**

L'essentiel consiste à introduire trois nouveaux éléments constitutifs dans la loi et à revoir la formulation d'une disposition existante en vue de la rendre plus efficace.

*Nouveaux éléments constitutifs fixant clairement le cadre dans lequel les offres d'inscription dans des répertoires et de publication d'annonces ont un caractère loyal (art. 3, let. p et q)*

La nouvelle norme de l'art. 3, let. p, énumère les différents éléments qui doivent impérativement figurer sur une offre d'inscription dans un répertoire d'adresses ou un registre professionnel, à savoir le caractère onéreux et privé de l'offre, la durée du contrat, le prix total en découlant, ainsi que la diffusion et la forme de la publication. Ces informations doivent être indiquées en grands caractères, à un endroit bien visible et dans un langage compréhensible. L'envoi d'une facture pour l'inscription dans un répertoire ou la publication d'une annonce sera interdit si une commande n'a pas été préalablement passée (art. 3, let. q). Les deux nouvelles dispositions s'inspirent des principes du Tribunal fédéral en matière de factures dissimulant une offre<sup>10</sup> et du code de déontologie de l'Union suisse des éditeurs d'annuaires et de banques de données<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Art. 3, let. o; RO 2007 921 940

<sup>10</sup> ATF 129 IV 49 (consid. 2.5); également in: sic! 4/2003, 354 ss; arrêt du Tribunal fédéral du 8 oct. 2008 (dossier n° 6B 272/2008), sic! 1/2009, 46 s.

<sup>11</sup> Code de déontologie de l'Union suisse des éditeurs d'annuaires et de banques de données (ch. 7); <http://www.sadv.ch>

*Nouvel élément constitutif décrivant le caractère déloyal des systèmes boule de neige (art. 3, let. r)*

Réglée aujourd'hui dans l'OLLP, l'interdiction des procédés de distribution basés sur le système de la boule de neige, de l'avalanche ou de la pyramide sera transférée dans la LCD. La plupart des systèmes boule de neige ou pyramidaux consistent en une redistribution agressive de l'argent de la base vers le sommet de la pyramide, laquelle est fréquemment combinée à une distribution spéciale de marchandises ou de prestations de services et donc dissimulée. Dans les pays qui nous entourent, les systèmes boule de neige sont généralement réglés dans le droit de la concurrence déloyale ou le droit de la protection des consommateurs. L'introduction de la réglementation de cette matière dans la LCD est donc logique.

*Reformulation de la disposition sur les conditions générales pour la rendre plus efficace (art. 8)*

Si l'on retouche la disposition de la LCD consacrée aux conditions générales, notamment en supprimant le passage «qui sont de nature à provoquer une erreur», il sera alors possible d'effectuer un contrôle abstrait de la teneur des conditions générales. Autrement dit, le juge pourra déclarer que des conditions générales sont déloyales par leur contenu, même en l'absence de rapports contractuels réels. La disposition modifiée correspond à l'intention exprimée par le Conseil fédéral dans sa réponse à la motion de la Commission des affaires juridiques, minorité Leuthard<sup>12</sup>, même si elle n'est plus identique à celle qu'il a proposée auparavant<sup>13</sup>. Il est vrai qu'une partie de l'opinion exprimée dans la doctrine penche en faveur d'une réglementation des conditions générales dans le droit des obligations ou dans une loi spéciale. Néanmoins, il est judicieux de régler le problème là où une réglementation centrale est en place, d'autant plus qu'il serait peu rationnel d'introduire des règles spécifiques dans plusieurs lois spéciales. Qui plus est, dans la LCD, les organisations de consommateurs ont qualité pour agir<sup>14</sup>.

## **1.2.2 Meilleure application de la loi**

L'extension du droit d'intenter action de la Confédération et la création des bases juridiques nécessaires à l'échange d'informations avec les autorités étrangères compétentes en matière de concurrence déloyale sont au cœur de ce chapitre.

*Extension du droit d'intenter action de la Confédération (art. 10, al. 3 ss.)*

La Confédération doit pouvoir ester en justice non seulement lorsque des pratiques commerciales déloyales portent atteinte à la réputation de la Suisse à l'étranger (actuel art. 10, al. 2, let. c), mais aussi lorsque des intérêts collectifs sont affectés à l'intérieur du pays. Il est ainsi plus facile de défendre les intérêts des PME et des consommateurs suisses qui seraient menacés par des pratiques commerciales déloyales commises en Suisse et à l'étranger. Par intérêts collectifs, on entend les intérêts qui ne concernent ni le statut juridique ni les intérêts économiques d'une personne

<sup>12</sup> Voir la note 6

<sup>13</sup> Message du 18 mai 1983 à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 1983 II 1130

<sup>14</sup> Art. 97, al. 2, Cst.; art. 10, al. 2, let. b, LCD

physique ou morale menacée par une pratique commerciale déloyale. On pense essentiellement aux intérêts menacés de plusieurs personnes: il pourrait s'agir d'une certaine classe d'âge (jeunes, personnes âgées), d'une branche déterminée, voire de la collectivité. Il y a également lieu de protéger la concurrence loyale en tant qu'institution, car il en est fait peu cas au vu de l'importance accordée aux actions en justice individuelles.

Par ailleurs, la Confédération doit avoir la possibilité d'informer le public du comportement déloyal d'une entreprise en citant son nom, dans la mesure où la protection de l'intérêt public l'exige. Elle pourrait ainsi éviter des dommages et, dans des cas de déloyauté d'une certaine ampleur, endiguer les vagues de réclamations qui risquent de déferler.

Enfin, il y a lieu de formuler clairement que, lorsque la Confédération fera usage de sa qualité pour agir, c'est la LCD suisse qui devra être appliquée. Par le passé, cette question a souvent été sujette à controverse lorsque la Confédération intentait une action civile en constatation du caractère illicite ou en cessation en se fondant sur un état de fait commis à l'étranger. En effet, la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)<sup>15</sup> prévoit qu'en cas de prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale, c'est le principe du résultat qui s'applique. En conséquence, est applicable le droit de l'Etat sur le marché duquel le résultat de l'activité déloyale s'est produit. La qualité pour agir conférée à la Confédération par les Chambres fédérales en 1992 (art. 10, al. 2, let. c, LCD)<sup>16</sup> inscrite dans la partie de la LCD consacrée au droit civil ne serait donc jamais applicable, ce qui irait à l'encontre de la volonté clairement exprimée par le législateur. La Confédération a donc toujours invoqué le fait que l'on est en présence d'une «loi d'application immédiate» au sens de l'art. 18 LDIP. Sont donc réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la LDIP. La clarification proposée contribue à la sécurité et à la clarté du droit, dans la mesure où il est précisé expressément que le droit d'action de la Confédération est une «loi d'application immédiate» au sens de l'art. 18 LDIP.

*Bases juridiques pour la collaboration avec les autorités de surveillance étrangères concernant les pratiques commerciales déloyales transfrontières (art. 21 et 22)*

Les bases juridiques pour la collaboration avec les autorités de surveillance étrangères s'inspirent de dispositions similaires figurant dans d'autres lois<sup>17</sup>. Les autorités étrangères concernées sont, par la nature des choses, les autorités compétentes en matière de concurrence déloyale et de protection des consommateurs. Pour éviter toute confusion, à l'image de ce qui s'est produit lors des consultations menées dans le cadre de la révision de la LIC en 2005, il y a lieu de préciser la chose suivante: l'échange d'informations avec les autorités de surveillance étrangères portera sur l'unique domaine pour lequel la qualité pour agir prévue à l'art. 10 LCD est conférée à la Confédération. Il ne s'agit donc pas de l'assistance administrative ni de l'entraide judiciaire relative aux domaines classiques de la LCD qui tendent à la

<sup>15</sup> RS 291; art. 136

<sup>16</sup> RO 1992 1514 1515; FF 1992 I 339

<sup>17</sup> Cf. l'art. 42 de la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN; RS 956.1), l'art. 22 de la loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels (RS 444.1), l'art. 7 de la loi fédérale du 22 mars 2002 sur l'application de sanctions internationales (RS 946.231).

protection individuelle (par ex. confusion avec une autre marque, protection des prestations, dénigrement du concurrent).

La création des bases juridiques nécessaires à l'échange d'informations tient également compte de l'évolution intervenue au sein de l'Union européenne et de l'OCDE: la première a défini des mesures pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales transfrontières<sup>18</sup> et la seconde en a aussi élaborées sous forme de réglementation non contraignante (*soft law*)<sup>19</sup>.

### *Légères adaptations dans la partie relevant du droit pénal (art. 23, al. 3)*

Désormais, une disposition spéciale prévoit expressément le statut de demandeur privé conféré à la Confédération. Cette disposition spéciale apporte de la clarté et contribue à la sécurité juridique, eu égard notamment au nouveau CPP, qui devrait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

## **1.3 Justification et appréciation de la solution proposée**

### **1.3.1 Justification juridique et économique du projet**

Le renforcement à la fois de la protection matérielle contre la concurrence déloyale et de l'application du droit permettra d'améliorer les conditions de base du droit de la concurrence, d'asseoir le concept de concurrence loyale et d'améliorer sa qualité. Les modifications proposées sont développées aux ch. 1.1 et 1.2. Les points suivants méritent des précisions:

- Pour juguler le phénomène des arnaques à l'annuaire, il y a lieu d'interpréter la clause générale du droit contre la concurrence déloyale (art. 2) et la disposition interdisant d'induire en erreur (art. 3, let. b) de manière à favoriser la loyauté de la concurrence. Mais les tribunaux craignent souvent d'exercer leur pouvoir d'appréciation, qui exige d'eux une interprétation de ces dispositions de principe et, de ce fait, protègent l'auteur plutôt que la victime. Par ailleurs, les arnaques à l'annuaire occupent incontestablement les premiers rangs dans le classement des méthodes commerciales dénoncées. Les statistiques faisant l'objet de l'annexe 1 en fournissent l'illustration, en montrant que, durant ces trois dernières années, les arnaques à l'annuaire constituaient la moitié ou plus de l'ensemble des réclamations adressées au SECO. Plus de 90 % d'entre elles émanaient de l'étranger et concernaient des entreprises établies en Suisse mais dont les offres douteuses ne touchaient pas le marché suisse. Cependant, les entreprises suisses victimes d'arnaques conçues à l'intérieur du pays ou à l'étranger sont de plus en plus nombreuses.

<sup>18</sup> Règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 oct. 2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs («règlement relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs»), JO L 364 du 9.12.2004, p. 1; modifiée en dernier lieu par la directive 2007/65/CE, JO L 332 du 18.12.2007, p. 27.

<sup>19</sup> Les lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses, juin 2003.

L'affaire de la société anonyme XY de Zoug illustre à quel point une procédure relative à une arnaque à l'annuaire en application de l'art. 3, let. b, LCD peut traîner en longueur. Depuis 1993, cette société envoyait à des entreprises dans le monde entier des factures dissimulant une offre d'inscription dans un répertoire. Bon nombre de ces entreprises, principalement celles dont le travail est réparti dans plusieurs secteurs, ont pensé avoir en mains une facture pour des prestations dont elles avaient bénéficié et se sont acquittées du montant inscrit, concluant ce faisant un contrat de plusieurs années. La procédure pénale ouverte par la Confédération s'est terminée après huit ans, lorsque le Tribunal fédéral a estimé que les offres utilisées par les accusés étaient de nature à provoquer une erreur<sup>20</sup>. Une série de formulaires n'ont pu être vérifiés en raison de la prescription. Introduire dans la LCD une disposition définissant les exigences fondamentales relatives à une communication transparente des obligations contractuelles, du caractère privé de l'offre, de son prix ainsi que de la durée du contrat créera la sécurité juridique voulue et aidera le tribunal à se prononcer rapidement.

- La nécessité de réglementer les systèmes boule de neige est avérée. Comme relevé précédemment, ils sont interdits depuis 1938 par l'OLLP au titre d'opérations analogues aux loteries, parce que des esprits ingénieux tentent régulièrement d'y avoir recours pour gagner rapidement de l'argent. Relevons également les mises en garde que l'Office fédéral de la justice publie à ce sujet lorsqu'un nouveau procédé boule de neige apparaît<sup>21</sup>. Dans le projet qui nous concerne, il s'agit de transférer l'interdiction des systèmes boule de neige dans la LCD.
- Les explications relatives à une réglementation plus efficace des conditions générales dans la LCD figurent aux ch. 1.1 et 1.2. A titre de simple rappel, les conditions générales sont déjà réglées dans la LCD, à l'art. 8, de sorte qu'il est plus logique d'améliorer l'efficacité de la norme en la reformulant dans ce même contexte que de le faire par le biais de dispositions totalement nouvelles dans le code des obligations.
- Une grande partie de la population ne comprend pas que la Confédération ne puisse tenter une action que lorsque les entreprises ou les consommateurs victimes de pratiques commerciales déloyales sont établis à l'étranger et qu'elle ne puisse pas agir lorsque ceux-ci se trouvent en Suisse. Cette situation est perçue comme une discrimination injustifiée. Le projet vise à corriger cette inégalité et à créer des droits identiques. Il confère à la Confédération la possibilité d'agir contre les pratiques déloyales d'une certaine ampleur, indépendamment du fait que les victimes résident en Suisse ou à l'étranger. La menace devra être collective: la Confédération ne pourra pas agir pour protéger des intérêts individuels. Aujourd'hui, la Confédération n'est habilitée à tenter une action ou à déposer une plainte pénale que lorsqu'elle le juge nécessaire pour protéger la réputation de la Suisse à l'étranger et que les personnes qui ont le droit d'intenter action résident à l'étranger<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> ATF 129 IV 49 (consid. 2.5), également in: sic! 4/2003, 354 ss; confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral du 8 oct. 2008 (n° dossier 6B 272/2008), sic! 1/2009, 46 s.

<sup>21</sup> Communiqué de presse du 10.09.2002 concernant la participation à des cercles de dons; <http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2002/2002-09-10.html>

<sup>22</sup> Art. 10, al. 2, let. c, LCD en relation avec l'art. 23 LCD

L'objectif de cette disposition est de permettre de lutter contre les pratiques déloyales exercées depuis la Suisse qui visent des personnes à l'étranger et qui sont susceptibles d'entacher la réputation de la Suisse<sup>23</sup>. Le SECO, à qui est déléguée la qualité pour agir<sup>24</sup>, a déjà engagé ou déposé une multitude d'actions ou de plaintes, qui portaient principalement sur des pratiques commerciales déloyales concernant la vente de produits ésotériques et pseudo-médicaux, des jeux de hasard, des promesses de gain et des offres d'inscription dans des registres privés d'entreprises et de marques. Comme les possibilités d'intervention de la Confédération sont limitées aux cas transfrontières, il y a discrimination des consommateurs suisses, qui ne peuvent pas compter sur une intervention de l'État lorsqu'ils sont victimes de pratiques commerciales déloyales d'une certaine ampleur. Il est déjà arrivé que la Confédération doive se fonder sur la réclamation d'une personne lésée à l'étranger pour pouvoir accorder une certaine protection aux victimes en Suisse<sup>25</sup>.

Au lieu d'étendre la qualité pour agir de la Confédération, qui est liée aux instruments de procédure que fournit la LCD aux demandeurs privés, on pourrait envisager de soumettre les pratiques commerciales déloyales portant atteinte à des intérêts collectifs au droit pénal administratif de la Confédération. En pareil cas, l'instruction pénale ne ressortirait plus aux cantons, mais serait confiée aux autorités fédérales. Cette variante a été abandonnée car elle entraînerait une sorte de superposition administrative.

On pourrait aussi confier la défense des intérêts collectifs à des organismes privés contre une indemnisation, ce qui pourrait inciter financièrement les associations professionnelles ou les organisations de consommateurs à saisir les tribunaux des cas de pratiques commerciales déloyales d'une certaine ampleur. Le projet écarte ce modèle parce qu'il s'agit de préserver des intérêts publics qui ne sont pas forcément identiques à ceux défendus par les associations professionnelles et les organisations de consommateurs. De plus, les autorités fédérales disposent de l'expérience nécessaire dans l'application de la LCD et ont acquis un grand savoir-faire dans la procédure régissant la qualité d'agir de la Confédération en vue de protéger la réputation de la Suisse, de sorte qu'elles peuvent mieux utiliser les synergies créées.

Récemment, des pratiques commerciales douteuses sont apparues, appelées arnaques sur internet, qui en très peu de temps ont provoqué un très grand nombre de victimes. Dans de tels cas, les autorités fédérales devraient pouvoir informer le public en citant nommément les entreprises impliquées. De cette façon, il serait possible d'éviter de nouveaux dommages, du moins dans une certaine mesure. Dans chaque cas, il y aurait lieu de peser les intérêts publics menacés et l'intérêt de l'entreprise visée par la publication de sa méthode commerciale.

23 FF 1992 I 356

24 Art. 1, al. 1, de l'ordonnance du 17 fév. 1993 concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale, RS 241.3.

25 Le cas cité le 18 décembre 1995 lors de l'heure des questions au Conseil national est exemplaire (Q Gysin Hans Rudolf, 95.5222 «Pratiques commerciales de l'entreprise Vidamed. Image de la Suisse»).

- La LCD ne contenant aucune disposition concernant la collaboration avec les autorités étrangères chargées de lutter contre la concurrence déloyale, il y a lieu de créer la base juridique pertinente. L'échange d'informations est indispensable; il existe déjà puisque près de la moitié des réclamations déposées proviennent d'autorités étrangères partenaires. Il y a longtemps que les escroqueries affectant les consommateurs ou les PME font fi des frontières. Des lettres contenant des promesses de gain mensongères affranchies en Australie ou aux Etats-Unis se retrouvent dans les boîtes aux lettres de ménages suisses. Il arrive également que des bandes d'escrocs étrangers profitent du régime juridique relativement libéral de notre pays pour répandre dans le monde entier des offres douteuses, avec l'aide de sociétés, de cases postales ou d'entreprises fictives suisses. Les statistiques figurant à l'annexe 1 sont éloquents à ce sujet: le nombre de réclamations adressées à la Confédération et envoyées de l'étranger a explosé ces dernières années. Ce sont les revers de la mondialisation, qui permettent aux escroqueries transfrontières de prospérer. Les arnaqueurs bénéficient du fait que leurs escroqueries relèvent des droits nationaux respectifs et que l'exécution a généralement lieu à l'échelon local. Alors que les possibilités d'échange de marchandises et de services sur internet dans moult domaines ne connaissent aucune frontière, les acteurs de ces escroqueries doivent être poursuivis au niveau local. Cet objectif nécessite un échange d'informations entre les autorités de surveillance concernées, qui se complique souvent lorsqu'il n'y a pas de bases juridiques régissant l'assistance administrative et l'entraide judiciaire. Les Lignes directrices de l'OCDE du 11 juin 2003 régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses invitent les Etats membres à créer les bases juridiques nécessaires pour améliorer l'échange d'informations et rendre la coopération plus efficace. Les nouvelles dispositions permettraient de concrétiser deux des cinq recommandations formulées par l'OCDE:
  - le renforcement des mécanismes de notification, des échanges d'informations et de l'entraide en matière d'enquêtes;
  - l'amélioration des moyens permettant de protéger, d'une part, les consommateurs étrangers vis-à-vis d'entreprises nationales se livrant à des pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses et, d'autre part, les consommateurs indigènes vis-à-vis d'entreprises étrangères usant de telles méthodes.

### **1.3.2 Vue d'ensemble des résultats de la consultation**

Par décision du 2 juin 2008, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'économie (DFE) de mettre en consultation la modification de la LCD. La procédure de consultation a pris fin le 30 septembre 2008. Outre la révision des points exposés dans le présent message, le projet soumis à consultation proposait également un assujettissement général des prestations de services à l'obligation d'indiquer les prix.

Tous les gouvernements cantonaux, treize partis politiques, les trois associations faitières des communes, des villes et des régions de montagne, huit associations faitières de l'économie et 33 autres organisations ont été consultés. Sur les 83 parti-

cipants qui ont donné leur avis, 58 avaient été contactés officiellement, parmi lesquels tous les cantons et les quatre grands partis.

Le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la consultation le 19 décembre 2008<sup>26</sup>, qu'on trouvera sommairement résumés ci-après. Suivent ensuite les réactions concernant les différents points de révision soumis à la consultation (ch. 1.3.3).

L'immense majorité des cantons approuvent expressément le projet. Aucun canton n'est défavorable au projet de révision dans son ensemble. Le projet est également plébiscité par le PDC, le PS, des organisations de travailleurs et de consommateurs ainsi que par diverses associations économiques. Le PRD considère que certains points peuvent être améliorés, mais rejette le contrôle abstrait du contenu des CG et l'assujettissement général des prestations de services à l'obligation d'indiquer les prix. Ces deux points n'ont pas remporté non plus l'adhésion des associations faïtières patronales de l'économie, des banques et d'autres associations économiques. L'UDC est uniquement favorable aux points concernant les arnaques à l'annuaire et les systèmes boule de neige.

### **1.3.3 Les résultats de la consultation sur les points soumis à la révision**

#### *– Offres d'inscription dans des répertoires*

La nouvelle disposition relative aux offres déloyales d'inscription dans des répertoires est approuvée par la grande majorité des participants à la consultation. Certains proposent de la préciser davantage. Ils soulignent en particulier que la disposition n'inclut pas les abus relatifs à la publication d'annonces.

#### *– Systèmes boule de neige*

La nouvelle norme relative aux systèmes boule de neige déloyaux remporte également une adhésion massive. Certains ne la jugent pas assez précise, estimant que les critères qu'elle contient ne permettent pas de faire une distinction entre les systèmes légaux de marketing à paliers multiples et les systèmes boule de neige déloyaux. Pour trois cantons, transférer les systèmes boule de neige dans la LCD induirait une péjoration, car on passerait ainsi du régime du délit poursuivi d'office à celui du délit poursuivi sur plainte. L'USAM et plusieurs organisations proches des sociétés de marketing à paliers multiples exigent une disposition plus claire et pragmatique. Certains critiquent la présomption légale de l'al. 2 car elle entraîne un renversement du fardeau de la preuve. Cette situation n'est pas admissible, à leurs yeux, ni non plus compatible avec la présomption d'innocence garantie par la Constitution, d'autant moins qu'une infraction à la LCD peut avoir des suites pénales. D'autres proposent d'harmoniser la disposition avec la clause

<sup>26</sup> Le rapport du Conseil fédéral peut être consulté à l'adresse suivante:  
<http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1615/Ergebnis.pdf>

de la directive communautaire sur les pratiques commerciales déloyales<sup>27</sup> consacrée aux systèmes boule de neige<sup>28</sup>.

– *Utilisation de conditions commerciales abusives*

Le renforcement de l'actuel art. 8 relatif aux conditions commerciales abusives donne lieu à des avis très controversés. Alors que tous les cantons, le PDC, le PS, les organisations faïtières des travailleurs, l'Union suisse des paysans, les organisations de consommateurs et plusieurs associations économiques liées au secteur artisanal et industriel sont favorables à la nouvelle orientation que propose le projet, le PRD, l'UDC et les associations faïtières de l'économie (economiesuisse, USAM, Association suisse des banquiers), rejointes par d'autres organisations économiques, s'y opposent. Les opposants arguent notamment que le projet introduirait un contrôle abstrait du contenu des conditions générales (CG) qui violerait la liberté contractuelle. Ils soulignent également que la disposition va plus loin que le droit communautaire en la matière, puisque le domaine de protection comprend non seulement les consommateurs, mais aussi les clients commerciaux. C'est un point de la révision qui est en revanche bien accueilli par différents milieux professionnels. Deux participants déclarent préférer un durcissement – par la suppression de l'expression «qui sont de nature à provoquer une erreur» dans l'actuel art. 8 – à la version mise en consultation (COMCO, Fédération suisse des avocats). Enfin, certaines voix n'estiment guère judicieux de prévoir le contrôle abstrait du contenu dans la LCD, et souhaitent voir ce sujet réglé dans le CO. Plusieurs partisans du durcissement jugent nécessaire de prévoir un parallèle dans le CO qui traite des conséquences juridiques de l'utilisation de CG déloyales.

Le Conseil fédéral constate que les CG abusives sont réglementées au niveau européen et sont soumises à un examen judiciaire. Les entreprises exportatrices suisses ou les entreprises suisses établies dans l'espace européen sont donc tenues d'appliquer des CG qui se prêtent à un contrôle abstrait de leur contenu. Le Conseil fédéral estime souhaitable que les clients suisses ne soient plus discriminés à cet égard. Le domaine de protection de la LCD s'étend à tous les clients, et pas seulement aux consommateurs.

– *Extension du droit d'intenter action de la Confédération*

La grande majorité des participants réservent un bon accueil à l'extension du droit d'intenter action de la Confédération. Le PRD souhaite que l'on précise dans le message la fréquence à laquelle la Confédération exercera son droit d'intenter action. L'extension de ce droit est rejetée par le canton de Bâle-Campagne, l'UDC, l'USAM et quelques associations économiques, qui estiment qu'il revient aux parties concernées d'entreprendre des démarches juridiques éventuelles sous leur responsabilité propre. Economiesuisse a une

<sup>27</sup> Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (directive sur les pratiques commerciales déloyales), JO L 149 du 11.6.2005, p. 22 ss.

<sup>28</sup> Clause n° 14

position nuancée: elle juge nécessaire de définir clairement et de manière restrictive les possibilités d'intervention de la Confédération.

En ce qui concerne la question de la responsabilité propre, il convient de préciser que, pour les arnaques d'une certaine ampleur, les personnes trompées s'adressent à l'Etat, le dommage individuel n'étant pas assez important pour saisir elles-mêmes les tribunaux. Les pouvoirs publics sont, par conséquent, submergés de plaintes et doivent traiter les problèmes sans avoir les moyens d'intervenir.

– *Obligation d'indiquer les prix pour toutes les prestations de services*

Le changement de système proposé pour l'indication des prix des prestations de services, à savoir l'assujettissement de toutes les prestations de services hormis une liste d'exceptions, est diversement accueilli. La nette majorité des cantons et des organisations de travailleurs et de consommateurs se déclarent favorables. Par contre, le PRD, l'UDC, les associations faitières patronales de l'économie et les banques le rejettent. Pour ce qui est des autres milieux économiques qui se sont exprimés, le rapport entre partisans et opposants est équilibré. Plusieurs associations réclament une exception pour leur branche. Globalement, les opposants arguent qu'il n'est pas possible de déterminer à l'avance le prix à payer effectivement pour les prestations de services complexes ou à caractère individuel. De surcroît, les prestations de services présenteraient une variété et une complexité beaucoup plus grandes que les marchandises. Des craintes sont émises en ce qui concerne le surcroît de charges administratives. Le changement de système n'est acceptable, y compris pour le PDC, que si l'on parvient à prendre en compte cet aspect dans une mesure satisfaisante.

– *Collaboration internationale et communication de données*

L'immense majorité des participants reconnaissent la nécessité de créer des bases juridiques pour l'échange d'informations avec les autorités partenaires étrangères. Ils sont plusieurs à demander que les deux dispositions qui régissent ces points soient encore vérifiées du point de vue de leur compatibilité avec la loi sur la protection des données<sup>29</sup>. Les dispositions sur l'assistance administrative internationale sont rejetées par l'UDC.

– *Adaptation des dispositions pénales*

L'adaptation des dispositions de droit pénal aux modifications matérielles du projet est bien accueillie de manière générale. Certains participants expriment des craintes au sujet de la conversion du délit poursuivi sur plainte en délit poursuivi d'office qu'implique la qualité de partie conférée à la Confédération.

– *Autres propositions de révision*

Certains cantons, le PS et les organisations de consommateurs proposent d'autres modifications de la LCD. Ils demandent en particulier des dispositions légales réglant le commerce électronique, les envois publicitaires non

<sup>29</sup> Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD), RS 235.1

adressés, les concours et les promesses de gain mensongers. Certains d'entre eux demandent en outre une adaptation correspondante du code des obligations.

### 1.3.4 Modifications apportées à l'avant-projet

Le message a été rédigé sur la base du projet mis en consultation; les objections, remarques et autres propositions formulées par les milieux consultés y ont été intégrées dans la mesure du possible. Les modifications essentielles par rapport au projet mis en consultation sont les suivantes:

- Les éléments constitutifs liés aux inscriptions dans des répertoires et aux systèmes boule de neige sont intégrés à la liste des méthodes déloyales de publicité et de vente de l'art. 3 aux let. p, q et r (dans le projet mis en consultation, ils apparaissaient aux art. 3a et 3b). Du point de vue de la systématique juridique et du contenu, ces éléments constitutifs doivent figurer à cet endroit.
- La disposition concernant les offres d'inscription dans des répertoires a été complétée par l'élément concernant la publication d'annonces (art. 3, let. p).
- L'al. 2, critiqué dans la procédure de consultation, a été supprimé dans la disposition concernant les systèmes boule de neige (art. 3, let. r). La distinction vis-à-vis des systèmes légaux de marketing à paliers multiples a été introduite, par analogie avec le droit européen<sup>30</sup>.
- A l'art. 8 (Utilisation de conditions commerciales abusives), la violation des règles de la bonne foi est placée dans la phrase introductive à titre de préalable à la déloyauté de conditions générales et porte ainsi sur les deux lettres qui suivent. Ainsi, les critiques formulées à cet égard dans le cadre de la procédure de consultation ont été prises en considération. Au surplus, la let. b a été reformulée pour se rapprocher de la teneur de l'art. 3 de la directive européenne sur les clauses abusives<sup>31</sup>.
- Le projet d'introduire une obligation d'indiquer les prix des prestations de services est abandonné en raison des avis controversés émis dans le cadre de la consultation. Le Conseil fédéral comprend que la mise en œuvre et l'exécution d'une obligation de ce genre puissent être problématiques et que le prix à payer effectivement ne puisse pas être indiqué à l'avance pour certaines prestations de services complexes. La procédure de consultation a également montré qu'il est difficile d'établir une liste des éventuelles exceptions à l'obligation d'indiquer les prix et que celle-ci pourrait donner lieu à d'après discussions.
- Les réflexions émises au sujet du droit de la protection des données ont été prises en compte dans le chapitre relatif à la collaboration internationale et la disposition concernée (art. 22) a été dûment complétée.

<sup>30</sup> Clause 14 de la directive sur les pratiques commerciales déloyales (v. note 27).

<sup>31</sup> Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO L 095 du 21.4.1993, p. 29.

La présente modification de la LCD étant une simple amélioration de différents points, la comparaison des systèmes juridiques est établie sur la base de ces points de révision et non, de manière générale, sur l'ensemble du droit de la concurrence déloyale.

### **Réglementation des arnaques à l'annuaire**

A notre connaissance, seule la Principauté de Liechtenstein dispose d'une réglementation similaire sur les arnaques à l'annuaire<sup>32</sup>. La situation au Liechtenstein est partiellement comparable à celle de la Suisse. Des sociétés en mains étrangères s'établissent dans la Principauté et inondent le monde d'offres d'inscription douteuses dans des répertoires sans utilité, entachant ainsi la réputation de la place économique. La Belgique applique une solution plus large en interdisant l'offre gratuite de marchandises ou de services lorsque la demande d'obtention de celle-ci n'est pas distincte de tout bon de commande<sup>33</sup>. Si on la transpose dans la pratique des éditeurs d'annuaires, cela signifie que le formulaire de commande ne peut pas comporter de la publicité pour des inscriptions gratuites mêlées à des inscriptions payantes.

La Communauté européenne n'a édicté aucune réglementation spéciale régissant les activités commerciales des éditeurs d'annuaires. Comme en Suisse, on y applique l'interdiction générale d'induire en erreur inscrite dans la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative<sup>34</sup>.

### **Réglementation des systèmes boule de neige**

La directive sur les pratiques commerciales déloyales<sup>35</sup> est appliquée par les Etats membres depuis le 12 décembre 2007. Elle s'applique uniquement aux pratiques commerciales déloyales dans la relation entre le fournisseur et le consommateur (selon le principe B2C, *Business to Consumer*). A l'instar de la LCD, elle comprend des dispositions générales et des dispositions sanctionnant les pratiques commerciales déloyales, y compris les omissions trompeuses, et les méthodes de vente agressives. Dans son annexe I, la directive inventorie 31 pratiques commerciales trompeuses ou agressives réputées déloyales en toutes circonstances. Le système boule de neige y est qualifié de déloyal au chiffre 14, sous le libellé suivant: «Créer, exploiter ou promouvoir un système de promotion pyramidale dans lequel un consommateur verse une participation en échange de la possibilité de percevoir une contrepartie provenant essentiellement de l'entrée d'autres consommateurs dans le système plutôt que de la vente ou de la consommation de produits.»

L'Allemagne, l'Autriche et le Liechtenstein ont mis en œuvre la directive sur les pratiques commerciales déloyales et, dès lors, ont introduit une disposition sur les systèmes boule de neige dans leur législation. L'Italie a adopté une nouvelle loi interdisant les pratiques commerciales déloyales, tandis que la France a étendu sa législation sur la protection des consommateurs.

<sup>32</sup> Art. 3, let. n, de la loi du 22 oct. 1992 contre la concurrence déloyale, Liechtensteinisches Landesgesetzblatt 240.

<sup>33</sup> Art. 23, ch. 14, de la loi belge du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

<sup>34</sup> Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, JO L 376 du 27.12.2006, p. 21 ss.

<sup>35</sup> Voir la note 27

## Conditions générales

La directive sur les clauses abusives<sup>36</sup> oblige les Etats membres à édicter les réglementations nécessaires. Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. L'art. 8, let. b, LCD s'inspire largement de l'art. 3 de la directive, cité dans la phrase qui précède. Toutefois, dans l'annexe de la directive figure une liste non exhaustive de clauses susceptibles d'être qualifiées d'abusives. A titre d'exemple, citons la clause ayant pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité légale du fournisseur lorsque le consommateur perd la vie ou subi des dommages corporels à cause d'un acte imputable au fournisseur. Alors que le champ d'application de la directive est limité aux clauses abusives vis-à-vis des consommateurs, l'art. 8 LCD s'applique aux relations entre fournisseurs et clients à tous les échelons du circuit économique. En matière de conditions générales, ce sont souvent les PME qui constituent la partie contractante la plus faible et qui se trouvent dans une situation comparable à celle des consommateurs.

## Application du droit

Pratiquement tous les Etats de l'UE et de l'OCDE (en particulier l'Australie, le Canada, la Corée du Sud, les Etats-Unis, le Japon, le Mexique et la Nouvelle-Zélande) surveillent d'office la loyauté de la concurrence. L'Allemagne et l'Autriche qui, comme la Suisse, connaissent une surveillance fondée sur le droit privé, ont dû créer un office central national pour se conformer au règlement communautaire sur la lutte transfrontière contre les pratiques commerciales déloyales, cité ci-après. Au niveau national, les actes de surveillance des organisations de consommateurs sont subventionnés par les autorités fédérales<sup>37</sup>.

Dans la Communauté européenne, le règlement précité relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs<sup>38</sup> régit aussi l'échange d'informations entre les autorités de surveillance nationales des Etats membres. L'art. 14 du règlement traite de l'échange d'informations avec les pays tiers en le subordonnant au respect des prescriptions communautaires en matière de protection des données. L'art. 18 du même règlement contient une base juridique autorisant la conclusion d'accords d'assistance administrative entre la Communauté et des Etats tiers, afin d'intensifier la coopération pour lutter contre les arnaques transfrontières. Ledit règlement oblige les Etats membres à désigner au niveau national une autorité compétente comme bureau de liaison unique responsable des tâches de coopération et de l'échange d'informations (art. 4).

La coopération transfrontière déployée pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales et, de manière générale, pour protéger les consommateurs fait actuellement l'objet d'entretiens exploratoires entre la Suisse et la Commission européenne.

<sup>36</sup> Voir la note 31

<sup>37</sup> Voir pour l'Allemagne, «Verbraucherzentrale Bundesverband», [www.vzbv.de](http://www.vzbv.de); pour l'Autriche, «Verein für Konsumenteninformation VKI», [www.konsument.at](http://www.konsument.at)

<sup>38</sup> Voir la note 18

L'UE lie la participation de la Suisse au système européen d'alerte rapide RAPEX<sup>39</sup> à la condition qu'une collaboration transfrontière s'applique également dans d'autres domaines de la protection des consommateurs.

Les Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses<sup>40</sup> invitent les Etats membres à créer les bases juridiques nécessaires pour améliorer l'échange d'informations et rendre la coopération plus efficace.

## 2 Commentaire des articles

*Art. 3, let. p (nouvelle)* Offres d'inscription dans des répertoires et de publication d'annonces

La *let. p* vise à réglementer les formulaires d'offre, les propositions de correction et d'autres moyens destinés à faire de la publicité pour l'inscription dans des répertoires imprimés ou en ligne tels que les registres professionnels, les annuaires téléphoniques, les registres de marques ou d'autres registres, ou pour la publication d'annonces. Sont également concernées les offres d'inscription directes, présentées dans le cadre d'une démarche faite en personne, auprès de la réception d'une entreprise par exemple, ou par téléphone. Lorsque ces prestations de services sont proposées, les éléments suivants doivent être indiqués:

- le caractère onéreux et privé de l'offre,
- la durée du contrat,
- le prix total pour la durée du contrat,
- la diffusion géographique, la forme, le tirage minimum et la date à laquelle le répertoire ou l'annonce sera publié au plus tard,

et doivent figurer:

- en grands caractères,
- à un endroit bien visible, et
- dans un langage compréhensible.

Il y a comportement déloyal dès lors que l'un des éléments précités n'est pas indiqué dans les règles. Les fournisseurs qui proposent des inscriptions dans des répertoires de toute nature ou la publication d'annonces sur des supports publicitaires doivent présenter clairement les clauses proprement dites du contrat et ses éléments essentiels. La personne qui signe un formulaire doit pouvoir reconnaître sans difficulté le prix de l'offre, et notamment son prix total, la durée du contrat et la contre-prestation qui lui est fournie. L'obligation d'indiquer le caractère privé de l'offre est destinée à éviter que quelqu'un soit induit en erreur sur le but de l'inscription ou de la publication. Il doit apparaître clairement qu'il s'agit d'une inscription dans un registre privé, que cette inscription est effectuée sur une base volontaire et qu'elle ne

<sup>39</sup> Le «Rapid Exchange of Information System» est un système d'alerte rapide de la CE dans le domaine de la sécurité des produits qui se base sur la directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 déc. 2001 relative à la sécurité générale des produits, JO L 11 du 15.1.2002, p. 4.

<sup>40</sup> Voir la note 19

déploie pas d'effet juridique. L'offre ne doit pas donner l'impression qu'il s'agit d'une inscription dans un registre public (registre du commerce, registre des marques, registre des brevets).

Si, par manque de transparence, des formulaires créent un risque de confusion avec les factures d'institutions officielles, les éléments constitutifs de la concurrence déloyale sanctionnés par l'art. 3, let. b (indications fallacieuses) et d (confusion), sont applicables à titre complémentaire. Dans son arrêt du 8 octobre 2008, le Tribunal fédéral a qualifié un tel cas de figure de clairement déloyal: «Le formulaire de la société A. ressemble à s'y méprendre à une facture de l'office du registre du commerce, de par son apparence extérieure (cf. consid. 4.3 ci-devant). Les inscriptions dans des registres privés ou dans des registres publics sont des prestations similaires. Qui plus est, la lésée attendait une facture de l'office du registre du commerce si bien qu'elle a pris l'offre pour une facture. Si l'on tient compte de l'ensemble des circonstances, la mention «A. AG» et les faits que l'office du registre du commerce a envoyé les offres uniquement en langue allemande et sans mentionner un numéro de TVA et que les émoluments ne sont pas identiques sont de moindre importance. Par son comportement, le recourant a créé un risque de confusion avec la prestation concernant l'inscription dans le registre du commerce public.»<sup>41</sup> (traduction inofficielle)

Les critères énumérés à la let. p sont aussi applicables à la vente d'annonces comme elle est pratiquée dans le cadre des inscriptions sur des supports publicitaires tels que les plans de localité, les cartes, les sets de table ou les feuilles d'information.

#### *Art. 3, let. q (nouvelle)* Factures dissimulant une offre

La *let. q* précise que l'envoi de factures pour une inscription dans des répertoires de toute nature ou pour la publication d'annonces est réputé déloyal lorsque l'expéditeur n'a pas reçu au préalable une commande correspondante. Dans l'arrêt évoqué ci-après, le Tribunal fédéral considère, sur le principe, comme déloyal l'envoi des factures dissimulant une offre. Dans son code de déontologie, l'Union suisse des éditeurs d'annuaires et de banques de données juge également cette méthode déloyale<sup>42</sup>.

Les exigences de transparence et de forme qui figurent aux *let. p* et *q* et auxquelles doivent satisfaire les offres s'inspirent de l'arrêt du Tribunal fédéral du 18 décembre 2002<sup>43</sup>. Dans cette décision, le Tribunal fédéral a estimé que certains formulaires dissimulant une offre d'inscription dans un annuaire de télécopie étaient déloyaux du fait qu'ils ressemblaient à s'y méprendre à des factures. Il s'est exprimé en ces termes: «Les formulaires qui, au vu de leur présentation et des indications qu'ils contiennent, ressemblent à s'y méprendre à des factures sont conçus de manière à induire les destinataires en erreur et permettent effectivement de les induire en erreur; les remarques et les informations sur la base desquelles le lecteur avisé pourrait reconnaître l'offre que camoufle le formulaire ne sont là que pour dissimuler le véritable motif de la démarche. Aucune raison objective ne permet de justifier la présentation d'une offre sous cette forme. Mais si, pour une quelconque raison, ce type de présentation devait être requis à titre exceptionnel, le destinataire devrait

<sup>41</sup> ATF du 8 oct. 2008 (dossier n° 6B 272/2008), consid. 6.3

<sup>42</sup> Ch. 8 (voir la note 11)

<sup>43</sup> ATF 129 IV 49, consid. 2.4 et 2.5; également in: sic! 4/2003, 354 ss; confirmé par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 8 oct. 2008 (dossier n° 6B 272/2008); sic! 1/2009, 46 s.

pouvoir facilement et rapidement constater, dans les lignes rédigées en grands caractères, à un endroit bien visible et dans un langage compréhensible, que le formulaire n'est pas une facture, mais simplement une offre».44 (traduction inofficielle)

*Art. 3, let. r (nouvelle)      Systèmes boule de neige*

L'interdiction générale des systèmes de distribution qui fonctionnent selon le système de la boule de neige, de l'avalanche ou de la pyramide doit être maintenue. Ces systèmes se caractérisent par le fait que, pour l'acquéreur, les avantages se situent moins dans la vente d'une marchandise ou d'une prestation de services que dans le recrutement de nouvelles personnes pour participer au système. Ils consistent pour la plupart dans une redistribution agressive de l'argent de la base vers le sommet de la pyramide, laquelle est fréquemment associée à une distribution spéciale de marchandises ou des prestations de services, et donc dissimulée.

La formulation de cette nouvelle disposition s'inspire largement de celle de l'art. 43, ch. 1, OLLP, qui définit actuellement les systèmes boule de neige. Contrairement à la disposition précitée, l'élément constitutif sanctionné par la nouvelle let. r de l'art. 3 est déjà réalisé si l'avantage pour la personne recrutée dépend *principalement* du recrutement d'autres personnes. Selon l'art. 43, ch. 1, OLLP, cette condition est exclusive. La nouvelle formulation permet de garantir que les systèmes dans lesquels la distribution de marchandises ou de prestations de services n'est qu'un prétexte soient également visés.

La distinction entre les systèmes légaux de marketing à paliers multiples et les systèmes boule de neige ou pyramidaux illégaux n'est pas toujours simple à faire. Alors que les systèmes boule de neige se focalisent sur l'enrôlement de nouveaux participants, les ventes multiniveaux sérieuses (*network marketing*) concernent des produits réellement commercialisables. Ce caractère distinctif essentiel ressort nettement du libellé de la nouvelle let. r de l'art. 3, selon lequel l'avantage pour le participant dépend principalement du recrutement d'autres personnes plutôt que de la vente ou de l'utilisation de produits. Autre caractère typique des systèmes boule de neige illégaux: ils sont la plupart du temps conçus de façon que le nombre des participants augmente de manière rapide et incontrôlable. Les autres critères permettant de déceler un système boule de neige sont les suivants:

- les participants reçoivent un avantage patrimonial pour le seul recrutement de nouvelles personnes;
- les participants doivent verser une finance d'entrée importante;
- les participants n'ont pas le droit de restituer les produits non vendus contre remboursement du prix d'acquisition;
- la structure du système et/ou le calcul des commissions ne sont pas transparents;
- les produits ne peuvent être vendus que par des participants à d'autres participants au sein du système, ou alors ils ne peuvent être écoulés que difficilement en dehors du système à cause de leurs qualités ou des règles prescrites par le fournisseur.

44 ATF 129 IV 49, consid. 2.5

L'avant-projet contenait en outre un al. 2 établissant la présomption légale de l'existence d'un système boule de neige, avalanche ou pyramidal illicite. Un tel système aurait été présumé illicite si le nombre de participants avait été susceptible d'augmenter de façon rapide et incontrôlable et si deux des six critères énumérés aux let. a à f avaient été remplis. Réexaminé à la suite des critiques formulées dans le cadre de la procédure de consultation, cet alinéa a été finalement supprimé pour les raisons suivantes:

- La présomption légale aurait entraîné un renversement du fardeau de la preuve. En droit pénal, un renversement du fardeau de la preuve n'aurait pas été compatible avec la présomption d'innocence garantie par la Constitution et par la Convention européenne des droits de l'homme (art. 32 Cst., art. 6, par. 2, CEDH). En conséquence, il n'aurait pas été possible de tenir compte de cette présomption légale dans les affaires de droit pénal. Or appliquer de manière différenciée la présomption selon que la procédure est pénale ou civile n'est pas souhaitable.
- L'introduction de nouveaux critères pour distinguer les systèmes légaux des systèmes illégaux aurait impliqué une certaine rupture avec la pratique appliquée jusqu'ici pour les systèmes boule de neige. Ne pas définir les critères dans la loi permet aux tribunaux de se rattacher à la jurisprudence établie et de développer les critères de distinction existants. Une série de ces critères sont évoqués plus haut.
- Renoncer à faire figurer des critères permet aussi de garantir la compatibilité avec le droit européen. A l'échelle européenne, les systèmes boule de neige sont réglés au ch. 14 de l'annexe I de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales<sup>45</sup>. Cette disposition ne fixe pas de critères détaillés permettant de faire la distinction entre systèmes légaux et illégaux. La publication de la directive 2005/29/CE a permis d'harmoniser entièrement le domaine des pratiques commerciales déloyales. Si l'on introduisait des critères, ceux-ci ne pourraient ni modifier, ni limiter, ni non plus excéder les règles inscrites dans cette directive. Les critères distinctifs introduits à l'al. 2 seraient allés au-delà de ce cadre réglementaire, raison pour laquelle la disposition telle qu'elle était prévue dans le projet mis en consultation n'aurait pas été conciliable avec le droit européen.

#### *Art. 8*                    Utilisation de conditions commerciales abusives

Par conditions générales (CG), on entend les dispositions contractuelles formulées à l'avance pour un grand nombre de conclusions de contrat. Dans le monde économique d'aujourd'hui, les CG ont une importante fonction de rationalisation pour les personnes et les entreprises qui concluent une multitude d'actes juridiques identiques avec différents partenaires commerciaux. Or la partie contractuelle dont la position est plus faible dans la négociation risque d'être systématiquement désavantagée par les CG, d'où la nécessité de pouvoir vérifier si les CG ne sont pas formulées de manière trop unilatérale. La jurisprudence a refusé jusqu'à maintenant un contrôle ouvert du contenu des CG, mais a toujours exercé de fait un contrôle en application extensive de la règle dite de l'insolite.

<sup>45</sup> Voir la note 27

Aux termes de l'actuel art. 8 LCD, les CG rédigées de façon unilatérale au détriment de l'autre partie peuvent être qualifiées de déloyales uniquement si elles sont *de nature à provoquer une erreur* et qu'elles dérogent notablement au régime légal ou prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat. Ces conditions n'étant que rarement remplies, l'art. 8 n'est pas un instrument efficace pour contrôler les CG. La suppression de l'élément constitutif lié à la volonté d'induire en erreur est destinée à permettre un contrôle ouvert du contenu.

Le passage «au détriment d'une partie contractante» a également été écarté. Effectuer un contrôle des CG au profit de l'auteur semble de prime abord exclu pour la simple raison que celui qui invoque la déloyauté de CG qu'il a lui-même rédigées a un comportement contradictoire qui ne mérite pas d'être protégé.

Plusieurs participants à la consultation ont jugé l'introduction d'un contrôle ouvert du contenu comme une atteinte injustifiée à la liberté contractuelle. On peut leur opposer que le partenaire contractuel de l'utilisateur des CG n'a souvent aucune possibilité de négocier le contrat à titre individuel. Il est généralement inutile, par ailleurs, de se rabattre sur un autre partenaire contractuel, puisque, au sein d'une même branche, les entreprises utilisent plus ou moins les mêmes CG. Autre critique soulevée: le contrôle ouvert du contenu gommerait la distinction entre le droit impératif et le droit dispositif, car le droit dispositif ne pourrait de fait être modifié que dans une mesure très limitée. Mais une clause ne peut être déloyale que si l'élément constitutif de la dérogation notable est rempli et s'il y a violation du principe de la bonne foi. Eu égard aux garde-fous posés par le nouvel article, les parties possèdent une marge de manœuvre encore considérable pour aménager une relation contractuelle régie par des CG, même en dérogeant au droit dispositif.

Les conditions générales peuvent être entachées de déloyauté si:

- en contradiction avec les règles de la bonne foi, elles dérogent notablement au régime légal (let. a). La notion de régime légal comprend non seulement le droit écrit, mais aussi l'interprétation issue de la doctrine et de la jurisprudence. C'est la raison pour laquelle l'expression «applicable directement ou par analogie» qualifiant le régime légal à l'art. 8, let. a, du droit en vigueur n'a pas été conservée. Toutefois, pour qu'il y ait déloyauté, il ne suffit pas de déroger notablement au régime légal, mais cette dérogation doit intervenir en contradiction avec les règles de la bonne foi. En effet, il n'est pas choquant de déroger à une loi que le législateur a explicitement qualifiée de dispositive. On ne saurait présumer de manière générale du caractère déloyal de conditions générales s'écartant du droit dispositif, au motif qu'elles dérogent (notamment) au régime légal;
- en contradiction avec les règles de la bonne foi, elles prévoient une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat (let. b). Aux termes de la let. b de l'actuel art. 8 et de l'avant-projet, les CG sont réputées déloyales si elles prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat. La notion de nature du contrat n'apparaît désormais plus dans la disposition, notamment parce que, dans la teneur actuelle de l'art. 8, ce que l'on

entend généralement par «nature du contrat» n'est pas clair<sup>46</sup>. Le caractère flou de cette notion a d'ailleurs été vivement critiqué lors de la procédure de consultation. La nouvelle let. b a été reformulée sur la base de l'art. 3 de la directive sur les clauses abusives<sup>47</sup>. La disproportion créée au détriment de l'autre partie contractante doit être notable et injustifiée de sorte que le maintien de la clause serait incompatible avec le principe d'équité et qu'il serait dès lors adéquat de la considérer comme nulle. Ce sont les agents économiques plus faibles, PME et consommateurs, qui risquent généralement de se retrouver dans la situation de la partie contractante affectée unilatéralement.

Contrairement au libellé de l'art. 8 de l'avant-projet, les CG doivent être soumises à une appréciation sous l'aspect des règles de la bonne foi non seulement pour ce qui est de la dérogation au droit dispositif (let. a), mais aussi, comme l'ont réclamé plusieurs participants à la consultation, pour ce qui est de la disproportion entre les droits et les obligations découlant du contrat (let. b). Il s'agit là d'effectuer une pesée de tous les intérêts dignes de protection de l'utilisateur des CG et du partenaire contractuel. Le critère de la bonne foi permet d'établir une appréciation nuancée du rapport de force entre l'utilisateur des CG et le partenaire contractuel. Il est ainsi possible de tenir compte notamment de l'expérience commerciale du partenaire contractuel et de ses connaissances juridiques. Si le partenaire contractuel de l'utilisateur des CG est un consommateur, il convient en principe d'appliquer un critère plus sévère que dans le circuit commercial. Lors de l'examen de la compatibilité des CG avec les règles de la bonne foi, il est possible de tenir également compte, dans le cas du contrôle individuel, des circonstances concrètes de la relation contractuelle. Par contre, si l'on opte pour le contrôle abstrait du contenu, il est absolument nécessaire de mener une approche type, axée sur un partenaire contractuel moyen.

La formulation du nouvel art. 8 a été critiquée par certains en raison de son imprécision et de la marge d'interprétation qu'elle permet. Il convient d'opposer à cette remarque que les conditions générales sont utilisées pour les relations juridiques les plus diverses et qu'elles se rencontrent sous les formes les plus variées. Dès lors, une certaine souplesse est indispensable pour envisager toutes les formes que prennent les CG et pour pouvoir garantir un contrôle adéquat de celles-ci à long terme.

Autre critique émise, l'application de la nouvelle disposition aux clauses des conditions générales dans les contrats innommés serait très difficile. Tel peut être le cas pour la let. a, étant donné que les contrats innommés sont souvent des contrats mixtes comprenant des éléments de plusieurs contrats nommés. Par conséquent, une dérogation notable à une disposition appliquée par analogie à un contrat innommé peut être un indice du caractère déloyal d'une clause. En revanche, la let. b peut toujours s'appliquer indifféremment aux contrats innommés et aux contrats nommés.

L'art. 2 LCD définit les relations de concurrence couvertes par la loi. Ainsi, la LCD s'applique aux comportements qui influent sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. L'art. 8 est applicable par analogie aux rapports entre

<sup>46</sup> Cf. François Dessemontet, Le contrôle judiciaire des conditions générales, in: Philippe Carruzzo/Pierre-André Oberson (éd.), La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, CEDIDAC n° 11, Lausanne 1988, pp. 76 ss; Baudenbacher (voir la note 7), n° 52 ad art. 8.

<sup>47</sup> Voir la note 31

fournisseurs et clients à tous les échelons du circuit économique. Plusieurs participants à la consultation ont proposé de limiter l'application de l'art. 8 aux rapports contractuels avec les consommateurs. Or une restriction de ce genre n'est pas judicieuse, puisque ce sont souvent les PME qui sont dans la position de la partie contractante défavorisée et qui, en matière de conditions générales, se trouvent dans une situation similaire à celle des consommateurs. En outre, cela irait à l'encontre du principe selon lequel le champ d'application de la LCD s'étend à tous les niveaux de transaction.

Pour la grande majorité de la doctrine, les violations de l'art. 8 LCD entraînent la nullité des clauses concernées<sup>48</sup>. S'agissant du contrat dans son ensemble, il est possible, puisque l'utilisation de conditions générales abusives est illicite (art. 2 LCD), d'invoquer la règle de la nullité partielle prévue à l'art. 20, al. 2, CO. La question de savoir s'il faut réduire les clauses des conditions générales à une mesure admissible est controversée dans la pratique et la doctrine. Récemment, le Tribunal fédéral a rejeté la réduction d'une clause des conditions générale en invoquant l'effet protecteur de la norme légale enfreinte. Il a estimé que la clause en question était nulle dans son intégralité<sup>49</sup>.

*Art. 10, al. 3 à 5 (nouveaux)*

Droit de la Confédération d'intenter  
une action

L'*al. 3* développe la qualité pour agir actuellement conférée à la Confédération, qui s'applique à des faits dont les effets se déploient à l'étranger<sup>50</sup>, pour l'étendre aux faits dont les effets se déploient en Suisse. Aux termes de l'art. 9, al. 1 et 2, LCD, la Confédération pourra intenter une action si elle le juge nécessaire à la protection de l'intérêt public. L'intérêt public est en cause:

- comme jusqu'ici, lorsque la réputation de la Suisse à l'étranger est menacée ou subit une atteinte et que les personnes touchées résident à l'étranger, ou
- comme proposé dans le projet, lorsque les intérêts de plusieurs personnes ou les intérêts d'un groupe de personnes appartenant à un secteur économique, ou d'autres intérêts collectifs sont menacés ou subissent une atteinte.

Selon le projet, la Confédération pourra faire usage de son droit d'intenter une action au niveau interne à la condition que des intérêts collectifs soient l'objet d'une menace ou subissent une atteinte. Cela suppose un comportement déloyal d'une certaine ampleur de nature à affecter un grand nombre de personnes. La Confédération ne pourra pas intervenir dans des cas isolés ni défendre des intérêts liés à des droits individuels. Les pratiques commerciales déloyales visées sont les mêmes que celles observées au niveau international: promesses de gain mensongères, arnaques dans les transactions électroniques, offres d'inscription dans des répertoires sous forme de factures ou sous une autre forme ou pour la publication d'annonces, offres ésoériques douteuses, offres de voyants générant une pression psychique<sup>51</sup>. De plus, les systèmes boule de neige peuvent eux aussi faire l'objet d'une intervention de la

<sup>48</sup> Lucas David, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, 3e éd., Berne 1997, n° 244; Baudenbacher, (voir la note 7), n° 59 ad art. 8.

<sup>49</sup> ATF 4A 404/2008

<sup>50</sup> Art. 10, al. 2, let. c, LCD

<sup>51</sup> Le SECO et le Bureau fédéral de la consommation ont publié une brochure présentant les méthodes utilisées («Attention! Arnaques»): <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00035/00038/01787/index.html?lang=fr>

Confédération, ce qui permet de dissiper définitivement la crainte d'un affaiblissement par rapport au droit actuel. Cette crainte découle du fait que le transfert de la disposition sanctionnant les systèmes boule de neige de la législation sur les loteries dans la LCD implique le passage du régime du délit poursuivi d'office à celui du délit poursuivi sur plainte. Néanmoins, conférer à la Confédération le droit d'intenter une action permet de lutter plus efficacement contre les systèmes boule de neige qui portent atteinte aux intérêts collectifs.

Dans le cadre de la consultation, certains ont déploré l'usage de la notion d'intérêts collectifs, peu claire à leurs yeux. Cette notion vise à compléter l'expression «les intérêts de plusieurs personnes ou les intérêts d'un groupe de personnes appartenant à un secteur économique». On veut parler d'une pratique commerciale qui porte atteinte ou est de nature à porter atteinte aux intérêts économiques d'un grand nombre de personnes. Il est important que la pratique déloyale dépasse le cas isolé par son ampleur et son importance et qu'un examen approfondi de l'état de fait soit souhaitable. La notion d'intérêts collectifs figure également dans la législation européenne: le règlement 2006/2004 relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs<sup>52</sup> définit les intérêts collectifs comme «les intérêts d'un certain nombre de consommateurs qui ont subi ou sont susceptibles de subir un préjudice du fait d'une infraction» (art. 3, let. k).

Il incombe à la Confédération, si une action est intentée, d'apporter la preuve que des intérêts collectifs subissent une atteinte ou sont menacés. Cette preuve constitue une condition à la légitimation active. Elle est apportée avec succès uniquement si le demandeur, à savoir la Confédération, est en mesure de montrer que l'atteinte à des intérêts collectifs est établie. Pour cela, il faut qu'un certain nombre de réclamations soient déposées par des personnes concernées. Les réclamations peuvent provenir des personnes directement touchées. Mais il est également possible de tenir compte des interventions des services administratifs cantonaux, des organisations de consommateurs ou des associations professionnelles et économiques pour établir l'existence de la légitimation active. Dans le prolongement de la jurisprudence actuelle sur le droit de la Confédération d'intenter une action pour préserver la réputation de la Suisse, il convient de ne pas poser des exigences trop élevées en ce qui concerne l'établissement de la légitimation active. Les expériences liées au droit de la Confédération d'intenter une action montrent que, pour de simples raisons de ressources, saisir la justice n'est réaliste qu'à partir d'une vingtaine de dénonciations. A moins qu'il n'apparaisse rapidement qu'une pratique commerciale douteuse dépasse largement le cas isolé par son ampleur et son importance et qu'elle risque de susciter une avalanche de dénonciations<sup>53</sup>. Avant d'introduire une action, on essaie généralement de parvenir à une solution sans passer par les tribunaux. C'est la raison pour laquelle seule une part des affaires dénoncées donne lieu à une intervention judiciaire. Celle-ci s'impose uniquement pour sanctionner les arnaqueurs invétérés qui, en dépit des avertissements et des tentatives extrajudiciaires de résolution des litiges, continuent leurs pratiques frauduleuses.

<sup>52</sup> Voir la note 18

<sup>53</sup> Cela aurait été le cas par exemple en 2008, lors de l'envoi par une entreprise de Baar de pourriels dont le champ relatif à l'objet contenait le message «Ihr Nacktbild wurde freigegeben» (Une photo de vous nu(e) circule). C'est ainsi que la société amenait des internautes inquiets à visiter son site internet et à conclure, sans le savoir, un contrat portant sur des photos érotiques. Après s'être connectés au site en question, les internautes recevaient une facture exigeant le versement unique de 98 euros. Cf. <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/fr/18561>.

La qualité pour agir de la Confédération s'intègre dans la systématique de droit civil de la LCD. Le caractère de droit privé de la loi demeure préservé sur ce point. La Confédération peut élever les mêmes prétentions de droit civil que les associations et les organisations habilitées à intenter une action. Il peut s'agir de l'action en constatation du caractère illicite de l'acte, en cessation de l'acte ou en suppression de l'état de fait, mais non de l'action en dommages et intérêts ou en réparation du tort moral. La Confédération assume les mêmes risques qu'un demandeur en matière civile. Le droit d'intenter une action civile est assorti du droit de déposer une plainte pénale (art. 23, al. 2).

L'extension du droit de la Confédération d'intenter une action pour les états de fait nationaux justifie la création d'un nouvel alinéa indépendant (al. 3). L'al. 2, let. c, qui prévoit actuellement une action limitée aux cas étrangers, peut être abrogé.

L'al. 4 permet au Conseil fédéral d'informer le public des pratiques commerciales déloyales touchant l'intérêt public en citant nommément les entreprises impliquées. Le Conseil fédéral doit aussi pouvoir informer avant d'exercer son droit de plainte, par exemple lorsqu'une plume de réclamations sont déposées pour dénoncer une certaine pratique commerciale. L'information servira ainsi à mettre en garde le public visé et à empêcher d'autres dommages.

L'al. 5 établit clairement que, lorsque des actions sont intentées par la Confédération en vertu de l'al. 3, la LCD suisse est applicable. La qualité pour agir de la Confédération est une «loi d'application immédiate» au sens de la LDIP (art. 18). Par le passé, cette situation a toujours été un objet de litige dans les procédures civiles engagées par la Confédération, empêchant une procédure judiciaire rapide. Les actions intentées par la Confédération pour protéger la réputation de la Suisse à l'étranger supposent que l'atteinte portée à l'image du pays soit d'une certaine ampleur, ce qui se traduit par le nombre de réclamations déposées par des personnes touchées résidant à l'étranger. En règle générale, ces réclamations émanent de personnes provenant d'un grand nombre de pays. Appliquer le droit de chaque Etat sur le marché duquel le résultat s'est produit, au sens de l'art. 136 LDIP, confinerait à l'absurde.

### **Chapitre 3a**

#### **Collaboration avec les autorités de surveillance étrangères**

*Art. 21 (nouveau)*                      Collaboration

L'art. 21 règle la collaboration des autorités fédérales chargées de l'exécution de la LCD avec les autorités de surveillance étrangères, et avec des organisations ou organismes internationaux (*al. 1*). Les autorités fédérales assurent une tâche d'exécution en exerçant le droit d'intenter action conféré à la Confédération, qui se limite aux cas de déloyauté dans lesquels l'intérêt public subit une atteinte ou est menacé (*art. 10, al. 3*). Dans le contexte de la LCD, les autorités de surveillance étrangères sont celles qui contrôlent la loyauté de la concurrence ou qui assurent des tâches en matière de protection des consommateurs. Par organismes internationaux, il ne faut entendre que ceux dont les membres sont des Etats. C'est par exemple le cas du Réseau international de contrôle et de protection des consommateurs (RICPC), qui réunit les autorités de surveillance du marché de 37 Etats, membres

pour la plupart de l'OCDE et de l'UE<sup>54</sup>. Il y a également lieu de mentionner le Réseau de contact des autorités anti-pourriel (CNSA – Contact Network of Spam Enforcement Authorities) de l'UE, auquel la Suisse participe.

La collaboration est soumise à la condition qu'elle soit nécessaire à la lutte contre les pratiques commerciales déloyales et que les autorités étrangères, les organisations internationales ou les organismes internationaux soient liés par le secret de fonction ou soumis à un devoir de confidentialité équivalent.

En revanche, la protection individuelle que la LCD accorde aux acteurs économiques est exclue de la collaboration internationale au sens de cette disposition. En cas de litige, les accords d'entraide judiciaire en matière civile ou pénale que les Etats concernés auraient conclus s'appliquent.

L'*al.* 2 confère au Conseil fédéral la compétence de conclure des accords de collaboration internationaux avec les autorités de surveillance étrangères compétentes en matière de loyauté commerciale et de protection des consommateurs. A titre d'exemple, ces accords pourraient régler la procédure de collaboration, les modalités d'échange des informations ainsi que la soumission de l'autorité étrangère au devoir de confidentialité et au secret de fonction. Un accord de collaboration aurait pour avantage d'éviter de conclure pour chaque cas un nouvel accord sur les garanties de réciprocité, le devoir de confidentialité, etc. Des accords de collaboration s'imposeraient avec les Etats desquels proviennent aujourd'hui la plupart des réclamations – eu égard aux liens culturels et linguistiques qui nous unissent –, à savoir les pays voisins (France, Allemagne, Autriche et Italie); dans l'espace anglophone, l'Angleterre et les Etats-Unis sont aussi des partenaires contractuels possibles.

#### *Art. 22 (nouveau)*                      Communication de données

L'*art.* 22 règle la communication de données à l'étranger, conformément à la législation suisse sur la protection des données<sup>55</sup>.

L'*al.* 1 règle la communication de données concernant des personnes et des actes par des autorités fédérales compétentes en matière d'exécution de la LCD aux instances partenaires étrangères. La communication interviendra dans le cadre et dans le respect des conditions précisées à l'*art.* 21. Seront autorisées notamment la communication d'informations sur la participation de personnes physiques ou morales à une pratique commerciale déloyale, mais aussi la transmission de documents révélateurs de cette pratique déloyale (par ex. courriers publicitaires, formulaires, annonces de gains).

L'*al.* 2 régit les conditions de transmission des données par les autorités fédérales à leurs destinataires à l'étranger. Cette disposition satisfait aux prescriptions en la matière introduites dans les récentes lois fédérales<sup>56</sup>. L'essentiel sera que le destinataire des données fournisse la garantie qu'il accorde la réciprocité et utilisera les données exclusivement pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales. L'*art.* 6 LPD est réservé.

<sup>54</sup> [www.icpen.org](http://www.icpen.org); voir également «La Vie économique», 2003/5, p. 44 ss.

<sup>55</sup> Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD), RS 235.1

<sup>56</sup> Cf. *art.* 42 de la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA), RS 956.1; *art.* 38 de la loi sur les bourses, RS 954.1; *art.* 22 de la loi sur le transfert des biens culturels, RS 444.1; *art.* 7 de la loi sur les embargos, RS 946.231.

Renoncer à l'exigence de réciprocité sera possible si le destinataire des données est une organisation internationale ou un organisme international, vu que ces instances n'ont généralement pas les compétences législatives leur permettant d'édicter des prescriptions d'assistance administrative analogues.

Les actes d'entraide judiciaire se déterminent sur la base des normes applicables en la matière. Citer ces normes dans la LCD n'aurait qu'un caractère déclaratoire et n'est donc pas nécessaire. Si l'autorité compétente soupçonne, dans un cas particulier, que la voie de l'assistance administrative est utilisée pour contourner les exigences de l'entraide judiciaire, elle prendra contact avec le secteur chargé de l'entraide judiciaire internationale au sein de l'Office fédéral de la justice avant de procéder à l'assistance administrative; si le soupçon se confirme, il y aura lieu d'exiger de l'autre Etat la garantie que les données ne seront pas utilisées dans une procédure pénale pour laquelle l'entraide judiciaire serait exclue en raison de la nature de l'acte.

#### *Art. 23, al. 3 (nouveau)*      Qualité de partie de la Confédération

Aux termes de l'art. 104, al. 2, CPP (le nouveau code de procédure pénale entrera probablement en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011), la Confédération peut, dans le cadre de la procédure pénale, reconnaître la qualité de partie, avec tous les droits ou des droits limités, à des autorités chargées de sauvegarder des intérêts publics. Du fait toutefois que le CPP attribue différents droits aux parties, la qualité de partie doit être déterminée plus précisément. Dans le cadre de la LCD, la Confédération doit avoir la qualité de partie, avec les mêmes droits qu'un demandeur privé au sens du CPP. En conséquence, la Confédération possède notamment les droits de participation prévus à l'art. 107 CPP et à la possibilité d'interjeter recours contre les ordonnances de classement (art. 322, al. 2, CPP) et contre les décisions des tribunaux (art. 382, al. 1, CPP).

Prévue à l'annexe 1 du nouveau code de procédure pénale, la nouvelle version de l'art. 81, al. 1, let. b, ch. 5, de la loi sur le Tribunal fédéral<sup>57</sup> dispose que la partie plaignante a qualité pour former un recours en matière pénale, dans la mesure où elle a qualité pour recourir selon le code de procédure pénale<sup>58</sup>. Il est possible que cette disposition sera reformulée et qu'on revienne à la version initiale actuellement en vigueur de l'art. 81, al. 1, let. b, LTF, pour l'entrée en vigueur du CPP, prévue le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Actuellement, le libellé de la disposition est le suivant:

«A qualité pour former un recours en matière pénale quiconque a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, soit en particulier ... ch. 5: la victime, si la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles».

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la partie plaignante qui n'est pas une victime au sens de la loi sur l'aide aux victimes<sup>59</sup> n'a en principe pas qualité, en vertu du droit actuel, pour former un recours en matière pénale<sup>60</sup>. Or la Confédération n'est pas une victime au sens prévu par la loi sur l'aide aux victimes. Elle ne

<sup>57</sup> Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS **173.110**)

<sup>58</sup> FF **2007** 6722; v. aussi le message du 21 déc. 2005 relatif à l'unification de la procédure pénale, FF **2006** 1320

<sup>59</sup> Loi du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes (RS **312.5**)

<sup>60</sup> ATF **133** IV 228, consid. 2

figure pas dans la liste énumérée à l'art. 81, al. 1, let. b, LTF. Mais cette liste n'est pas exhaustive, de sorte qu'un cas n'y étant pas mentionné peut relever de la clause générale de l'intérêt juridique protégé<sup>61</sup>.

Contrairement à une personne privée, la Confédération intente une action en vue de protéger un intérêt public. La légitimation active lui est acquise si plusieurs personnes résidant en Suisse ou à l'étranger sont affectées dans leurs intérêts économiques par des pratiques déloyales. Comme l'action est intentée en vue de sauvegarder un intérêt public, la Confédération peut invoquer la clause générale de l'intérêt juridique protégé. Partant, elle a qualité pour former un recours en matière pénale, même si la let. b de l'art. 81, al. 1, LTF devait réserver la légitimation active à une partie plaignante au sens défini par la loi sur l'aide aux victimes.

#### *Art. 27, al. 2*

Cette disposition impose aux autorités cantonales de communiquer en expédition intégrale, immédiatement et sans frais, tous les jugements, prononcés administratifs et ordonnances de non-lieu liés à la LCD au Ministère public de la Confédération et au Département fédéral de l'économie. Elle concerne également les jugements, prononcés administratifs et ordonnances de non-lieu en rapport avec l'obligation d'indiquer les prix aux consommateurs (art. 24 LCD).

### **3 Conséquences**

#### **3.1 Conséquences pour la Confédération**

Si la coopération internationale dans la lutte contre les pratiques commerciales déloyales transfrontières peut être déployée avec les effectifs actuels des services concernés, les conséquences de l'extension de la qualité pour agir de la Confédération relèvent de l'inconnu. En se basant sur les expériences faites à ce jour en matière d'affaires déloyales d'une certaine ampleur, de nature à compromettre l'intérêt public, on peut estimer nécessaire, en gardant le sens des réalités, de prévoir deux postes supplémentaires pour être en mesure de procéder aux interventions à mener en Suisse alémanique, en Suisse romande et au Tessin.

#### **3.2 Conséquences pour les cantons et les communes**

La poursuite pénale menée en vertu de la LCD incombe aujourd'hui déjà aux cantons. Etendre la qualité pour agir dont dispose la Confédération pourrait provoquer une surcharge des autorités de justice et de poursuite pénale. Mais il convient de relever qu'une action civile ou une plainte pénale demeure le moyen de dernier recours, lorsque les avertissements sont restés lettre morte ou que les négociations avec les auteurs des pratiques déloyales n'ont pas abouti. Eu égard aux expériences faites à ce jour avec le droit d'action de la Confédération pour protéger la réputation de la Suisse, les cas ayant donné lieu à une intervention judiciaire ne sont guère nombreux.

<sup>61</sup> Message du 28 fév. 2001 relatif à la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4116

### 3.3

### Conséquences économiques

*1<sup>er</sup> point examiné. Nécessité d'une intervention de l'Etat:* Si le bon fonctionnement de la concurrence est compromis par des pratiques commerciales déloyales ou par un système de distribution, il y a nécessité d'agir au plan législatif, en introduisant les nouveaux éléments constitutifs de la déloyauté concernant les arnaques à l'annuaire (art. 3, let. p et q) et les systèmes boule de neige (art. 3, let. r). La modification apportée à la disposition consacrée aux conditions générales abusives comble une lacune du droit suisse par rapport au droit européen et supprimera la discrimination qui frappe les citoyens suisses. A l'heure actuelle, les entreprises suisses qui offrent des marchandises ou des prestations de services sur le marché communautaire doivent déjà respecter les prescriptions européennes sévères relatives aux clauses contractuelles abusives. Etendre la qualité pour agir de la Confédération permettra également d'éliminer une discrimination frappant aujourd'hui les Suisses par rapport aux personnes établies à l'étranger qui sont victimes de pratiques déloyales exercées depuis la Suisse. La modification de la LCD créera les bases juridiques nécessaires à l'échange d'informations avec les autorités de surveillance étrangères compétentes en matière de lutte contre les pratiques commerciales déloyales transfrontières.

*2<sup>e</sup> point examiné. Conséquences pour les différents groupes de la société:* Les bénéficiaires de la nouvelle disposition prescrivant la transparence dans les formulaires d'inscription dans des répertoires sont les PME. C'est au détriment de celles-ci que la plupart des arnaques à l'annuaire sont pratiquées, quand bien même les victimes se recrutent dans tous les milieux de l'économie, de l'administration, de la culture et dans l'ensemble de la société. L'interdiction visant les systèmes boule de neige et la disposition réglant plus efficacement les conditions générales profiteront à la fois aux entreprises et aux consommateurs. Les systèmes déloyaux de la boule de neige affectent non seulement les consommateurs, mais aussi les fournisseurs sérieux de la vente directe ou du marketing à paliers multiples (*multi-level-marketing*). Par ailleurs, la modification apportée à la disposition sur les conditions générales concerne toutes les entreprises faisant usage de telles conditions.

*3<sup>e</sup> point examiné. Conséquences pour l'économie dans son ensemble:* Préserver la clientèle à tous les échelons de faux signaux tels que les propos fallacieux ou les méthodes trompeuses contribue également à assurer le bon fonctionnement de la concurrence. Ces perturbations du marché créent des distorsions dans la concurrence et n'apportent rien sur le plan économique. La lutte contre les tromperies de toute nature améliore le cadre général de la concurrence et l'allocation des ressources. Il est certes difficile de mesurer les dommages économiques causés par les pratiques commerciales déloyales, mais les affaires portées devant les tribunaux montrent que ces dommages peuvent facilement atteindre des dizaines de millions de francs. Les nouveautés proposées contribueront à faire régner la loyauté sur le marché et permettront aux fournisseurs sérieux de mieux se démarquer des moutons noirs. L'extension de la qualité pour agir de la Confédération et la création des bases juridiques nécessaires à l'échange d'informations avec les autorités étrangères chargées de surveiller le marché consolideront le principe de la concurrence loyale et freineront les escrocs dans leur élan les menant au-delà des frontières. D'une part, la place économique suisse s'en verra renforcée, car il ne pourra pas lui être reproché de servir de refuge aux arnaqueurs et aux escrocs. D'autre part, la confiance dans les échanges nationaux et internationaux de marchandises et de services s'en trouvera améliorée.

*4<sup>e</sup> point examiné. Autres solutions:* On pourrait aussi lutter contre les arnaques à l'annuaire en s'appuyant sur le droit en vigueur. Mais les expériences faites depuis 1992, date à laquelle la qualité pour agir a été conférée à la Confédération, montrent que le droit actuel ne suffit pas pour juguler efficacement les méthodes déloyales. On pourrait également attendre la poursuite de la révision totale de la loi sur les loteries au lieu de transférer aujourd'hui les systèmes boule de neige dans la LCD. S'agissant des conditions générales, il serait aussi envisageable de les régler dans le CO ou dans des lois spéciales. Or ces conditions générales font déjà l'objet d'une disposition dans la LCD, laquelle loi attribue également la qualité pour agir aux organisations de consommateurs. La modification de la LCD donne lieu à une vaste eurocompatibilité dans ce domaine. Il n'y a aucune alternative à la création des bases juridiques nécessaires à l'échange d'informations avec les autorités de surveillance étrangères en matière de concurrence déloyale. Les arnaques transfrontières ont explosé. Lorsqu'elles ont leur origine, réelle ou supposée, en Suisse, elles nuisent à la réputation de sérieux de la place économique suisse. L'alternative à l'extension du droit de la Confédération d'intenter action dans la LCD serait le statu quo, c'est-à-dire la limitation de ce droit aux faits transfrontières en vue de protéger la réputation de la Suisse. Au niveau national, on pourrait concevoir des incitations financières permettant aux organisations de consommateurs et aux associations professionnelles et économiques de s'engager davantage et plus souvent pour surveiller la loyauté de la concurrence. Il va de soi que ces activités devraient être indemnisées par la Confédération. Un changement de système qui privilégierait le droit pénal administratif serait plus onéreux, car les pratiques déloyales d'une certaine ampleur seraient poursuivies directement par les autorités fédérales. Il entraînerait de surcroît une forme de superposition administrative. Par contre, ne rien entreprendre du tout mettrait les particuliers en situation de devoir continuer de se défendre eux-mêmes contre les actes frauduleux d'une certaine ampleur, ce qui reviendrait à récompenser les pratiques commerciales déloyales.

*5<sup>e</sup> point examiné. Aspects pratiques de l'exécution:* S'agissant des cas de nature à compromettre l'intérêt public, la qualité pour agir reviendrait à la Confédération, comme c'est déjà le cas aujourd'hui pour les affaires ayant un lien avec l'étranger. La poursuite pénale des infractions à la LCD est du ressort des cantons (art. 27 LCD), indépendamment du fait que la réclamation ait été déposée par la Confédération ou par des particuliers.

#### **4 Lien avec le programme de la législation**

Le projet n'est annoncé ni dans le message du 23 janvier 2008 sur le programme de la législation 2007 à 2011<sup>62</sup>, ni dans l'arrêté fédéral du 18 septembre 2008 sur le programme de la législation 2007 à 2011<sup>63</sup>.

La modification de la LCD s'inscrit dans le cadre de la première ligne directrice du programme de législation 2007 à 2011, qui s'intitule «renforcer la place économique suisse» et dont le premier objectif est d'«accroître la compétitivité sur le marché intérieur et [d']améliorer les conditions générales».

62 FF 2008 639

63 FF 2008 7745

## **5 Aspects juridiques**

### **5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois**

Aux termes de l'art. 96, al. 2, let. b, Cst., la Confédération prend des mesures afin de lutter contre la concurrence déloyale. Selon l'art. 97 Cst., elle prend des mesures destinées à protéger les consommateurs. Il est en outre essentiel que, dans les domaines relevant de la législation sur la concurrence déloyale, les organisations de consommateurs bénéficient des mêmes droits que les associations professionnelles et économiques (art. 97, al. 2, Cst.). La législation en matière de droit civil et de droit pénal relève également de la Confédération (art. 122 et 123 Cst.).

### **5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse**

Le présent projet est compatible avec les obligations internationales de la Suisse. Aux termes de l'art. 10<sup>bis</sup> de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle<sup>64</sup>, les pays de l'Union, à savoir ceux auxquels s'applique la convention, sont tenus d'assurer à leurs ressortissants une protection effective contre la concurrence déloyale. Sont notamment interdits dans le contexte qui nous occupe les propos ou allégations de nature à créer une confusion. L'extension du droit de la Confédération d'intenter une action et la création de la base juridique nécessaire à l'échange d'informations avec les autorités partenaires étrangères permettront également de mettre en œuvre des exigences importantes de l'OCDE<sup>65</sup>, invitant notamment les Etats membres à créer les bases légales nécessaires pour améliorer les échanges d'informations et pour rendre la coopération plus efficace.

### **5.3 Délégation de compétences législatives**

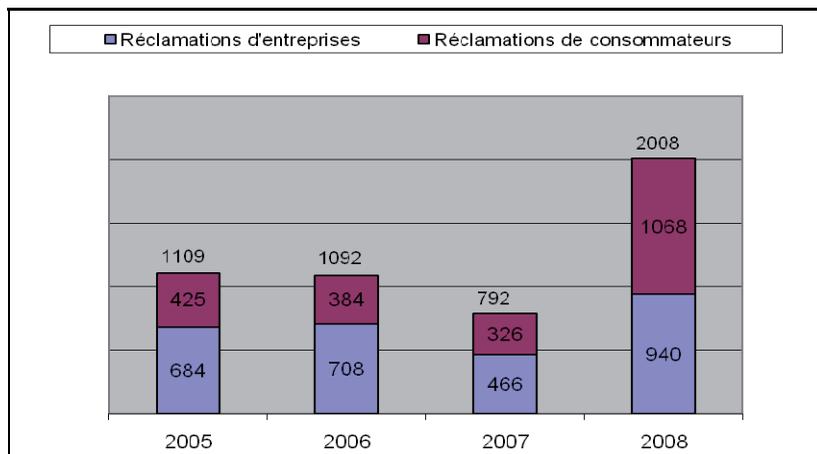
En vertu de l'art. 21, al. 2, du projet, le Conseil fédéral est autorisé à conclure, de sa propre compétence, des accords internationaux de collaboration avec des autorités étrangères chargées de la surveillance du marché. Seraient par exemple réglés dans ces accords la procédure de collaboration en général, la réciprocité, les modalités d'échange des informations ainsi que le devoir de confidentialité et le secret de fonction de l'autorité partenaire. Dans tous les cas, la délégation de compétences ne concerne pas les accords internationaux qui sont soumis au référendum obligatoire ou facultatif.

<sup>64</sup> Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle révisée à Stockholm le 14 juillet 1967, RS **0.232.04**

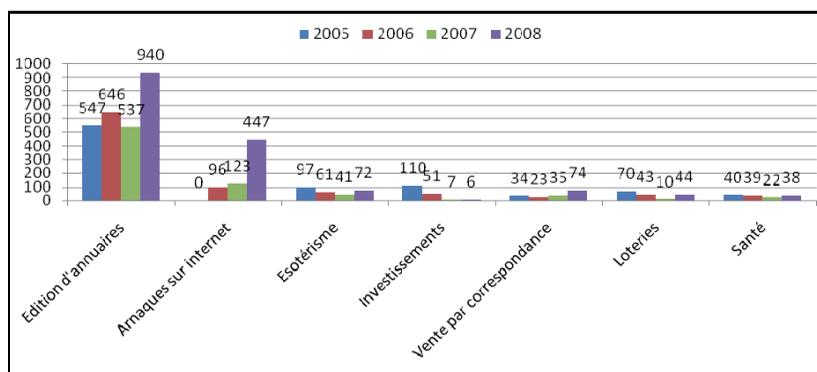
<sup>65</sup> Lignes directrices du 11 juin 2003 contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses (voir la note 19)

## Réclamations déposées au SECO en vertu de la LCD (comparaison 2005 à 2008)

### Répartition des réclamations entre entreprises et consommateurs



### Répartition des réclamations par branches



## Répartition des réclamations entre la Suisse et l'étranger

