

**Rapport explicatif
relatif à la modification de la loi fédérale contre la
concurrence déloyale (LCD)**

Table des matières

1	Grandes lignes du projet	4
1.1	Contexte	4
1.2	La nouvelle réglementation proposée	8
1.2.1	Renforcement de la protection matérielle contre la concurrence déloyale.....	9
1.2.2	Meilleure application de la loi.....	10
1.2.3	Amélioration de la transparence des prix des prestations de services (art. 16 P- LCD)11	
1.3	Développement et évaluation de la solution proposée	11
1.4	Comparaison juridique et relation avec le droit européen	14
2	Commentaire des articles	17
3	Conséquences.....	22
3.1	Conséquences pour la Confédération.....	22
3.2	Conséquences pour les cantons et communes.....	22
3.3	Conséquences économiques.....	23
4	Lien avec le programme de la législature	24
5	Aspects juridiques	24
5.1	Constitutionnalité et conformité aux lois	24
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse.....	25
5.3	Délégation de compétences législatives.....	25

Annexe 1

Statistiques des réclamations

Liste des abréviations

ATF	arrêt du Tribunal fédéral
CE	Communauté européenne
cf.	<i>confer</i> / se référer à
CFC	Commission fédérale de la consommation
CG	conditions générales
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), RS 220
consid.	considérant
CP	code pénal du 21 décembre 1937, RS 311.0
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS 101
DFJP	Département fédéral de justice et police
éd.	édition
EIMP	entraide international en matière pénale
FF	Feuille fédérale
LCD	loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, RS 241
LDIP	loi fédérale sur le droit international privé
LIC	loi fédérale du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs
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

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

Genèse

Plusieurs initiatives ont été entreprises ces dernières années pour améliorer quelques points de la loi contre la concurrence déloyale. Ces propositions de modification faisaient presque toutes partie de paquets législatifs importants¹. Or ces projets – citons ceux relatifs au renforcement de la protection des consommateurs en matière de commerce électronique (2000), à la révision totale de la loi sur les loteries (2002-2004) et à la modification de la loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC, 2005) – n'ont pas abouti pour diverses raisons, de sorte que les adaptations de la LCD qui en résultaient n'ont pas été réalisées. L'objectif de la présente modification de la LCD est de reprendre divers éléments des projets de révision de la loi sur les loteries et de la LIC, et de les compléter de quelques aspects nouveaux. Contrairement aux principaux points des projets de loi abandonnés, les dispositions de la LCD n'ont suscité aucune critique de fond lors des procédures de consultation. Par ailleurs, le 22 novembre 2006, le Conseil fédéral a décidé, lorsqu'il a suspendu le projet de réglementation sur le marketing sauvage, de créer, à l'occasion de la prochaine révision de la LCD, les bases juridiques permettant l'échange d'informations avec les autorités de surveillance étrangères en matière de concurrence déloyale.

La LCD actuelle

L'un des objectifs majeurs de la révision 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 consommateurs (art. 1 LCD). 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 LCD). Les pratiques commerciales déloyales visées sont mentionnées dans la clause générale et décrites à travers une série d'éléments constitutifs (art. 3 à 8 LCD).

La LCD est axée sur le droit civil, bien que la violation de certaines dispositions puissent avoir des conséquences pénales, sur 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 quelconques), 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 LCD). La Confédération a elle aussi, depuis 1992, qualité pour agir 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 (art. 10, al. 2, let. c, LCD). 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, LCD et le droit de déposer une plainte pénale inscrit à l'art. 23 LCD.

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

¹ La seule exception est l'avant-projet du 17 mai 2006 concernant l'adaptation de la LCD en vue du Championnat d'Europe de football 2008 (marketing sauvage).

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 seules prestations de services désignées par le Conseil fédéral.

Lacunes du droit actuel

Les lacunes du droit actuel se situent au niveau de certaines pratiques commerciales, de l'application du droit – y compris l'échange d'informations avec les autorités étrangères de surveillance en matière de concurrence déloyale – et de la transparence des prix des prestations de services.

• Réglementation lacunaire de certaines pratiques commerciales

Les lacunes résident dans l'absence d'une norme claire sur les offres d'inscription dans des répertoires et sur les systèmes boule de neige, et dans la difficulté d'appliquer la disposition relative aux conditions générales abusives (CG ; art. 8 LCD).

Arnaques à l'annuaire

Les abus commis au moyen de formulaires peu transparents, proposant l'inscription dans toutes sortes de répertoires et dont l'utilité est limitée voire inexistante, sont importants. Les victimes sont aussi bien des PME que des grandes entreprises, des administrations et des professions libérales. Parmi les nombreuses méthodes utilisées pour acquérir des clients, les plus courantes sont les suivantes :

Envois publicitaires

Les envois publicitaires proposant l'inscription dans un répertoire professionnel sont souvent diffusés en masse et sous forme de formulaires. Les auteurs de ces envois prétendent que le répertoire professionnel est gratuit. 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. Or les clauses du contrat, souvent formulées avec des expressions lourdes et imprimées en petits caractères, ont des effets indésirables : 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 frais annuels se situent en général entre 800 et 1700 francs (496 et 1054 euros).

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 !

Factures dissimulant une offre d'inscription

Parfois, les prestataires indéclicats envoient une facture qui dissimule 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 qu'il conclut le contrat. Les cibles préférées 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 du registre du commerce de leur canton ou de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle. Or en payant le montant réclamé, lesdits destinataires passent un contrat sans s'en apercevoir, alors qu'ils croyaient s'acquitter de l'émolument dû aux institutions précitées.

Démarcheurs

La signature sans lecture préalable d'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 arnaques consistant à proposer une inscription dans un registre d'aucune utilité provoquent de gros ennuis dans bien des milieux. Les expériences de la Confédération avec les sociétés suisses qui 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 judiciaire², souvent avec pour résultat la prescription des faits incriminés.

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 découle³, 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)⁴ 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 les 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 soient 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 objectifs⁵.

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.

² Voir par ex. ATF 129 IV 49 et ATF 129 IV 305.

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

⁴ RS 935.511

⁵ 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.

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)⁶. Elle a aussi fait l'objet régulièrement d'interventions parlementaires⁷. Dans sa réponse à la motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil national (02.461), minorité Leuthard (cf. note 7), le Conseil fédéral s'est déclaré disposé à examiner la possibilité de modifier le droit suisse en vue de 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 a 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 de ne pas poursuivre le projet de révision de la LIC en novembre 2005, de sorte que la situation juridique liée aux conditions générales attend toujours une solution. 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'écartant 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 »⁸, lequel empêche notamment un contrôle abstrait de la teneur de conditions générales comme prévu initialement⁹. 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, let. 2, let. c, LCD). 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 de 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 intenter

⁶ La dernière recommandation émise à ce sujet à l'attention du Conseil fédéral date du 6 novembre 2007. La commission avait déjà formulé des recommandations le 12 juin 1997 et le 3 juin 2003.

⁷ 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 décembre 2006 (06.489) intitulée « Prévenir les règles abusives figurant dans la rubrique écrite en petits caractères ».

⁸ 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^e éd., Berne 2002, ch. 12.02.

⁹ Message du 18 mai 1983 à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 1983 II 1130 s.

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, des intérêts collectifs sont touchés, de sorte qu'une intervention d'office serait souhaitable. Il n'est qu'à songer aux arnaques sur internet, qui ont explosé depuis 2005, 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. Une base légale pour pouvoir informer le public en citant nommément les entreprises impliquées fait également défaut dans de tels cas.

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 transfrontières déloyales, une tendance qu'illustre également la statistique annuelle du SECO inventoriant les réclamations provenant de l'étranger relatives aux pratiques commerciales d'entreprises suisses (2006 : 1100 réclamations ; 2007 : 800 réclamations¹⁰, cf. annexe 1). Dans le sens inverse, les PME et 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 coopération 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 transfrontalières. Cela vaut aussi pour la norme anti-pourriels de la LCD, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2007¹¹. Le problème des pourriels crée une nouvelle dimension dans la coopération internationale et l'échange d'informations qui en découle.

- **Manque de transparence dans les prix des prestations de services**

Comme, en vertu du droit actuel, ce sont les prestations de services désignées par le Conseil fédéral qui sont soumises à l'obligation d'indiquer les prix au consommateur (art. 16, al. 1, LCD), la liste de ces prestations, qui figure dans l'ordonnance d'exécution¹², n'a cessé de s'allonger. Par ailleurs, certains ont élevé des critiques en s'interrogeant sur la raison pour laquelle le prix d'une prestation de service devait être indiqué et pas celui d'une autre. En réalité, l'obligation d'indiquer les prix n'est pas appliquée à de nombreuses prestations, ce qui est difficile à concevoir sous l'angle de la transparence des prix et du marché. Il faut mentionner l'ensemble du domaine du transport, ou certaines professions libérales comme les notaires ou les vétérinaires.

1.2 La nouvelle réglementation proposée

Le présent projet propose de régler plusieurs points en vue de pallier les lacunes rencontrées. L'objectif est de renforcer le principe de « concurrence loyale » à trois niveaux, en renforçant 1) la protection matérielle contre les pratiques commerciales déloyales, 2) l'application du droit et 3) la transparence des prix pour les prestations de services.

¹⁰ Le recul du nombre de réclamations en 2008 par rapport à 2007 s'explique de deux manières: 1. Pour les affaires où le SECO avait déjà introduit une action civile ou une plainte pénale, les autorités partenaires étrangères n'ont plus eu l'occasion de transmettre de nouvelles réclamations. 2. A la fin de 2006 et au début de 2007, les cantons de Vaud respectivement de Saint-Gall ont pris des mesures pénales à l'égard de nombreuses personnes qui étaient impliquées dans des envois en masse touchant la France et l'Angleterre.

¹¹ Art. 3, let. o ; RO 2007 921 940.

¹² Ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (OIP; RS 942.211) : art. 10, al. 1, let. a à t.

1.2.1 Renforcement de la protection matérielle contre la concurrence déloyale

Il convient essentiellement d'introduire deux nouveaux éléments constitutifs dans la loi et de revoir la formulation d'une disposition existante en vue de la rendre plus efficace.

- **Nouvelle norme fixant clairement le cadre dans lequel les offres d'inscription dans des répertoires ont un caractère loyal (art. 3a P-LCD)**

Cette nouvelle norme énumère les différents éléments qui doivent impérativement figurer dans une offre d'inscription dans un répertoire d'adresses ou un registre professionnel, à savoir le caractère onéreux de l'offre, la durée du contrat, le prix total en découlant et la diffusion de la publication et le mode de publication. Ces informations doivent être indiquées en grands caractères, à un endroit bien visible et dans un langage compréhensible. L'envoi de factures pour l'inscription dans un registre doit être interdit si une commande n'a pas été préalablement passée. La nouvelle disposition s'inspire des principes du Tribunal fédéral en matière de factures dissimulant une offre¹³ et du code de déontologie de l'Union suisse des éditeurs d'annuaires et de banques de données¹⁴.

- **Nouvel élément constitutif décrivant la déloyauté des systèmes boule de neige (art. 3b P-LCD)**

Réglée aujourd'hui dans l'OLLP, l'interdiction des systèmes de distribution appliquant le procédé dit « boule de neige, avalanche ou pyramidal » sera transférée dans la LCD. Il s'agira toutefois d'introduire dans la loi une liste de critères qui permette d'opérer une meilleure distinction entre les systèmes boule de neige illégaux et les systèmes légaux dits de « marketing à paliers multiples » (Multi-Level-Marketing). La plupart des systèmes boule de neige ou pyramidaux consistent en une redistribution agressive de sommes d'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. Introduire la réglementation de cette matière dans la LCD fait donc sens.

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

Si l'on reformule la disposition de la LCD consacrée aux conditions générales, entre autres en supprimant le passage « qui sont de nature à provoquer une erreur », il sera alors possible d'effectuer, en plus du contrôle des modalités de conclusion du contrat, un contrôle abstrait de la teneur des conditions générales. Autrement dit, le juge pourra déclarer que des conditions générales sont déloyales en se fondant sur leur contenu. 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 Leuthard¹⁵, même si elle n'est pas tout à fait identique à celle qu'il a proposée auparavant¹⁶. 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, mais la modification prévue ici a l'avantage de la concision. Enfin, 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

¹³ ATF 129 IV 49 (consid. 2.5); également in : sic! 4/2003, 354 ss.

¹⁴ Ehrenkodex für die Mitglieder des Schweizerischen Adressbuch- und Datenbankverleger-Verbands (ch. 7) ; www.sadv.ch/html/ehrenkodex_sadv.html

¹⁵ Voir la note 7.

¹⁶ Message du 18 mai 1983 à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 1983 II 1130 s.

(par ex. dans la loi sur le contrat d'assurance). Qui plus est, dans la LCD, la qualité pour agir est confiée aux organisations de consommateurs¹⁷.

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, P-LCD)**

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, LCD), 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 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 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 pourraient déferler.

Enfin, il y a lieu de relever que, lorsque la Confédération fait usage de sa qualité pour agir, c'est la LCD suisse qui doit être appliquée. Par le passé, cette question a souvent été sujette à controverse lorsque la Confédération a intenté une action civile en constatation du caractère illicite ou en cessation en se fondant sur un état de fait à l'étranger. En effet, la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)¹⁸ 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)¹⁹ et inscrite dans la partie de la LCD consacrée au droit civil ne serait donc quasiment 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.

¹⁷ Art. 97, al. 2, Cst.; art. 10, al. 2, let. b, LCD.

¹⁸ RS 291; art. 136.

¹⁹ RO 1992 1514 1515; FF 1992 I 339.

- **Bases juridiques pour la coopération avec les autorités de surveillance étrangères concernant les pratiques commerciales déloyales transfrontières (art. 21/22 P-LCD)**

Les bases juridiques pour la coopération avec les autorités de surveillance étrangères s'inspirent de dispositions similaires figurant dans d'autres lois²⁰. 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 porte 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'entraide administrative ou judiciaire relative aux domaines classiques de la LCD qui tendent à la 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 transfrontières²¹ et la seconde en a aussi élaborées sous forme de réglementation non contraignante (Soft Law)²².

- **Légère adaptation dans la partie consacrée au droit pénal (art. 23, al. 3, P-LCD)**

Lorsque la Confédération introduit une procédure pénale au moyen d'une plainte, elle doit pouvoir non seulement bénéficier de la qualité de partie, avec tous les droits qui s'y rapportent, mais aussi introduire un recours.

1.2.3 Amélioration de la transparence des prix des prestations de services (art. 16 P-LCD)

Le présent projet introduit un changement de système pour l'indication des prix des prestations de services : il propose de soumettre également celles-ci à l'obligation d'indiquer les prix, comme c'est déjà le cas pour les marchandises. Le Conseil fédéral édictera ensuite, dans l'ordonnance d'exécution, une liste d'exceptions de prestations de services pour lesquelles une application de la loi est problématique ou qui relèvent du droit spécial (par ex. offres sur mesure, prestations en matière d'assurance). Le but est d'éviter d'étendre à l'infini la liste des prestations de services soumises. L'obligation d'indiquer les prix s'applique uniquement aux offres de prestations de services qui s'adressent aux consommateurs.

1.3 Développement et évaluation de la solution proposée

Le renforcement à la fois de la protection matérielle de la concurrence loyale et de l'application du droit permettra d'améliorer les conditions générales du droit de la concurrence et de renforcer ainsi le concept de concurrence loyale et donc sa qualité. Les modifications proposées sont développées sous les chiffres 1.1 et 1.2. Les points suivants méritent qu'on s'y arrête à titre complémentaire :

²⁰ Cf. par ex. l'art. 142 de la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS **951.31**), 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**).

²¹ Règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 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 ; modifié par la directive 2007/65/CE, JO L 332 du 18.12.2007, p. 27.

²² Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses, juin 2003.

- Pour juguler le phénomène des *arnaques à l'annuaire*, il y a lieu d'interpréter la clause générale du droit de la concurrence déloyale (art. 2 LCD) et la disposition interdisant d'induire en erreur (art. 3, let. b, LCD) 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 ont incontestablement atteint des sommets dans le classement des méthodes commerciales dénoncées. La statistique faisant l'objet de l'annexe 1 du présent rapport en fournit l'illustration, en montrant que, durant ces trois dernières années, les arnaques à l'annuaire constituent nettement plus de la moitié de l'ensemble des réclamations adressées au SECO. Plus de 90% d'entre elles émanent de l'étranger et concernent des entreprises établies en Suisse mais dont les offres douteuses ne touchent pas le marché suisse. La Commission suisse pour la loyauté a intitulé « L'année des annuaires douteux » le communiqué de presse daté de février 2006 qui accompagnait son rapport annuel 2005. Plus d'un quart de l'ensemble des réclamations qu'elle a enregistrées concernaient des offres d'inscription dans des annuaires et des répertoires. Selon son rapport annuel 2007, 14,2% des réclamations déposées en 2007 portaient sur de telles offres²³.

L'affaire de la société XY de Zoug illustre la difficulté pour les tribunaux d'appliquer les dispositions de principe de la LCD. Dès 1993, cette société a envoyé à des entreprises à travers le monde des factures dissimulant une offre d'inscription dans un annuaire. 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 ont bénéficié et se sont acquittées du montant inscrit, concluant ce faisant un contrat d'inscription de plusieurs années. La procédure pénale ouverte par la Confédération s'est terminée après plus de huit ans, le Tribunal fédéral estimant que les offres utilisées par les accusés étaient de nature à provoquer une erreur²⁴. Une série de formulaires n'ont pu être vérifiés en raison de la prescription. Conclusion : la société XY AG a pu continuer de pratiquer ses méthodes abusives durant plus de huit ans. Introduire dans la LCD une disposition définissant les exigences fondamentales relatives à la transparence des obligations contractuelles, du prix et 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 les années 30 du siècle dernier 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 sur le marché²⁵. Dans le projet qui nous concerne, il s'agit de transférer l'interdiction des systèmes boule de neige dans la LCD.
- Le développement relatif à une réglementation efficace des conditions générales dans la LCD est présenté sous les ch. 1.1 et 1.2. du présent rapport. 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 diverses lois spéciales (par ex. loi sur le contrat d'assurance).

²³ Rapport annuel 2007 de la Commission suisse pour la loyauté, p. 22 ; voir www.lauterkeit.ch.

²⁴ ATF 129 IV 49 (consid. 2.5); également in : sic! 4/2003, 354 ss.

²⁵ Communiqués de presse du 13.8.2001 concernant Noni-Saft et du 10.9.2002 concernant la participation à des cercles de dons ; <http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2002/2002-09-10.html> et <http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2002/2002-09-10.html>.

- 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 le faire lorsque ceux-ci se trouvent en Suisse. Le projet vise à corriger cette situation perçue comme une discrimination injustifiée, et à créer des droits identiques. Il confère à la Confédération la possibilité d'agir dans une certaine mesure contre les pratiques déloyales, indépendamment du fait qu'elles soient déployées 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'étranger²⁶. 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 Suisse²⁷. Le SECO, à qui est déléguée la qualité pour agir²⁸, a déjà intenté 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, des offres d'inscription dans des registres privés d'entreprises et de marques, etc. 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'Etat 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 Suisse²⁹.

Au lieu d'étendre la qualité pour agir de la Confédération, qui est liée aux instruments de procédure que fournit la LCD aux plaignants 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 les intérêts publics qui ne sont pas identiques à ceux défendus par les organisations économiques 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

²⁶ Art. 10, al. 2, let. c, LCD en relation avec l'art. 23 LCD.

²⁷ FF 1992 I 340

²⁸ Art. 1 al. 1 de l'ordonnance du 17 février 1993 concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale, RS 241.3.

²⁹ Le cas cité le 18 décembre 1995 lors de l'heure des questions au Conseil national est exemplaire (95.5222 – Q Gysin Hans Rudolf. Pratiques commerciales de l'entreprise Vidamed. Image de la Suisse).

les entreprises impliquées. De cette façon, il serait au moins possible d'éviter de nouveaux dommages. Dans chaque, il y aurait lieu de peser entre les intérêts menacés du public et la méthode commerciale proposée au public par l'entreprise concernée.

- La LCD ne contenant aucune disposition concernant *la coopération 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 puisqu'environ la moitié des réclamations reçues proviennent des autorités étrangères. Il y a longtemps que les escroqueries dont sont victimes 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 étrangères 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. Les statistiques reproduites à l'annexe 1 sont éloquentes 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. Les possibilités illimitées d'échange de marchandises et de services qu'offre l'internet dans moult domaines exigent que l'on poursuive les acteurs de ces escroqueries au niveau local. Cela nécessite un échange d'informations entre les autorités de surveillance qui se complique souvent lorsqu'il n'y a pas de bases juridiques régissant l'entraide administrative et 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 nationaux vis-à-vis d'entreprises étrangères usant de telles méthodes.

1.4 Comparaison juridique et relation avec le droit européen

La présente modification de la LCD étant une simple amélioration de différents points, la comparaison juridique porte sur ces aspects de la 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'annuaire³⁰. La situation au Liechtenstein est partiellement comparable avec 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

³⁰ Art. 3, let. n, de la loi liechtensteinoise du 22 octobre 1992 contre la concurrence déloyale, Landesgesetzblatt 240.

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 du bon de commande³¹. Si l'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.

L'Union 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 comparative³².

Réglementation des systèmes boule de neige

La directive sur les pratiques commerciales déloyales³³ doit être 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, des dispositions interdisant 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 la législation correspondante. L'Italie a adopté une nouvelle loi interdisant les pratiques commerciales déloyales, tandis que la France a élargi sa législation sur la protection des consommateurs.

Conditions générales (CG)

En vertu de la directive concernant les clauses abusives³⁴, les Etats membres sont tenus d'édicter les réglementations nécessaires. La 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 (art. 3). L'art. 8, let. b, LCD est parfaitement conforme à l'article précité de la directive. Toutefois, dans l'annexe de la directive figure une liste non exhaustive de dispositions pouvant être qualifiées d'abusives. Relevons, à titre d'exemple, la clause ayant pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité légale du fournisseur en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci. Alors que le champ d'application de la directive est limité aux clauses abusives concernant les

³¹ 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.

³² Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (version codifiée), JO L 376 du 27.12.2006, p. 21.

³³ 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.

³⁴ 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.

consommateurs, l'art. 8 LCD s'applique aux relations entre vendeurs et acheteurs à tous les échelons du circuit économique. Or en matière de CG, les PME sont souvent les parties faibles du contrat et se trouvent ainsi 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 conformément au règlement cité ci-après sur la lutte transfrontière contre les pratiques commerciales déloyales. Au niveau national, les actions de surveillance des organisations de consommateurs sont subventionnées par les autorités fédérales³⁵.

Dans l'UE, le règlement précédemment cité relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs³⁶ régit aussi l'échange d'informations entre les autorités de surveillance nationales des Etats membres. L'art. 14 du règlement évoque 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'entraide administrative entre la Communauté et des Etats tiers afin d'intensifier la coopération pour lutter contre les arnaques transfrontières. Le même règlement oblige les Etats membres à désigner au niveau national une autorité compétente comme bureau unique de liaison qui est chargé des tâches de coopération et d'échange d'informations (art. 4).

Les Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses³⁷ invitent les Etats membres à créer les bases juridiques nécessaires pour améliorer l'échange d'informations et rendre la coopération plus efficace.

Indication des prix des prestations de services

Si l'on constate une grande similitude entre l'UE et la Suisse en matière d'indication des prix des marchandises³⁸, il n'en va pas de même pour les prestations de services. Dans l'UE, l'indication des prix est réglementée de manière ponctuelle dans les domaines suivants : crédit à la consommation³⁹, la commercialisation à distance des services financiers⁴⁰, les virements transfrontaliers⁴¹, les voyages à forfait⁴², les contrats à distance⁴³ et l'utilisation à temps partiel

³⁵ Voir pour l'Allemagne, «Verbraucherzentrale Bundesverband», www.vzbv.de; pour l'Autriche, «Verein für Konsumenteninformation VKI», www.konsument.at

³⁶ Note 21.

³⁷ Note 22.

³⁸ Directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, JO L 80 du 18.3.1998, p. 27.

³⁹ Directive 98/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 modifiant la directive 87/102/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, JO L 101 du 1.4.1998, p. 17.

⁴⁰ Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JO L 271 du 9.10.2002, p. 16.

⁴¹ Directive 97/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers, JO L 43 du 14.2.1997, p. 25 ; cette directive sera abrogée le 30.10.2008 et remplacée par la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de

de biens immobiliers⁴⁴. Ces directives exigent l'indication du prix à payer effectivement par le consommateur dans la phase précontractuelle, mais souvent aussi comme élément nécessaire dans le contrat lui-même. L'Allemagne connaît l'obligation d'indiquer les prix pour l'ensemble des marchandises et des services⁴⁵. Quant à l'Autriche, elle prévoit cette obligation pour les services offerts aux consommateurs⁴⁶.

2 Commentaire des articles

Art. 3a Offres d'inscription dans des répertoires (nouveau)

La *let. a* précise que la réglementation porte sur les formulaires d'offre, les propositions de correction ou les moyens semblables utilisés pour faire de la publicité pour l'inscription dans des répertoires imprimés ou en ligne tels que des registres d'entreprises, du téléphone, de marques ou d'autres registres. 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, elles doivent figurer :

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

et indiquer les éléments suivants :

- le caractère onéreux de l'offre,
- la durée du contrat,
- le prix total pour la durée du contrat,
- la diffusion de la publication,
- le mode de publication.

Il y a comportement déloyal dès lors que l'un des éléments précités n'est pas indiqué correctement.

La *let. b* précise que l'envoi d'une facture pour l'inscription dans un répertoire est réputé déloyal si une commande correspondante n'a pas été effectuée au préalable. Dans l'arrêt évoqué dans le paragraphe ci-après, le Tribunal fédéral exclut en principe l'envoi des factures dissimulant une offre. L'Union suisse des éditeurs d'annuaires et de banques de données réproouve aussi cette méthode dans son code de déontologie.

paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE, JO L 319 du 5.12.2007, p. 1. L'art. 37 de la directive 2007/64/CE contient des devoirs d'information précontractuels relatifs à tous les frais payables par l'utilisateur de services de paiement à son prestataire de services de paiement et, le cas échéant, la ventilation des montants des frais.

⁴² Directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, JO L 158 du 23.6.1990, p. 59.

⁴³ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JO L 144 du 4.6.1997, p. 19.

⁴⁴ Directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, JO L 280 du 29.10.1994, p. 83.

⁴⁵ § 1 et 5 de la Preisangabeverordnung (version de la communication du 18 octobre 2002, BGBl. I S. 4197).

⁴⁶ § 1 de la Bundesgesetz über die Auszeichnung von Preisen (BGBl. 146/1992).

L'art. 3a s'inspire, au plan de la transparence, de l'arrêt du Tribunal fédéral du 18 décembre 2002⁴⁷. Celui-ci a jugé que certains formulaires dissimulant une offre d'inscription dans un répertoire de télécopie étaient déloyaux du fait qu'ils ressemblaient à s'y méprendre à des factures. Il s'est exprimé dans les termes suivants : « 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 ; les remarques et les informations desquelles le lecteur avisé pourrait repérer 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 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 »⁴⁸.

Art. 3b Systèmes boule de neige (nouveau)

Le projet prévoit le maintien de l'interdiction générale des systèmes de distribution qui fonctionnent sur le principe de la boule de neige, de l'avalanche ou de la pyramide. Ces systèmes se caractérisent par le fait que, pour le preneur, 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 (*al. 1*). Ils consistent pour la plupart dans 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. L'*al. 2* établit la présomption légale de l'existence d'un système boule de neige, avalanche ou pyramidal si le nombre des participants est susceptible d'augmenter de façon rapide et incontrôlable et si, en plus, deux des six critères mentionnés dans les *let. a à f* sont remplis. Ces critères sont propres à définir les systèmes boule de neige déloyaux. Afin de pouvoir les distinguer avec les ventes multiniveaux (Network Marketing), le projet ne présume la déloyauté que si au moins deux critères sont remplis, ce qui le différencie du projet du DFJP du 9.12.2002 ayant fait l'objet d'une consultation antérieure⁴⁹. La présomption fixée à l'*al. 2* peut du reste être renversée par le prévenu.

Art. 8 Utilisation de conditions commerciales abusives

La première phrase de l'art. 8 dispose que l'utilisation de conditions générales préalablement formulées est déloyale dans les cas précisés dans la *let. a ou b*, indépendamment du fait de savoir si cela s'est opéré de manière à provoquer une erreur ou non. Les conditions générales préalablement formulées peuvent être entachées de déloyauté si :

- elles dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie en contrevenant à la bonne foi (*let. a*). Cela signifie que les modalités de conclusion d'un contrat sont soumises au droit de la concurrence déloyale. Contrairement à la proposition du Conseil fédéral de 1983⁵⁰, pour qualifier de déloyales les conditions générales, il faut non seulement qu'elles dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie mais il est encore nécessaire que cette dérogation contrevienne à la bonne foi. En effet, il n'est pas choquant de déroger à une loi que le législateur a explicitement qualifié de dispositive. Les conditions générales qui dérogent au droit dispositif ne doivent pas d'emblée être soupçonnées de déloyauté simplement parce qu'elles dérogent

⁴⁷ ATF 129 IV 49, consid. 2.4 et 2.5 ; également in : sic! 4/2003, 354 ss.

⁴⁸ ATF 129 IV 49, consid. 2.5.

⁴⁹ <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/lotteriegesezt.Par.0005.File.tmp/entw-ig-f.pdf>

⁵⁰ FF 1983 II 1130

(notamment) au régime légal applicable directement ou par analogie. L'élément caractérisant la déloyauté est la violation de la bonne foi. Tel peut être le cas lorsque les conditions générales sont présentées ou formulées de manière trompeuse, pas claire, confuse ou pas transparente. L'effet de surprise provoqué par les conditions générales peut également être examiné sous l'angle de la bonne foi.

- elles prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat (*let. b*). C'est le cas lorsque les droits et obligations convenus par contrat créent un déséquilibre flagrant au détriment d'une partie. En règle générale, ce sont les acteurs économiques plus faibles (PME, consommateurs) qui peuvent se retrouver dans la position de la partie défavorisée. La *let. b* rend possible un contrôle abstrait du contenu des conditions générales.

La proposition de correction de l'art. 8 s'appuie largement sur la disposition actuelle, formellement mais pas matériellement. Il importe donc de ne pas lire la disposition modifiée dans son contexte historique⁵¹ mais de l'interpréter sous un angle nouveau. Du point de vue historique, la *let. a* était liée aux contrats nommés (et aussi aux contrats mixtes) et la *let. b* aux contrats *sui generis*. Aujourd'hui, avec le projet, cette distinction ne joue plus de rôle : les contrats innommés peuvent faire l'objet d'un contrôle des conditions générales et les conditions générales des contrats nommés peuvent tomber sous le coup de la *let. b*. Concernant cette seconde hypothèse, il pourrait s'agir par exemple d'un contrat avec un médecin (mandat) qui exclurait sa responsabilité pour les dommages à la personne.

L'art. 2 LCD définit les relations légales essentielles en termes de concurrence. Ainsi, la loi s'applique aux comportements qui influent sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. L'art. 8 LCD est applicable par analogie aux rapports entre fournisseurs et clients à tous les échelons du circuit économique.

Pour la grande majorité de la doctrine, les violations de l'art. 8 LCD entraînent la nullité des clauses concernées⁵². Pour le contrat dans son ensemble, il est possible, lorsque 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.

Art. 10, al. 3 à 5 (nouveaux)

L'*al. 3* développe la qualité pour agir conférée actuellement à la Confédération, qui s'applique à des états de fait commis à l'étranger⁵³ et l'étend aux états de fait commis en Suisse. La Confédération peut intenter les actions prévues à l'art. 9, al. 1 et 2, LCD, lorsqu'elle le juge nécessaire pour protéger 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 d'un groupe de personnes appartenant à un secteur économique ou d'autres intérêts collectifs sont menacés ou subissent une atteinte.

La Confédération pourra faire usage de son droit d'intenter une action au niveau national à la condition que des intérêts collectifs soient l'objet d'une menace ou subissent une atteinte, ce

⁵¹ FF 1983 II 1105 à 1108 ; au sujet de la genèse de l'art. 8 LCD, cf. Baudenbacher, op. cit. (note 8), N 23 ss. ad art. 8.; au sujet de l'analyse de l'art. 8 actuel, ibidem, N 42 ss.

⁵² Lucas David, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3^e éd., Berne 1997, N 244 ; Baudenbacher, op. cit. (note 8), N 59 ad art. 8.

⁵³ Art. 10, al. 2, *let. c*, LCD.

qui 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 devraient être les mêmes que celles observées au niveau international : promesses de gain mensongères, arnaques dans les transactions électroniques, offres d'inscription dans des annuaires sous forme de factures ou sous toute autre forme, offres ésotériques douteuses, offres de voyants générant une pression psychique⁵⁴.

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. 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 réclamation des dommages et intérêts. La Confédération assume les mêmes risques qu'un demandeur. Le droit d'intenter une action civile est assorti du droit de déposer une plainte pénale (art. 23 LCD).

L'extension aux affaires nationales du droit de la Confédération d'intenter une action justifie la création d'un nouvel alinéa indépendant (al. 3). L'al. 2, let. c, qui prévoit actuellement une action limitée aux faits touchant l'étranger, 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 ainsi pouvoir informer avant d'exercer son droit de plainte, par exemple lorsqu'une multitude de réclamations sont déposées contre une pratique commerciale. L'information servira ainsi à avertir le public visé et empêcher d'autres dommages.

L'al. 5 établit clairement que, lorsque des actions sont intentées par la Confédération au sens 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, la procédure accélérée étant contestée. 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 est 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.

Art. 16, al. 1 Obligation d'indiquer les prix

L'obligation d'indiquer le prix à payer effectivement pour les marchandises offertes aux consommateurs s'appliquera désormais également aux prestations de services. A celles déjà énumérées à l'art. 10, al. 1, OIP, s'ajouteront le secteur des transports, certaines professions libérales comme les avocats, notaires et vétérinaires, les institutions d'assainissement des dettes, etc. Le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions si des raisons techniques ou de sécurité l'exigent. Réserve est faite des dispositions spéciales prévues par d'autres actes législatifs de la Confédération, par exemple celles se trouvant dans la loi fédérale sur la métrologie ou dans la loi sur le contrat d'assurance. L'art. 16 est en outre restructuré : l'al. 1 établit l'obligation d'indiquer les prix pour les marchandises et les prestations de services ; l'al. 2 contient une délégation de compétence au Conseil fédéral, qui lui permet aussi de prévoir des exceptions ; l'al. 3 règle enfin la réserve en faveur de dispositions spéciales sur l'indication des prix fixées dans d'autres lois.

⁵⁴ 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>

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, ainsi qu'avec des organisations ou organismes internationaux (*al. 1*). Les autorités fédérales assurent une tâche d'exécution en exerçant le droit d'intenter une action conféré à la Confédération, qui se limite aux cas de déloyauté dans lesquels l'intérêt public est menacé ou subit une atteinte (*art. 10, al. 3, P-LCD*). 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'UE⁵⁵. 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 doit être nécessaire à la lutte contre les pratiques commerciales déloyales et que les autorités étrangères, les organisations internationales ou les organismes internationaux sont 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 ces dispositions. En cas de litiges, les accords d'entraide judiciaire en matière civile ou pénale que les Etats concernés auraient conclus s'appliquent.

L'*al. 2* octroie 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. Seraient par exemple réglés dans ces accords 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 coopération 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 coopération s'imposeraient avec les Etats desquels proviennent déjà aujourd'hui la plupart des réclamations (compte tenu des liens culturels et linguistiques qui nous unissent). Il s'agit des pays voisins (France, Allemagne, Autriche et Italie). Des pays anglophones comme l'Angleterre et les Etats-Unis sont aussi des partenaires contractuels possibles.

Art. 22 (nouveau) Communication de données

L'*al. 1* règle la communication de données relatives à des personnes et des mesures de la part des autorités fédérales compétentes en matière d'exécution de la LCD aux autorités partenaires étrangères. Sont autorisés la communication d'informations sur la participation de personnes physiques ou morales à une pratique commerciale déloyale, mais aussi des documents révélateurs de cette pratique déloyale (par ex. envois publicitaires, formulaires, annonces de gains).

L'*al. 2* régit les conditions de transmission des données par les autorités fédérales en faveur des autorités partenaires étrangères. Cette disposition correspond aux prescriptions en la

⁵⁵ www.icpen.org ; voir également « La Vie économique », 2003/5, p. 44 ss.

matière figurant dans de récentes lois fédérales⁵⁶. Pour l'essentiel, le destinataire des données doit accorder la réciprocité et ne traiter les données que pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales.

Les actes d'entraide judiciaire se déterminent sur la base des normes applicables en la matière. Une citation de ces normes dans la LCD n'aurait qu'un caractère déclaratoire et n'est donc pas nécessaire. Si dans un cas particulier il existe le soupçon que la voie de l'entraide administrative contournerait les exigences de l'entraide judiciaire, l'autorité compétente devra prendre contact avec l'OFJ/Entraide internationale avant de procéder à l'entraide administrative ; si le soupçon persiste, 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. 1 et 3 (nouveaux)

L'*al. 1* est simplement complété par l'insertion des deux nouveaux éléments constitutifs d'infraction visés à l'art. 3a et 3b. En cas d'infraction à ces deux dispositions, la peine encourue est la même que celle prévue pour les autres faits pénaux visés à l'art. 23.

L'*al. 3* confère à la Confédération, dans la mesure où celle-ci peut intenter une action, la qualité de partie, avec tous les droits qui s'y rapportent, et l'autorise à former recours.

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 Département fédéral de l'économie.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

Si la coopération internationale dans la lutte contre les pratiques commerciales déloyales transfrontières et la surveillance de l'exécution de la loi en matière d'indication des prix⁵⁷, qui englobera également les prestations de services, 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 communes

La poursuite pénale menée en vertu de la LCD et l'OIP 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 seront restés lettre morte ou que les négociations avec les auteurs des pratiques déloyales n'auront pas abouti. Eu égard aux expériences faites à ce jour avec la qualité pour agir de la Confédération pour protéger la réputation de la Suisse, les cas ayant donné lieu à

⁵⁶ Cf. art. 142 de la loi sur les placements collectifs, RS 951.31 ; 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 ; art. 31 de la loi sur le blanchiment d'argent, RS 955.0.

⁵⁷ Art. 23 OIP.

une intervention judiciaire ne sont guère nombreux. Les nouvelles tâches qui pourraient croître par suite de l'introduction de l'obligation de principe d'indiquer les prix pour les prestations de services devraient pouvoir être assumées par les cantons et les communes avec les moyens qu'ils engagent aujourd'hui déjà sur le plan pénal.

3.3 Conséquences économiques

1^{er} 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 deux nouveaux éléments constitutifs de la déloyauté concernant les « arnaques à l'annuaire » et les « systèmes boule de neige ». La modification apportée à la disposition consacrée aux conditions générales abusives comblera 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^e point examiné. Impact du projet sur 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 dits 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 qui font usage de telles conditions. Subordonner toutes les prestations de services à l'obligation d'indiquer les prix (sous réserve d'exceptions) contribuera à améliorer la transparence du marché et des prix au profit des consommateurs. Dans le droit actuel, seuls les services énumérés dans l'OIP sont soumis à cette obligation ; n'en font pas partie notamment certaines professions libérales, les entreprises de transport, les assurances, les entreprises d'assainissement de dettes.

3^e point examiné. Effets 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 au plan économique. La lutte contre les tromperies en tout genre améliore le cadre général de la concurrence et l'emploi efficace 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 normes 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 dont dispose 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. La place économique suisse, en ne servant pas de refuge aux arnaqueurs et

escrocs, se verra renforcée et la confiance dans les échanges internationaux de marchandises et de services s'en trouvera améliorée.

Une meilleure information des consommateurs signifie plus de transparence sur le marché et dans les prix, deux paramètres essentiels leur permettant d'assurer la fonction de contrôle qui leur revient dans une économie de marché. Améliorer l'information accroît leur confiance dans le marché, ce qui constitue un moteur essentiel du développement économique.

4^e point examiné. Alternatives. 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 ces 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 font déjà l'objet d'une disposition dans la LCD, laquelle 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 étrangères en matière de concurrence déloyale. Les escroqueries de dimension internationale 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 limiter 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^e point examiné. Aspects pratiques de l'exécution. Aujourd'hui, les cantons, auxquels incombe l'application de l'OIP, et les services de la police du commerce concernés possèdent déjà l'expérience nécessaire en la matière. Les institutions existantes devraient pouvoir dès lors assumer les nouvelles tâches. 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.

4 Lien avec le programme de la législature

La modification de la LCD s'inscrit dans le cadre de la première ligne directrice du programme de législature 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 ».

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 et les consommatrices. 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

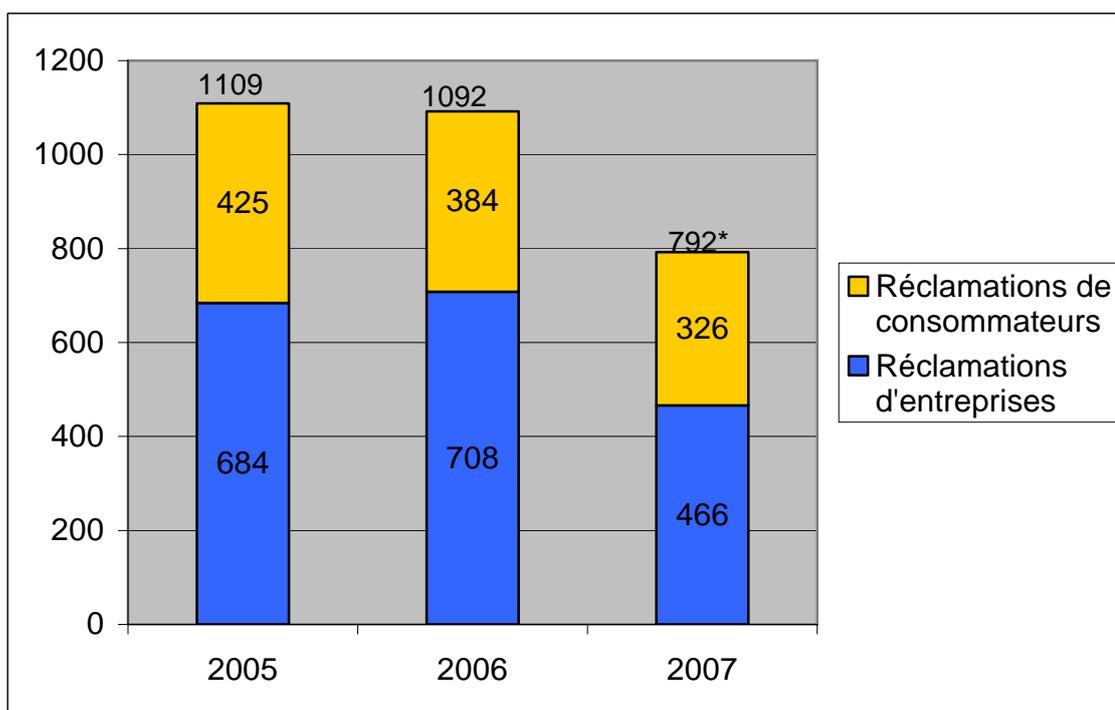
Le projet mis en consultation est compatible avec les obligations internationales de la Suisse. Aux termes de l'art. 10^{bis} de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle⁵⁸, les pays de l'Union sont tenus d'assurer à leurs ressortissants une protection effective contre la 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 d'intenter action de la Confédération et la création de la base juridique nécessaire à l'échange d'informations avec les autorités partenaires étrangères permettra également de mettre en œuvre des exigences importantes de l'OCDE⁵⁹, 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

L'art. 16, al. 2, du projet attribue au Conseil fédéral la compétence nouvelle de prévoir des exceptions à l'obligation d'indiquer les prix pour les prestations de services (voir ch. 1.1, 1.2.3 et 2). 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 de surveillance étrangères. 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 compétence ne concerne pas les accords internationaux qui sont soumis au référendum obligatoire ou facultatif.

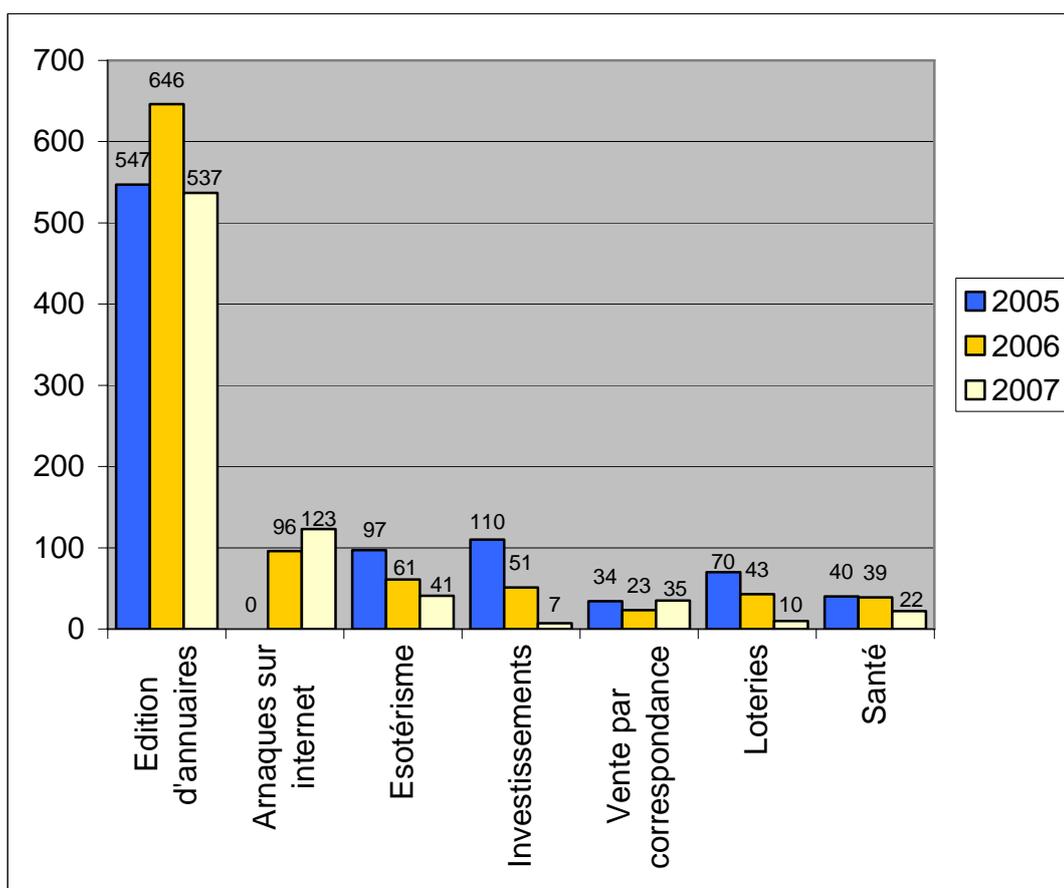
⁵⁸ Convention de Paris du 14 juillet 1967 pour la protection de la propriété industrielle (RS 0.232.04).

⁵⁹ Lignes directrices de l'OCDE du 11 juin 2003 régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses.

Réclamations déposées au SECO en vertu de la LCD (comparaison 2005-2007)**Répartition des réclamations entre entreprises et consommateurs**

* La baisse des réclamations enregistrées en 2007 par rapport à 2006 (env. 1100) s'explique de deux manières : suivant les recommandations du SECO, les autorités partenaires étrangères ne lui ont plus transmis de nouvelles réclamations concernant les affaires faisant déjà l'objet d'une procédure civile ou pénale ; à la fin de 2006 et de 2007, les cantons de Vaud respectivement de Saint-Gall ont prononcé des mesures pénales contre de nombreuses personnes impliquées dans l'envoi en masse de courriers déloyaux en France et en Angleterre.

Répartition des réclamations par branches



Répartition des réclamations entre la Suisse et l'étranger

