

CH_VB 83.038 vom 19. Juli 1983

Bundesverwaltung, 1983-07-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_83.038

FR: CH_VB 83.038 du 19 juillet 1983

IT: CH_VB 83.038 del 19 luglio 1983

Erwägungen

E. 18

mai 1983 Au nom du Conseil fédéral suisse: Le président de la Confédération, Aubert Le chancelier de la Confédération, Buser 1983-350 68 Feuille fédérale. 135' année. Vol. II 1037

Vue d'ensemble L'évolution économique et sociale survenue depuis 1943, année où la LCD fut édictée, n'a pas manqué d'influer sur la concurrence et s'est accompagnée de nouvelles formes de concurrence déloyale. L'apparition de nouvelles structures commerciales et formes de vente, la pratique courante de méthodes de vente nouvelles ou autrefois peu usitées, le recours aux techniques modernes, mais aussi -la prise de conscience des consommateurs et leur rôle accru dans l'économie et la société, sont des phénomènes que le droit de la concurrence ne saurait ignorer. Une série d'interventions parlementaires touchant aux divers domaines de la LCD montre à l'évidence que le droit actuel ne répond plus aux circonstances, profondément modifiées. Le présent projet de loi constitue, dans sa forme, une révision totale, mais, pour le fond, une révision partielle de la LCD. En effet, des parties importantes de la loi actuelle ont été reprises parce qu'elles ont donné et donnent encore satisfaction. De même, la LCD reste, en principe, axée sur le droit civil. Le but de la révision consiste à renforcer la protection de la concurrence loyale. Le projet de loi vise à opérer ce renforcement sur trois plans : 1. Actualisation de la clause générale Le principe de la clause générale est le meilleur moyen de tenir compte du changement rapide des conditions de concurrence. Afin que la clause générale puisse constituer plus aisément une base de décision dans les cas qui ne peuvent être attribués à des faits constitutifs particuliers, on l'a précisée en expliquant l'objet, de la protection, à savoir la concurrence loyale, et les sujets protégés, c'est-à-dire l'ensemble des intérêts en jeu. 2. Extension des faits constitutifs particuliers Le répertoire des faits constitutifs spéciaux a été élargi et complété. Il s'agit notamment de dispositions sur la politique des prix d'appel et la publicité déloyale ainsi que sur la protection des prestations et les conditions commerciales générales. 3. Renforcement de la protection civile et pénale Afin de donner un impact plus fort aux règles d'une protection juridique améliorée, on a renforcé les instruments d'exécution. Ainsi, le projet de loi étend la qualité des consommateurs, de leurs organisations ainsi que des associations économiques et professionnelles pour intenter action. Simultanément, l'exercice des droits est simplifié et la procédure accélérée. Le projet de loi innove en prévoyant en faveur de la Confédération le droit d'intenter action dans les cas de concurrence déloyale d'une grande portée économique. 1038

Message I Partie générale II Situation initiale III L'évolution des conditions de concurrence Depuis 1943, année au cours de laquelle fut édictée la loi sur la concurrence déloyale (LCD), les conditions de concurrence se sont considérablement modifiées. Ce sont les forces économiques et sociales qui ont causé ces changements. Le droit régissant la

concurrence n'est appelé ni à empêcher ni à provoquer cette mutation. Il doit plutôt reconnaître les changements et discerner les problèmes qui se posent. S'il omet de le faire, il perd progressivement contact avec la réalité. La mutation économique et sociale des dernières décennies qui importe pour la LCD apparaît surtout dans les domaines suivants: - émergence de nouvelles structures commerciales et formes de vente; - diffusion de nouvelles méthodes de vente; - utilisation de nouvelles techniques; - prise de conscience et rôle accru des consommateurs dans l'économie et la société. Durant les deux dernières décennies tout particulièrement, les structures commerciales se sont profondément modifiées. Cela se remarque notamment dans le commerce de détail de l'alimentation. Le nombre des magasins d'alimentation (points de vente avec un assortiment général de produits alimentaires, sans l'artisanat du secteur alimentaire, c'est-à-dire les boulangeries, les boucheries, les laiteries, etc.) a diminué, dans notre pays, de plus de moitié depuis 1966, tombant de plus de 20000 à tout juste 10000. Les fermetures ont surtout touché les petits commerces de détail, tandis que les nouvelles formes de vente dans des grandes surfaces (centres commerciaux, marchés, centres de quartier, etc.) se sont beaucoup développées. L'évolution des surfaces de vente a été l'inverse de la variation du nombre des magasins: entre 1970 et 1980, la surface de vente du commerce de détail de l'alimentation s'est accrue d'un tiers environ. Les changements survenus dans le nombre des magasins et la surface de vente ont aussi provoqué des déplacements notables des quote-parts aux chiffres d'affaires entre les différentes organisations de distribution (à propos de la mutation structurelle dans le commerce de détail, le lecteur voudra bien se reporter aux publications suivantes: message du 27 septembre 1982 concernant l'initiative populaire «visant à garantir l'approvisionnement de la population en biens de première nécessité, et à lutter contre le dépérissement des petits commerces [FF 1982 III 233]; «la concentration dans le commerce de détail du secteur alimentaire», publications de la Commission suisse des cartels, fase. 3/4 1979). Cette mutation structurelle résulte de toute une série de facteurs d'influence souvent réciproque et dont il est difficile d'estimer l'importance respective. 1039

Parmi ces facteurs, on compte notamment, en ce qui concerne la demande, le pouvoir d'achat, qui a beaucoup augmenté durant la longue période de la haute conjoncture; à ce pouvoir sont liés une modification de la structure de la consommation et un accroissement de la part du revenu disponible pour les besoins accessoires. Ce pouvoir d'achat accru s'est ajouté à l'augmentation de la population résidente jusqu'au milieu des années soixante, à la concentration démographique dans les régions fortement développées ainsi qu'à l'accroissement de la mobilité, par suite d'un degré de motorisation plus élevé. En ajoutant les progrès accomplis dans les techniques de la congélation, de l'emballage et du stockage, on a également réuni les conditions d'ordre technique dont dépend la restructuration du comportement des consommateurs. Du côté de l'offre, on note l'introduction du libre-service depuis les années cinquante et d'autres mesures de rationalisation propres aux nouvelles méthodes de vente ainsi que l'apparition de surfaces de vente plus étendues et d'assortiments mieux fournis. Ce faisant, on est allé au-devant du désir croissant des consommateurs de faire leurs différents achats sous le même toit. Certaines organisations de distribution ont recours à d'autres moyens de rationalisation en ce sens qu'elles renforcent leurs activités sur le plan du commerce de gros et les étendent partiellement à la production (intégration verticale), tout en pénétrant davantage sur le marché avec leurs propres marques aux prix avantageux. Compte tenu d'une concurrence plus âpre en matière de prix, les prix imposés pour la vente au détail ont été supprimés en 1967- Cette décision s'est révélée fort importante, car le principe du «discount» ne s'est vraiment imposé qu'à partir

de ce moment et il a engendré une nouvelle pression sur les prix. Tandis que la tendance à des surfaces de vente plus nombreuses et plus vastes persistait et que la construction des centres commerciaux connaissait son apogée de 1972 à 1975, l'évolution de la population résidente et du pouvoir d'achat a subi plus ou moins une phase de stagnation consécutive au fléchissement conjoncturel des années septante. Dès lors, la concurrence s'est encore accentuée. Dans l'ensemble, on constate aujourd'hui une plus forte agressivité dans la lutte que se livrent les concurrents. Dans le cadre de cette compétition, on a recours à certaines pratiques qui sont à tout le moins problématiques quant à la loyauté de la concurrence (p. ex. "politique des prix d'appel, certaines méthodes de vente et de publicité, etc.). Compte tenu de l'évolution décrite ci-avant, il fallait se demander dans quelle mesure la LCD dans sa teneur actuelle est encore à même d'atteindre le but visé et, le cas échéant, quelles améliorations pourraient lui être apportées. Dans ce contexte, il importe de relever que la lutte plus âpre entre les concurrents et l'apparition de nouvelles formes et méthodes de vente touchent directement ou indirectement tous ceux qui sont concernés par la concurrence; elles ne restent pas non plus sans influencer sur la clientèle. Pourtant, les conséquences sont différentes selon le statut et la situation économique des milieux concernés. Du côté de la demande, la prise de conscience des consommateurs s'est

renforcée au cours des années. Des organisations de défense et de protection des consommateurs sont nées et elles permettent de mieux défendre les intérêts du consommateur ainsi que de faire aux hommes politiques comme aux producteurs et aux distributeurs des propositions visant à orienter la production de marchandises et la prestation de services. De la sorte, la revendication consistant à mettre aussi la LCD au service du consommateur s'est fait plus pressante. Une offre claire et non fallacieuse aux consommateurs fait partie d'une concurrence loyale. La concurrence dans le domaine de l'offre est essentielle pour les consommateurs; elle doit rester loyale. Si la question de la nécessité de réviser la LCD se pose en premier lieu à cause de certains phénomènes du commerce de détail, cela ne signifie nullement que des évolutions ne soient survenues dans d'autres domaines de l'économie ou que des pratiques ne se soient pas répandues, les unes et les autres ne tombant plus suffisamment sous le coup de la loi actuelle. Ainsi, par exemple, la reprise et la mise en valeur de prestations de tiers est devenue beaucoup plus aisée grâce à l'évolution rapide de l'ensemble des techniques de reproduction. Aujourd'hui, les bases juridiques font largement défaut pour lutter contre les abus de ce genre. De même, la diffusion toujours plus large de conditions commerciales générales ou le recours plus fréquent au petit crédit ont accru les possibilités de concurrence déloyale. 112 Interventions concernant la révision de la LCD L'évolution en matière de concurrence, telle qu'elle a été décrite ci-avant, a suscité de nombreuses interventions parlementaires et extraparlimentaires. 112.1 Interventions parlementaires Les interventions aux Chambres fédérales révèlent diverses préoccupations. Elles touchent aux différents domaines régis par la LCD. Le postulat Schürmann du 2 décembre 1964 (9129; N 7. 6. 66) critique les conditions régnant en matière de primes et demande au Conseil fédéral d'examiner si une révision de la loi sur la concurrence déloyale ne permettrait pas de renforcer l'idée de concurrence. Le postulat Rohner du 18 septembre 1968 (10053; N 19.6.69) réclame une meilleure protection contre les dommages économiques résultant d'indications inexactes dans les tests des marchandises, y compris notamment les tiers auteurs de dommages, non concernés par la concurrence. La motion Fischer-Münz du 4 octobre 1972 (11422; 11424; N 7. 3.73; E 7. 12. 72) demande que l'on tire au clair les conséquences des changements de structure survenus dans le commerce de l'alimentation et que l'on fasse des propositions

concrètes visant à assurer l'approvisionnement de la population (maintien d'un appareil décentralisé dans le domaine de l'ap- provisionnement en marchandises). 1041

Le postulat Nanchen du 6 juin 1973 (11 675; N 25. 9. 73) prie le Conseil fédéral d'examiner la possibilité d'interdire toute réclame qui, par le texte ou l'image^ ne se borne pas à informer objectivement le consommateur. Le postulat Leutenegger du 20 juin 1975 (75.425; N 19. 3. 76) préconise, à propos de la disparition des petits commerces, que l'on jugule la politique des prix d'appel pratiquée par les «discounts», parce qu'elle fausse l'offre sur le marché et compromet la décentralisation des marchandises offertes. Les espoirs placés en son temps dans la loi fédérale sur la concurrence dé- loyale ne se sont pas réalisés. C'est pourquoi le Conseil fédéral est invité à proposer aux Chambres fédérales d'adapter la LCD aux exigences actuelles et à redéfinir la notion d'abus de concurrence. Ainsi, le postulat Leuteneg- ger a mis en branle la révision de la LCD. Le postulat Oehler du 15 décembre 1976 (76.501; N 24.6.77) invite le Conseil fédéral à faire rapport et proposition sur les moyens de lutter contre le nombre toujours croissant des éditions pirates. Dans sa réponse, le Conseil fédéral est d'avis que la protection contre les éditions pirates n'est qu'une partie du problème de la protection des prestations et qu'il convient d'éviter de prendre des mesures spéciales en faveur de ceux qui produisent des imprimés. Il se déclare prêt à faire rapport sur les moyens propres à re- médier à cette situation dans le cadre d'une amélioration du droit régissant la concurrence ou d'une protection accrue par le biais des dispositions sur la propriété intellectuelle. Le 21 mars 1977, le Conseiller national Jaeger avait déposé une motion vi- sant à réviser le régime des liquidations; le Conseil national la transforma en postulat (77.323; N 21. 9. 77). Le Conseil fédéral y est invité à examiner s'il ne serait pas indiqué d'adapter l'ordonnance sur les liquidations et opé- rations analogues aux conditions et besoins actuels, puisque la révision de 1971 n'a pas donné satisfaction. La motion Aider du 13 décembre 1978 (78.577; N/E 19. 9. 79) tend à l'éla- boration d'un projet de loi pour compléter le code des obligations en y fixant des principes sur la validité ou non des conditions commerciales générales. Le Conseil fédéral précise dans sa réponse que toute l'attention requise sera vouée à la réglementation relative aux clauses contractuelles abusives, notamment lors de la révision de la loi fédérale sur la concur- rence déloyale et que, dans ces conditions, il n'est pas opportun de surchar- ger l'appareil législatif avec un nouveau mandat de révision impératif. Le Conseil fédéral a donc proposé de transformer la motion en postulat, ce qui fut fait. Dans sa réponse à la question ordinaire Jaggi du 9 juin 1981, concernant les clauses abusives des contrats (81.679), le Conseil a confirmé son attitude. Dans un postulat du 14 juin 1979, le groupe parlementaire de l'Union dé- mocratique du centre (79.429; N 26. 9. 79) a réclamé des mesures contre la concentration dans le commerce de l'alimentation. Il vise à une répartition équilibrée des points de vente dans toutes les régions et préconise des me- sures contre l'exercice de la puissance d'achat qui est dommageable pour l'économie nationale, contre des offres manifestement fondées sur des prix d'appel et contre les prix discriminatoires. 1042

112.2 Initiative du canton de Neuchâtel Le 27 juin 1969, le canton de Neuchâtel déposait une initiative (10.348) qui visait à modifier la loi fédérale sur la concurrence déloyale et à complé- ter celle sur les voyageurs de commerce. L'initiative neuchâteloise demande que l'article 13, lettre b, LCD, prévoie désormais que la concurrence déloyale dans les ventes par acomptes soit poursuivie d'office en cas de dé- lit qualifié. 112.3 Initiative populaire «visant à garantir l'approvisionnement de la population en biens de première nécessité et à lutter contre le dépérissement des petits commerces» L'initiative déposée le 3 octobre 1980

par le Mouvement suisse des Républicains vise à compléter la constitution fédérale par des dispositions de protection du petit commerce, ce en vue d'assurer, aux mêmes conditions, l'approvisionnement de toutes les couches sociales en biens de première nécessité. On y demande notamment de faire dépendre la construction et l'agrandissement des centres d'achat de grande superficie d'une autorisation délivrée selon la clause du besoin. L'initiative tend encore à supprimer les distorsions de concurrence dans le commerce de détail, à imposer plus équitablement les grandes sociétés de distribution et à les déconcentrer. La suppression des distorsions de concurrence dans le commerce de détail, telle qu'elle est préconisée par les auteurs de l'initiative, parmi d'autres mesures, touche au domaine de la LCD, du moins en ce qui concerne la lutte contre la politique des prix d'appel (cf. le message concernant l'initiative «visant à garantir l'approvisionnement de la population en biens de première nécessité et à lutter contre le dépérissement des petits commerces»; FF 1982 III 233).

112.4 Autres interventions

Sur le plan extraparlamentaire, diverses interventions tendent aussi à une révision du droit régissant la concurrence. Celles-ci proviennent surtout des milieux économiques qui sont touchés négativement par l'évolution. Ainsi, une publication éditée en 1976 par l'Association suisse des détaillants présente des propositions concrètes de révision de la LCD pour combattre la politique des prix d'appel. Dans plusieurs requêtes adressées au Département fédéral de l'économie publique (DFEP) et à l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail (OFIANT), la Communauté d'action des détaillants indépendants de Suisse propose que soit édictée une loi sur le petit commerce pour protéger les détaillants et que soit renforcée l'ordonnance du 16 avril 1947 sur les liquidations et les opérations analogues (RS 241.1). Par leur lettre du 17 septembre 1976, le comité de l'Union suisse des arts et métiers et la Chambre suisse des métiers ont demandé la

révision partielle de la LCD et l'institution d'une commission d'experts chargée de redéfinir la loyauté de la concurrence, ceci et cela pour mieux lutter contre les prix d'appel. De même, parmi les mesures d'appoint destinées à améliorer la situation du commerce de détail, l'Union démocratique du centre et le Parti radical-démocratique ont indiqué, dans leurs conceptions respectives du commerce de détail, publiées en 1981, la révision en priorité de la loi fédérale sur la concurrence déloyale. Ces deux partis ont, cependant, souligné que la solution des problèmes structurels du commerce de détail passe surtout par l'initiative et l'entraide des commerçants eux-mêmes.

113 Efforts en vue de parvenir à une autorégulation sur la base du droit privé

Parallèlement à la révision de la LCD, diverses associations et organisations du commerce de l'alimentation se sont efforcées de résoudre les problèmes résultant d'une âpre concurrence et d'une concentration croissante par une autorégulation fondée sur le droit privé. Ainsi, au début de 1980, à l'occasion d'un entretien du chef du Département fédéral de l'économie publique avec les principales organisations, fut créé un groupe de travail pour l'autorégulation de la concurrence dans le commerce de l'alimentation. Le mandat de ce groupe de travail fut de mettre au point des règles communes de comportement, applicables aux relations mutuelles des partenaires sur les marchés, tout cela dans le but de garantir une concurrence efficace et loyale. Durant l'élaboration de cette charte, on s'est aperçu des divergences d'opinion des divers partenaires, notamment sur la question de la réglementation des prix d'appel. De même, sur d'autres points litigieux, il ne fut pas toujours aisé de trouver un consensus acceptable pour tous les milieux concernés. Le groupe de travail est pourtant parvenu, au terme de plus de deux ans de travaux, à établir un projet de «charte de la concurrence loyale». Il s'agira de savoir désormais si les associations, les organisations et les grandes entreprises du

commerce de détail honoreront les efforts du groupe de travail ou si, au contraire, la tentative d'autorégulation sera vouée à l'échec. Le champ d'application de la charte englobe le commerce de l'alimentation, des boissons et tabacs, des produits de nettoyage et des articles pour les soins corporels. Les règles de comportement fixées dans la charte s'appuient sur les principes énoncés ci-après: - renonciation aux mesures déloyales, notamment dans la publicité ainsi que dans la formation, l'indication et la comparaison des prix; - pas de prestation, prestation accessoire ou prestation spéciale sans contre-prestation équivalente et économiquement justifiable; - renonciation à traiter inégalement et inéquitablement les partenaires commerciaux, sans motif objectif; - renonciation aux abus découlant de la puissance d'offre et d'achat. Le sens et le but de la charte vont au-delà de l'autorégulation propre à la branche. Cette charte promet de fournir une meilleure base d'interprétation 1044

de la LCD et elle exercera aussi une influence bénéfique sur la jurisprudence, c'est-à-dire dans le sens des règles de comportement dont sont convenus ses signataires. Une charte efficace, parce qu'observée par les partenaires des marchés, pourrait, de surcroît, alléger quelque peu les tâches d'exécution de la LCD, 12

Appréciation critique du régime actuel
121 Aperçu de la réglementation en vigueur

La LCD actuellement en vigueur date de 1943 et vise à protéger contre la concurrence déloyale. Le législateur d'alors avait déjà mis l'accent sur la protection de l'institution que représente la concurrence et non pas seulement sur la protection du concurrent (cf. message du Conseil fédéral de 1942 à l'appui d'un projet de loi sur la LCD; FF 1941 672). Cela ressort nettement de la clause générale énoncée à l'article premier, premier alinéa, LCD, selon laquelle est réputé concurrence déloyale tout abus de la concurrence économique résultant d'une tromperie ou d'un autre procédé contraire aux règles de la bonne foi. Dans ce contexte, le principe de la bonne foi s'avère constituer la notion-clé de la loi. Le message du Conseil fédéral (FF 7942 684) précise qu'avec le principe de la bonne foi le droit suisse part d'un critère normatif qui constitue une règle objective de comportement. Il s'ensuit qu'une faute subjective ou une intention de nuire de la part de celui qui agit déloyalement n'est pas nécessaire. A la clause générale s'ajoute un catalogue de faits constitutifs particuliers (art. 1er, 2e al., Ict a à k) qui n'est pas exhaustif, mais n'a qu'un caractère illustratif. Le centre de gravité de la LCD se trouve dans la protection conférée par le droit civil. La loi part de l'idée que les personnes concernées doivent sauvegarder elles-mêmes leur intérêt au maintien de l'institution de la concurrence et que l'Etat ne doit pas intervenir spontanément. A qualité, en premier lieu, pour intenter action, celui qui a été lésé ou menacé dans ses intérêts économiques par des concurrents. L'article 2, 1er alinéa, l'habilite très largement à ouvrir action (droit à la constatation, à la cessation, à la suppression de l'acte illicite ainsi qu'à la réparation du dommage et à celle du tort moral). De même, les consommateurs sont autorisés par l'article 2, 2e alinéa, à intenter action dans la mesure où ils sont atteints dans leurs intérêts matériels par un acte de concurrence déloyale. L'article 2, 3e alinéa, habilite les associations professionnelles et économiques à ouvrir action en constatation, suppression ou cessation de concurrence déloyale, à la condition toutefois que leurs statuts les autorisent à défendre les intérêts matériels de leurs membres et que ces derniers aient aussi qualité pour intenter action. Avec l'adoption de l'article sur la protection des consommateurs (art. 31s^{TMes} est; RO 1981 1244) par le peuple et les cantons le 14 juin 1981, les organisations de consommateurs ont désormais les mêmes droits dans le cadre de la LCD que les associations professionnelles et économiques. La protection de droit civil est renforcée par des sanctions pénales concer- 1045

nant une série de faits constitutifs dont la liste est exhaustive (art. 13, let. a à i).

Conformément à l'orientation de la loi vers le droit civil, ces faits pénaux constituent des délits qui ne sont poursuivis que sur plainte. Le lien entre la protection conférée par le droit pénal et celle du droit civil est étroit puisque la qualité pour intenter l'action civile contient également la qualité pour déposer plainte. La partie de la loi qui a trait au droit administratif contient des dispositions sur les liquidations, les primes et l'indication des prix ainsi que des règles de compétence concernant les ordonnances correspondantes à édicter par le Conseil fédéral. La réglementation de l'indication des prix (art. 20a à 20/) est une adjonction consécutive à la révision partielle du 23 juin 1978 (FF 1978 1145). 122 Carences du régime actuel Bien que la LCD actuellement en vigueur ait été considérée comme une loi d'avant-garde à l'époque de sa genèse, les modifications des conditions de concurrence ont engendré une situation dans laquelle il n'est plus possible d'atteindre de façon satisfaisante le but visé par cette loi, à savoir la protection contre la concurrence déloyale. Sur certains points, la loi est dépassée en raison de nouvelles pratiques de publicité et de vente et elle est donc devenue un moyen d'action par trop inopérant dans les efforts pour maintenir la loyauté de la concurrence. Le postulat Schürmann du 2 décembre 1964 et, plus tard, le postulat Leutenegger du 20 juin 1975, relèvent ces carences et demandent un renforcement de la notion de concurrence dans la loi ainsi qu'une adaptation de celle-ci aux nouvelles circonstances (cf. ch. 112.1). Les lacunes se trouvent dans le domaine de la protection ainsi que dans l'aménagement du droit d'intenter action. A cela s'ajoute le fait que le droit actuel, notamment la clause générale, a été interprété de façon trop restrictive. De larges milieux du petit commerce de détail déplorent l'absence, dans la LCD actuelle, d'une réglementation de la politique des prix d'appel. En effet, les offres à bas prix donnent une fausse image du niveau général des prix offerts et induisent le consommateur en erreur au sujet de véritable rapport prix - prestation. Bien que cette politique des prix d'appel soit tout au plus coresponsable des problèmes structurels du commerce de détail, on ne saurait nier le fait qu'elle peut conduire à des dénaturations de la concurrence. Cette politique peut donc induire les consommateurs en erreur sur le véritable niveau des prix et peser sur les concurrents qui fournissent les mêmes prestations sur le marché, sans ces opérations d'appel. La LCD devrait stopper cette évolution. Une réglementation fait également défaut en ce qui concerne la publicité comparative qui est pourtant admissible en soi. Certes, dans ce domaine, la jurisprudence a permis de lutter contre les abus les plus grossiers (cf. ch. 123). Pourtant, l'incertitude qui règne depuis longtemps au sujet de la déloyauté d'un tel comportement fait apparaître comme fort indiquée une réglementation claire et nette. 1046

Il en va de même de la protection des prestations qui pourrait en principe être assurée par la clause générale. Pourtant, lors de la reprise et de la mise en valeur des résultats du travail d'autrui, les pratiques qui se sont développées (impressions-pirates, enregistrements-pirates, etc.) attestent de l'urgence d'une réglementation explicite (cf. ch. 152.3). Dans le domaine des liquidations, les lacunes et les difficultés se font jour dans l'exécution, puisque l'évolution dans le commerce de détail a pour conséquence de rendre désuètes maintes dispositions en la matière. Un reproche souvent entendu, selon lequel la LCD actuelle ne pourrait remplir sa tâche que partiellement, tient surtout à la réglementation des droits et des procédures. En effet, la crainte d'une longue procédure et de frais de procès élevés pour une valeur litigieuse souvent basse effraie les intéressés et les fait reculer avant qu'ils ne s'adressent au juge. Cela a pour conséquence de faire perdre aux règles de la LCD une bonne partie de leur force dissuasive, ce qui constitue un inconvénient tout particulier pour les entreprises et personnes qui sont économiquement faibles.

L'autocontrôle et l'autorégulation visés par le législateur font donc long feu. Le régime actuel (cf. ch. 121) confère déjà un droit d'intenter action, tant au consommateur qu'aux organisations de consommateurs. Toutefois, dans la pratique, ni les consommateurs pris individuellement ni leurs associations n'ont fait usage de ce droit. Outre les difficultés de fait qui ont été évoquées - appréhension d'une longue procédure et de frais de procédure élevés, le plus souvent valeur litigieuse peu importante, extrême difficulté d'apporter des preuves -, les raisons principales tiennent à la réglementation légale elle-même. En effet, le consommateur individuel n'est habilité à intenter action qu'au moment où il est lésé dans ses intérêts matériels. Bien qu'il dispose théoriquement de toute la palette de ses droits, c'est-à-dire ouverture d'une action en constatation du caractère illicite de l'acte, en cessation de cet acte, en suppression de l'état de fait qui en résulte, en réparation du dommage et, au besoin, en réparation du tort moral, une fois le dommage subi, seule l'intéressé encore l'action en réparation du dommage. Or, cette dernière sorte d'action n'est précisément pas ouverte aux associations de consommateurs. Cela explique également la raison pour laquelle, dans le passé, l'action collective ouverte aux associations de consommateurs est restée lettre morte. Pour ce dernier genre d'action, la loi est restrictive en ce sens qu'elle précise que les membres des associations de consommateurs doivent avoir eux-mêmes qualité pour intenter action. Or, étant donné que le client individuel n'a qualité active pour intenter action que dès le moment où il subit un dommage, il en va de même pour l'organisation. De surcroît, celle-ci ne jouit que du droit d'intenter action en constatation du caractère illicite de l'acte, en cessation de cet acte et ne suppression de l'état de fait, ce qui n'apporte pas grand chose une fois le dommage subi. Il y a encore lieu de relever que certaines organisations de consommateurs sont indépendantes de leurs membres à cause de leur forme juridique (p. ex. la Fondation pour la protection des consommateurs). Avec l'adoption de l'article constitutionnel sur la protection des consommateurs (cf. ch. 121) qui, dans le cadre de la LCD, confère les mêmes droits aux or-

1047
ganisations de consommateurs qu'aux associations professionnelles et économiques, les premières peuvent dès lors intenter action en cas de danger déjà. Il est pourtant nécessaire de donner une forme plus directe à ce droit -des organisations de consommateur tout comme à celui des associations professionnelles et économiques, afin de doter la LCD de la force de per- cussion nécessaire- Lé rôle des consommateurs dans l'économie et dans la société a pris de l'importance et il en est découlé une revendication visant à mettre la LCD beaucoup plus au service du consommateur. Il faudrait, en particulier, ren- forcer les prescriptions sur la publicité déloyale et faire tomber sous le coup de cette loi certaines nouvelles pratiques de vente ainsi que l'utilisation de conditions commerciales générales. Dans cette optique également, le droit actuellement en vigueur n'est qu'en partie satisfaisant. En effet, bien que la LCD s'efforce d'assurer une large protection qui englobe tous les partenaires du marché et non seulement tous les concurrents, il est évident que la doctrine et la jurisprudence ont restreint la finalité de la protection légale à une protection surtout conçue et orientée en fonction des concurrents. En résumé, on constate ce qui suit: l'évolution économique survenue de- puis la mise en vigueur de la LCD s'est accompagnée de pratiques de vente et de publicité qui échappent partiellement au régime actuel. Il en va de même de la reprise des résultats du travail (protection des prestations) ainsi que des impératifs de la protection des consommateurs. Par ailleurs, l'expé- rience a montré que la procédure prévue par le droit actuel est pratique- ment inefficace, notamment pour les concurrents économiquement faibles, pour les consommateurs, leurs organisations ainsi que les associations pro- fessionnelles et économiques. 123 Jurisprudence Depuis l'entrée en

vigueur de la LCD, le Tribunal fédéral a rendu divers jugements en se fondant sur des dispositions de la LCD. En examinant ces arrêts, on constate que le Tribunal fédéral a fait preuve d'une certaine retenue dans l'application de la clause générale. Bien que le législateur ait voulu placer la clause générale au premier plan, par la suite, les tribunaux ont eu plutôt tendance à inclure le comportement à juger dans un fait constitutif particulier. Cette prudence dans le maniement de la clause générale n'était pas forcément propre à maintenir dans le cadre juridiquement limité d'une concurrence loyale les pratiques qui ont progressivement vu le jour sur le front de la publicité et de la vente. Dans de nombreux cas d'une publicité douteuse, des actions sont restées sans suite, tandis que de nouveaux états de fait, par exemple la contrainte psychologique que subit l'acheteur, n'ont, semble-t-il, donné lieu à aucune jurisprudence. Cela tient au fait que les moyens d'action prévus par le droit civil et le droit pénal (cf. ch. 122) sont non seulement trop compliqués, mais encore trop faibles. Ce sont, toutefois, surtout les tribunaux qui n'ont pas pu répondre aux attentes de certains milieux politiques et économiques, en ce qui concerne le

«dumping» et la publicité des prix d'appel. Dans ses arrêts relativement anciens (ATF 52 II381, 5.7 II340, 71 II233), le Tribunal fédéral avait déjà admis le dumping en raison de la nature même de la libre concurrence. Dans son arrêt (ATF 85 II443) relatif à la vente à perte et distributions gratuites, le Tribunal fédéral a fait une réserve, précisant que la baisse de prix ne devait pas avoir pour but de se débarrasser des concurrents en gâchant les prix, afin de mieux pouvoir ensuite régner seul sur le marché. Cet arrêt a été rendu avant que la loi fédérale sur les cartels ait été édictée et, aujourd'hui, de tels faits tomberaient sous le coup du droit des cartels. En revanche, il est intéressant de relever que le Tribunal fédéral a constaté la déloyauté du résultat du dumping, mais non des moyens utilisés; en d'autres termes, le gâchage des prix est déloyal lorsqu'il a des conséquences indésirables pour la concurrence, à savoir lorsqu'il aboutit à l'élimination de concurrents. L'arrêt récent en la cause Association suisse des détaillants en alimentation (Veledes) et codemandeurs contre Denner SA (ATF 707 H 277) fait en revanche nettement ressortir que le Tribunal fédéral n'est pas disposé à prendre, en lieu et place du législateur, des décisions de politique économique et qu'en définitive, il s'agit bien de telles décisions lorsqu'il faut se prononcer sur des offres à des prix d'appel. Auparavant, l'autorité inférieure, à savoir le Tribunal de commerce de Zurich, avait déclaré que le débat sur les répercussions de la politique des prix d'appel devait être porté sur le plan politique (publications de la Commission suisse des cartels 1980, p. 228). La jurisprudence relative aux cas de déloyauté dans le domaine de la publicité comparative est plus abondante. Puisque celle-ci n'est pas mentionnée dans les faits constitutifs particuliers, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral consiste à dire que la publicité comparative n'est pas interdite en tant que telle, mais ne devient déloyale qu'au moment où elle est assimilable à un fait constitutif particulier. C'est ainsi que s'est développée la formule selon laquelle une publicité comparative est licite lorsque la comparaison est objectivement juste, n'est pas fallacieuse et n'est pas inutilement blessante (ATF 87 II113). Dans un arrêt plus récent (ATF 702 II 292), le Tribunal fédéral a ensuite examiné la question de savoir si une publicité comparative qui n'est ni fautive ni fallacieuse ni inutilement blessante peut tout de même contrevenir à la LCD. Compte tenu de l'importance cruciale de la clause générale, il a répondu par l'affirmative à cette question. Il a insisté sur le fait que la publicité comparative qui ne tombe sous aucun des faits constitutifs particuliers doit précisément être examinée de façon approfondie à la lumière du principe de la bonne foi, sans la rejeter d'emblée comme étant déloyale. Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt ultérieur (ATF 104 II124). Par contre, la clause générale tendant à

protéger les résultats du travail des imitations serviles ou des reproductions directes n'a jamais trouvé d'application dans la jurisprudence. En effet, une telle protection a été rejetée par le Tribunal fédéral qui s'en est tenu à une jurisprudence constante (ATF 705 II 301, 104 II 333, 95 II 468). Le Tribunal fédéral n'a accordé sa protection contre l'imitation servile que lorsqu'il s'agissait d'une rupture de

contrat (ATF 77 II 263), d'un risque de méprise (ATF 95 H 477, 87 U 58) ou d'une imitation systématique et raffinée visant «à exploiter de façon parasitaire le bon renom du produit de la concurrence» (ATF 104 II 334, 705 II 302). La jurisprudence actuelle ne permet pas de protéger efficacement les prestations en se fondant sur la clause générale. En résumé, on constate ce qui suit: la jurisprudence du Tribunal fédéral à propos de la LCD se caractérise par une certaine retenue dans l'application de la clause générale. Les tribunaux n'ont pas reconnu les besoins de protection qui existent au sujet de faits relatifs aux consommateurs, de la reprise de résultats du travail, mais surtout dans le domaine des offres et de la publicité au moyen de prix d'appel. D'autre part, la jurisprudence en matière de publicité comparative montre que le besoin de protection a pu être satisfait à l'aide de la clause générale. 13 Directives et accords internationaux A l'occasion d'une révision de la LCD, il importe également de ne pas négliger certaines directives et accords internationaux. Ce faisant, il convient de tenir compte des propositions faites au sein des Communautés Européennes (CE) pour établir des directives d'harmonisation des prescriptions juridiques et administratives en matière de publicité fallacieuse et déloyale. A ce sujet, le document final du 28 février 1978 COM (77) 724 constitue la base adéquate. En effet, la notion de publicité y est concernée de façon relativement large. Ces directives visent (art. 1er) à protéger les consommateurs, les personnes qui font du commerce ou exercent une profession ainsi que les intérêts publics contre la publicité fallacieuse et déloyale. Elles mettent donc l'accent sur la protection des clients, des concurrents et des tiers contre les suites d'une concurrence déloyale. L'article 2 des directives explicite ce qu'est la publicité fallacieuse et déloyale. Par publicité déloyale, on entend entre autres les actes suivants: discréditer une personne, nuire au bon renom commercial, exercer une contrainte psychique, abuser de la confiance, de la crédulité ou de l'inexpérience du client, etc. La publicité comparative est admissible pour autant qu'elle compare des situations réelles et vérifiables et qu'elle ne soit ni fallacieuse ni déloyale (art. 4 des directives). Lorsque l'annonceur fait une affirmation, le fardeau de la preuve de l'exactitude de cette affirmation lui incombe (art. 6 des directives). Au sujet de la réglementation des conditions commerciales générales, il y a lieu de tenir compte de la Résolution du Conseil de l'Europe (76) 47 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus par des consommateurs et méthodes de contrôle appropriées. Cette résolution recommande aux Etats membres de créer une panoplie de moyens d'action efficaces, afin de protéger les consommateurs contre les clauses abusives, surtout dans les contrats-types. Dans de tels contrats, devraient être déclarées abusives toutes les clauses qui entraînent un déséquilibre des droits et des obligations à charge des consommateurs. Outre d'autres mesures, il y est proposé de prévoir un système de contrôle approprié pour prévenir ces clauses abu-

sives, ce système pouvant reposer sur les principes figurant en annexe de la résolution. La convention du 20 mars 1883 d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle a été révisée pour la dernière fois à Stockholm le 14 juillet 1967 et elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1970 (RS 0.232.04); elle contient, à son article 10bis, des prescriptions minimales relatives à la protection contre la concurrence déloyale. La LCD

actuelle satisfait déjà à ces obligations. Il convient encore de mentionner le Code international de pratiques loyales en matière de publicité établi en 1973 par la Chambre de Commerce Inter-nationale. Il s'agit d'abord d'un instrument d'autodiscipline, sans caractère impératif. Ces directives énoncent des principes sur le comportement loyal en matière de publicité. L'instruction et le jugement des infractions à ces directives incombent au Jury International chargé d'examiner les cas de publicité déloyale. Il appartient également aux comités nationaux de s'en occuper. En Suisse, c'est la Commission Suisse d'Arbitrage des Pratiques de la Publicité qui accomplit cette tâche. Elle a déjà mis au point les principes nécessaires ainsi qu'un règlement qui prévoit diverses sanctions en cas d'infraction aux recommandations de la Commission. A cause du statut de droit privé de la Commission d'Arbitrage, les sanctions sont forcément limitées dans leur efficacité. 14 Travaux préparatoires et procédure de consultation 141 Travaux préliminaires internes à l'administration L'accentuation de la lutte concurrentielle en matière de prix et, partant, la disparition croissante des petits magasins, l'accroissement de la puissance sur les marchés du commerce de détail ainsi que le renforcement de la position des consommateurs ont incité l'administration fédérale et diverses commissions et groupes de travail de la Confédération de prendre en main, depuis quelque temps déjà, l'étude de ces problèmes. Ces travaux ont donné des résultats fort utiles à divers égards. Il s'agit notamment de: - Rapport de la Commission fédérale de la consommation au Département fédéral de l'économie publique sur «La publicité sous forme de cadeaux- réclames», 81en° spécial de «La Vie Economique», Berne 1971 - Propositions de la Commission fédérale de la consommation au Département fédéral de l'économie publique concernant un article constitutionnel sur la politique de la Confédération à l'égard des consommateurs (1974) - Rapport du groupe de travail institué par le Département fédéral de l'économie publique et intitulé «Approvisionnement des régions faiblement développées en biens de première nécessité», Berne 1975 - Rapport de la Commission fédérale de la consommation au Département fédéral de l'économie publique sur «Le consommateur et le commerce de détail», Berne 1976 1051

- Enquête générale de la Commission suisse des cartels sur «La puissance d'achat et ses abus», dans: Publications de la Commission suisse des cartels, 1976 - Propositions pour un système d'aide à la gestion visant à développer les points de vente menacés, mais indispensables à l'économie régionale; rapport du groupe de travail «Approvisionnement des régions faiblement développées en biens de première nécessité», polycopié et non publié (1976) - Enquêtes de la Commission suisse des cartels sur «La concentration dans le commerce de détail du secteur alimentaire», dans: Publications de la Commission suisse des cartels, 1979. Indépendamment de ces enquêtes et études, le Département fédéral de l'économie publique a institué, par décision du 28 juin 1976, un groupe de travail interne à l'administration, l'a placé sous la présidence de l'OFIAMT et l'a chargé d'une première approche des questions concernant les modifications à apporter au droit de la concurrence. Ainsi, la LCD était principalement visée, mais certaines questions touchaient également la loi fédérale du 20 décembre 1962 sur les cartels et les organisations analogues (LCart; RS257). Dans son rapport du 8 mars 1977, le groupe de travail a conclu à ce que les propositions en provenance des milieux du commerce de détail et visant à réviser la LCD dénotaient l'existence de problèmes économiques et structurels difficiles. Toutefois, une révision de la LCD conforme à notre système économique ne résoudrait qu'une partie de ces problèmes. Le groupe de travail proposa alors - compte tenu de la complexité et de la diversité des questions - d'instituer une commission d'experts et de la charger d'élaborer un

projet de révision. 142 Commission d'experts du Département fédéral de l'économie publique 142.1 Mandat et composition de la commission d'experts Le 22 décembre 1977, le Département fédéral de l'économie publique a institué une commission d'experts et l'a chargée d'étudier les questions soulevées par la révision de la LCD ainsi que d'élaborer un projet de loi. Au terme de ces travaux (début 1980), la commission se composait comme il suit; - M. Fritz Mühlemann, directeur suppléant de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail (président); - M. Melchior Ehrler, secrétaire de l'Union suisse des paysans, Brugg; - M. Bruno Gruber, secrétaire central de la Confédération des syndicats chrétiens de la Suisse, Berne; - M. Heinrich Isler, président central de l'Association suisse des salariés évangéliques, Berne; - M. Beat Kappeler, secrétaire de l'Union syndicale suisse, Berne; - Me Matthias Kummer, secrétaire de l'Union suisse du commerce et de l'industrie (Vorort), Zurich; 1052

- M. Theo Kündig, représentant de l'Union suisse des arts et métiers, Zoug; - Madame Françoise Michel, secrétaire générale de la Fédération romande des consommatrices, Genève; - M. Alfred Neukomm, conseiller national, Secrétaire exécutif de la Fondation pour la protection des consommateurs, Berne; - Me Willy Rindlisbacher, président de la Fédération des sociétés suisses d'employés, Zurich; - M. Walter Schlupe, professeur, Longeau, expert indépendant; - M. Léon Schlumpf, conseiller aux Etats, Felsberg, expert indépendant; - M. Jiirg Zeller, directeur de la Fédération suisse des importateurs et du commerce de gros, Baie. Pour s'informer, la commission d'experts a organisé des hearings avec les associations, organisations et distributeurs mentionnés en annexe. Ces rencontres ont notamment permis d'aborder les thèmes suivants: nécessité de réviser la LCD, politique des prix d'appel, puissance d'achat, liquidations et primes, publicité déloyale, protection des prestations, protection conférée par le droit civil et le droit pénal. 142.2 Aperçu des propositions de la commission d'experts La commission a été unanime à penser que la modification des conditions de concurrence nécessitait une révision de la LCD, Bien que la loi actuelle constitue, d'après sa conception, sa structure et son contenu, une réglementation aujourd'hui encore fort pertinente, elle est pourtant dépassée sur divers points à cause des nouvelles pratiques et est donc devenue trop faible pour sauvegarder efficacement la loyauté de la concurrence. Les interventions parlementaires et extraparlimentaires qui ont abouti à la révision visaient surtout à stopper le processus de concentration dans le commerce et revendiquaient par conséquent des dispositions légales en matière de politique d'appel et de puissance d'achat. En revanche, la commission d'experts a tenu pour nécessaire un élargissement du domaine à réviser, en y incluant aussi les intérêts de la protection des consommateurs et en améliorant notamment les moyens d'action fondés sur le droit civil et pénal. En outre, l'unanimité régnait au sein de la commission pour reprendre, dans le projet de révision, les anciennes dispositions de la LCD qui ont donné satisfaction. Bien qu'à l'avenir, de plus amples mesures soient nécessaires pour atteindre le but visé, il faut toutefois éviter que la LCD se transforme en un instrument au service de la politique structurelle. Le réexamen de la LCD par la commission a permis de dégager divers problèmes qui ont débouché sur les principaux points de la révision proprement dite. De surcroît, les auditions organisées par la commission ont confirmé la nécessité de réviser cette loi ainsi que les accents mis par la commission. Au sein même de la commission, différents regroupements ont abouti à des appréciations divergentes de certains problèmes. Tandis que, d'un côté, on estimait que les dénaturations pouvaient naître d'éléments étrangers aux prestations - p. ex. la discrimination de prix, la politique des prix d'appel, 69 Feuille fédérale. 135' anntc. Vol. II 1053

etc. -, on considérait, d'un autre côté, que ces éléments faisaient partie intégrante d'une concurrence des prix certes rude, mais acceptable dans le cadre de la liberté du commerce et de l'industrie et de l'autonomie des contrats. Ces opinions divergentes ont marqué les résultats obtenus par la commission d'experts, puisque ceux-ci ont pris la forme de variantes au sujet de quelques points cruciaux. Au début de l'année 1980, la commission a achevé ses travaux et a déposé un rapport au Département fédéral de l'économie publique; Les propositions de la commission d'experts se caractérisent, dans leurs grandes lignes, comme il suit:

142.21 Clause générale Le système de la clause générale devrait être maintenu, parce qu'il est impossible de dresser une liste plus ou moins exhaustive des faits constitutifs de la concurrence déloyale. En revanche, la majorité de la commission fut d'avis qu'il convenait de renforcer la protection de la concurrence dans la clause générale. Deux variantes concernent la nouvelle formulation de cette clause générale, puisque la commission n'a pas pu parvenir à l'unanimité pour préciser cette approche fonctionnelle. La protection de la concurrence loyale doit faire partie d'une protection globale de la concurrence, sans qu'on se décide à ancrer dans la loi un modèle déterminé d'une théorie de la concurrence. La variante 2 se distingue de la variante 1, notamment par le fait qu'elle définit positivement le but de la loi et la garantie d'une concurrence loyale et non faussée. Simultanément, la variante 2 mentionne toutes les parties concernées, ce qui précise le rôle des acheteurs, en tant que destinataires et coauteurs de la concurrence. De surcroît, les deux variantes continuent à reposer sur les règles de la bonne foi et considèrent la tromperie comme un abus caractérisé de ces règles.

142.22 Politique des prix d'appel et puissance d'achat En ce qui concerne la réglementation de la politique des prix d'appel, la commission n'est pas parvenue à adopter une position unanime. C'est pourquoi le projet des experts comporte également deux variantes. Selon la variante 1, un prix d'appel est qualifié de déloyal lorsqu'une offre répétée et à bas prix trompe la clientèle sur ses propres capacités ou celles de ses concurrents. La tromperie est présumée lorsque le prix de vente est inférieur au prix coûtant usuel dans le commerce. Celui-ci sera obtenu grâce à l'obligation d'indiquer les prix inscrite dans la loi, obligation à laquelle les entreprises intégrées verticalement seront aussi soumises. Celui qui fait l'objet d'une action intentée contre lui dispose de deux voies pour réfuter la présomption de tromperie. Ou bien il apporte la preuve qu'il n'y a pas tromperie, ou bien il prouve que son prix coûtant à lui est certes inférieur au prix coûtant usuel dans le commerce, mais qu'il n'a pas vendu au-

1054

dessous de son propre prix coûtant. Une telle règle devrait avoir un effet préventif sur les discriminations de prix économiquement injustifiées. D'après la variante 2, des prix d'appel ne sont déloyaux que lorsque des marchandises ou des services sont systématiquement vendus à perte, qu'ils sont spécialement mis en valeur dans la publicité, de façon à donner au consommateur l'impression de capacités analogues qui n'existent pas objectivement en ce qui concerne l'ensemble de l'assortiment ou de l'offre. Quatre éléments caractérisent alors la déloyauté de l'appel: la vente avec perte, le procédé systématique, l'insistance publicitaire et la tromperie. On admet qu'il y a perte lorsque le prix de vente est inférieur au prix coûtant auquel s'ajoutent cinq pour cent de part aux frais de distribution. De surcroît, cette variante est liée à une interdiction générale des discriminations de prix, indépendamment de la position des concurrents sur le marché. Selon cette interdiction, il y a déloyauté lorsque des prix différents et des conditions de livraison divergentes sont proposés au même moment aux acheteurs pour les mêmes marchandises et services aux mêmes quantités et qualités; il y a également déloyauté lorsque les fournisseurs sont contraints d'accorder de tels avantages. Déjà au sein de la commission d'experts, des doutes se sont fait jour au sujet

de la constitutionnalité de la variante 2 qui devrait reposer sur les articles 64 et 3,lbis, 2e alinéa, de la constitution, puisque cette variante vise des buts relevant de la politique structurelle. Certains membres de la commission ont estimé que les problèmes touchant à la puissance d'achat et aux prix discriminatoires sont suffisamment réglés par la loi sur les cartels où ils ont leur place.

142.23 Liquidations et primes Dans le domaine du droit régissant les liquidations, la commission d'ex- perts a trouvé une nouvelle solution. Les ventes spéciales ne devraient plus être soumises à autorisation et seules les liquidations totales ou partielles devraient être réglementées. La commission justifie cette solution par le fait que de nouveaux éléments constitutifs de la politique des prix d'appel, des conditions de vente fallacieuses et des formes d'offre figureraient désormais dans la loi, sans parler des dispositions sur la publicité déloyale qui serait également renforcée. Dès lors, les abus dans le domaine des ventes spéciales tomberaient sous le coup de ces dispositions. Pour ce qui est des primes et cadeaux, la commission a renoncé à prévoir une ordonnance particulière et elle a réglé la question des primes par une brève disposition figurant dans le projet de loi lui-même.

142.24 Publicité déloyale et comparative Afin de restreindre la publicité déloyale, la commission a précisé deux faits constitutifs (contrainte psychique, dissimulation de la qualité, de la quantité, etc.) qui devraient surtout protéger le consommateur. La commission est consciente du fait que la publicité est devenue plus agressive et plus sug-

gestive; il en résulte des indications et des affirmations déprimantes, fallacieuses, inexactes ou des confusions qui nuisent aux autres concurrents et à la clientèle. C'est pourquoi la commission a également tenté de réglementer la publicité comparative. Dès lors, celle-ci serait déloyale en cas de comparaison fallacieuse ou inutilement blessante. Avec cette formulation, la commission d'experts est toutefois restée prudente, puisqu'elle va moins loin que la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de publicité comparative, (cf. ch. 123).

142.25 Protection des prestations d'autrui Aux yeux de la commission, ce qui a déterminé la prise en compte de la protection des prestations d'autrui dans la LCD, c'est le fait que celui qui imite en reprenant les prestations d'un tiers se crée un avantage concurrentiel sur l'auteur de la prestation (il fait l'économie des travaux et des frais de développement); cet avantage, il l'acquiert de façon déloyale par une reprise non autorisée. Dans le cadre de la protection des prestations, la proposition de la commission visait à réglementer deux situations différentes. D'une part, il importait d'interdire l'exploitation abusive des résultats d'un travail confié par autrui, par exemple des offres, des calculs et des plans. Il convenait, d'autre part, de déclarer déloyale la reprise telle quelle des résultats de travaux prêts à être lancés sur le marché ou y étant déjà, par exemple enregistrements, prises de vues, résultats techniques divers, programmes d'ordinateur ou imprimés, dans la mesure où leur reproduction, par certains moyens techniques, n'implique pas des dépenses appropriées de la part de celui qui s'y livre.

142.26 Conditions commerciales générales Puisque les abus sont fréquemment commis par le biais des conditions commerciales générales qui constituent également une des composantes du droit régissant la loyauté de la concurrence (aspects de tromperie), la commission a estimé opportun de lutter contre ces abus à l'occasion de cette révision. Ainsi serait désormais déloyale l'utilisation de conditions commerciales générales dérogeant, en défaveur du client, directement ou par analogie au régime légal normalement applicable et qui, par leur présentation ou leur contenu, entravent notablement le client dans son appréciation de la valeur de l'offre ou dans la comparaison avec d'autres offres. Cette disposition devrait permettre de réexaminer plus efficacement la validité et l'équité des conditions commerciales générales,

ce sous l'angle des divers aspects du droit de la concurrence. La commission a jugé opportun de commencer par tester cette solution relativement simple et qui pourrait parfaitement se combiner avec des moyens de procédure améliorés, cela afin de voir si elle donne satisfaction dans la pratique et avant d'envisager une législation spéciale plus complexe selon le modèle allemand ou encore une révision du code des obligations. 1056

142.27 Protection conférée par le droit civil et pénal De l'avis unanime de la commission, les questions de procédure revêtent une importance décisive pour la révision de la loi. En effet, la commission s'est accordée à constater que la LCD actuelle n'a pu atteindre que partiellement le but visé en raison notamment de l'insuffisance des moyens de procédure. La commission s'est donc attachée à optimiser les instruments de procédure selon trois axes: extension de la qualité pour intenter action, simplification et accélération de l'exercice des droits ainsi qu'intensification de la surveillance publique, c'est-à-dire concours de l'administration à l'exécution. En ce qui concerne l'extension de la qualité pour intenter une action civile ou déposer une plainte pénale, la commission a estimé qu'il était nécessaire d'étendre le droit des clients à intenter action ou à déposer plainte. De la sorte, il ne s'agit pas seulement d'améliorer l'application du droit, mais encore de mieux tenir compte du statut des consommateurs dans les processus de concurrence. La commission a donc été d'avis qu'il fallait octroyer le droit d'intenter action non seulement en cas de préjudice aux intérêts matériels du client selon l'article 2, 2^o alinéa, LCD, mais encore dès qu'il y a danger de dommage. De surcroît, le droit d'intenter action au sens de l'article 2, 3^e alinéa, LCD, devrait être étendu aux organisations d'importance nationale ou régionale qui sont vouées statutairement à la protection des consommateurs. Enfin, ce droit d'intenter action devrait être directement octroyé aux organisations de consommateurs et aux associations professionnelles et économiques, c'est-à-dire qu'il y aurait lieu de leur concéder indépendamment de la légitimation de leurs membres à intenter action. Dans le but de simplifier et d'accélérer l'exercice des droits, la commission a proposé la création d'offices de conciliation. Elle a attiré l'attention sur le fait que les dispositions qu'elle propose au sujet de la procédure de conciliation devraient être harmonisées avec une disposition constitutionnelle sur la protection des consommateurs. En effet, ces offices de conciliation pourraient aussi accomplir des tâches qui résulteraient d'une législation future sur la protection des consommateurs. En matière d'instruments de procédure, l'élément prédominant du sujet de la commission n'est autre que l'instauration d'un droit d'intenter action en faveur de la Confédération. Bien que la commission ait dans sa majorité voulu conserver en principe le caractère civil de la LCD, il lui a paru indispensable d'accentuer la participation des autorités à l'exécution de la loi. Ainsi, les règles de la loi révisée seraient appliquées avec plus d'efficacité. La commission a donc inséré dans son projet une disposition qui devrait habiliter la Confédération à entreprendre, dans les limites de l'intérêt public, des enquêtes dans le domaine des agissements importants pour la concurrence déloyale. Toutefois, la commission a été divisée sur le fait de savoir si la Confédération devait faire de telles enquêtes sur demande seulement ou de façon spontanée également. Elle en est arrivée à l'alternative suivante: selon la variante 1, la Confédération ne serait autorisée à demander des éclaircissements que lorsqu'elle est informée d'une situation de pré-

1057
tendue concurrence déloyale. D'après la variante 2, la Confédération pourrait demander spontanément des éclaircissements. Dans les deux cas, la Confédération disposerait du droit d'intenter action lorsque l'enquête révèle des indices de concurrence déloyale et pour autant

que l'intérêt public au maintien d'une concurrence loyale l'exige. Pour ce qui est de la protection conférée par le droit pénal, la commission a conclu au maintien de la réglementation actuelle qui distingue les délits poursuivis sur plainte de ceux qui sont poursuivis d'office. A titre préventif pourtant, il y aurait lieu de renforcer les peines en cas de délits pour concurrence déloyale. En outre, la commission a maintenu les délits par négligence dans les domaines du régime des liquidations et de l'obligation d'indiquer les prix, bien que certains membres eussent voulu renoncer à inclure la négligence. 143

Résultats de la procédure de consultation 143.1 Généralités Le 9 juin 1980, le Département fédéral de l'économie publique a soumis le projet de loi accompagné d'un rapport explicatif aux cantons, aux partis politiques, aux associations économiques, à d'autres organisations intéressées, ainsi qu'à diverses commissions fédérales. Le délai de consultation a expiré le 30 novembre 1980, et des prolongations de délai ont été accordées dans certains cas. Il y eut 84 réponses au total. Celles-ci étaient réparties de la façon suivante: 25 cantons et demi-cantons, 9 partis politiques, 47 associations et organisations ainsi que 3 commissions (Commission suisse des cartels, Commission de la consommation, Commission fédérale pour les questions féminines). 143.2 Appréciation générale Les cantons et les partis politiques ont accueilli favorablement le projet de révision, même s'ils ont fait certaines réserves. En revanche, les avis de l'économie et de ses organisations ont été très divergentes. Parmi les critiques les plus fréquentes à l'adresse du projet de loi, il y a lieu de mentionner les points suivants: la procédure de révision irait au-delà du traitement de la concurrence déloyale, notamment en ce qui concerne les dispositions relatives à la consommation; le projet serait, en outre, trop axé sur l'interventionnisme et abuserait de la LCD pour chercher à atteindre des objectifs de politique structurelle. On discernait, de surcroît, dans la majeure partie des réponses, le vœu de maintenir le droit de la concurrence dans l'axe des principes du droit civil. Tous les cantons qui se sont exprimés à l'occasion de la procédure de consultation furent en principe favorables au projet de révision, bien qu'une partie d'entre eux aient fait des réserves non négligeables. Ainsi, divers cantons ont souligné le fait que la LCD ne devrait pas se transformer 1058

en une loi présentant des éléments de politique structurelle ou encore ont exprimé leurs doutes face aux possibilités d'interventions dont serait dotée la Confédération. Quelques cantons ont relevé l'éventualité de problèmes de délimitation ou de zones d'ombre par rapport à la loi sur les cartels. Plusieurs cantons se sont réjouis de la plus grande participation accordée aux consommateurs. Les partis politiques représentés au sein du Conseil fédéral furent en principe favorables à la procédure de révision, même si une partie d'entre eux ont fait des réserves notables. Le parti radical-démocratique (PRD) et le parti démocrate-chrétien (PDC) ont insisté, dans leurs réponses, sur le fait qu'en aucun cas la LCD ne devrait servir à pratiquer une politique structurelle. Ces partis, tout comme l'Union démocratique du centre (UDC), se sont montrés sceptiques à l'égard des aspects interventionnistes du projet. En outre, le PDC estimait que Ton pouvait formellement se satisfaire d'une révision partielle. Ce même parti a exprimé l'idée de fondre à long terme la loi sur les cartels et la LCD en une loi unique régissant la concurrence. Le parti socialiste suisse (PS) a préconisé la même idée ainsi que la création d'un office de la concurrence. Le projet soumis à la consultation a été rejeté, en revanche, par le parti libéral suisse (PL) et par l'Alliance des indépendants (Adi). En effet, ces deux partis étaient d'avis que le projet allait trop loin. Le parti libéral s'élevait notamment contre une réglementation trop rigide de la concurrence au moyen d'un interventionnisme des pouvoirs publics et contre l'extension de la protection des consommateurs dans le cadre de la LCD. L'Alliance des indépendants

était d'avis que le projet de révision constituait en premier lieu un instrument au service d'une politique de maintien des structures et qu'il contrevenait à la liberté du commerce et de l'industrie. Le projet soumis à la consultation fut apprécié positivement par l'Action nationale, par le Groupement pour la protection de l'environnement et par le Parti socialiste autonome du Sud du Jura (PSASJ). Parmi les organisations de l'industrie, du commerce et des arts et métiers, les opinions relatives au projet soumis à la consultation étaient en partie diamétralement opposées. Du côté des associations faîtières, le Vorort de l'Union suisse du commerce et de l'industrie a rejeté le projet en expliquant que celui-ci abandonnait la conception ancienne fondée sur le droit civil pour la remplacer par une loi axée sur l'interventionnisme des pouvoirs publics et sur les impératifs de la politique en matière de consommation. Ainsi, la LCD se transformerait en une collection de normes de comportement détachées de la protection de la loyauté. Le caractère d'une législation contre les abus serait donc perdu, alors que, du point de vue de la systématique du droit, il y a également lieu de douter de l'opportunité de ce projet de loi. Un écho analogue a été recueilli auprès de la Fédération suisse des importateurs et du commerce de gros (VSIG), de l'Association des grands magasins suisses, ainsi que des grandes entreprises de distribution Migros et Denner, puisque toutes furent opposées, par principe, au projet de révision. L'Union centrale des associations patronales suisses (UCAPS) se déclara d'accord avec une révision de la LCD, mais estima que le projet soumis à 1059

la consultation allait trop loin et était par trop teinté d'interventionnisme. A ses yeux, il convenait également d'éviter d'utiliser le droit de la concurrence pour pratiquer une politique structurelle et une politique de protection des consommateurs. Coop Suisse fut d'avis qu'une révision de la LCD se justifiait parfaitement dans la perspective d'une adaptation aux données actuelles; selon elle, il fallait toutefois s'opposer aux tentatives visant à imposer une politique structurelle. De même, le groupe Usego-Trimerco était partisan d'une adaptation de la LCD aux conditions présentes; pour- tant, les nouvelles prescriptions ne devraient pas aboutir à rendre toute concurrence impossible. De l'avis de Colgro, il n'y avait, quant au fond, aucune raison péremptoire de modifier la loi en vigueur, sauf en ce qui concerne les questions de procédure. L'Union suisse de conseils en publicité et agences de publicité était d'avis que le projet contenait bon nombre de règles qui n'avaient pas leur place dans la LCD et elle proposait donc d'élaborer un nouveau projet qui se serait borné à apporter quelques rares compléments à la loi actuelle. De même, l'Association suisse des détaillants en textile proposait une refonte du projet de loi. La Société suisse de l'industrie des biens de consommation (Promarca) estimait, de son côté, que le projet soumis à la consultation allait trop loin sous l'angle de la consommation et de l'interventionnisme. En revanche, elle ne désirait pas écarter a priori des motifs relevant de la politique structurelle et ne répugnait pas à connaître les raisons justifiant le maintien de structures, si de telles structures jouent un rôle important sur le plan économique. Dans les réponses des milieux du commerce de détail et des arts et métiers à la consultation, les motifs en rapport avec la politique structurelle ont aussi joué un rôle important. Les propositions de révision en provenance de ces milieux soulignaient l'existence d'une relation de cause à effet entre la politique des prix d'appel, la discrimination en matière de conditions et la mort des petits commerces. C'est pour ces raisons que l'Union suisse des arts et métiers (USAM) considérait le projet soumis à la consultation comme une base de discussion appropriée à une révision de la LCD qu'elle considérait comme urgente. En revanche, l'USAM était opposée à une révision de la LCD qui n'aurait pas traité de manière satisfaisante pour elle les problèmes posés par la politique des prix d'appel et la

discrimination. Ce «primat du commerce de détail» est soutenable, parce qu'on s'en tiendrait ainsi à la conception actuelle d'une liste non exhaustive de faits constitutifs concrets et que des règles spécialement adaptées à certains secteurs économiques trouveraient donc place dans cette conception. L'Union suisse des détaillants, l'Association suisse des détaillants en alimentation (Veledes) et la Fédération romande des détaillants se sont largement ralliées, dans leurs réponses respectives, à la prise de position de l'USAM. La Communauté d'action de détaillants indépendants de Suisse (ASD) réclama, par contre, des solutions encore plus radicales. Les autres réponses en provenance de l'économie admettaient la nécessité de réviser la LCD, se prononçaient en principe positivement à l'égard du projet de révision, mais faisaient également part des doutes et des réserves précités en ce qui concerne la politique structurelle, l'interventionnisme et la politique à l'égard des consommateurs.

1060

Toutes les organisations de travailleurs qui ont pris position (Union syndicale suisse, Fédération des sociétés suisses d'employés, Confédération des syndicats chrétiens de la Suisse, Association suisse des salariés évangéliques, Union suisse des syndicats autonomes) ont été unanimes à estimer qu'il était nécessaire de réviser la LCD et se sont, en principe, prononcées favorablement sur le projet soumis à la consultation. Elles aussi ont toutefois relevé qu'il ne convenait pas de transformer la LCD en une loi protectrice des marges et conservatrice des structures, mais qu'au contraire la concurrence devrait continuer à jouer son rôle. Presque toutes ces organisations ont salué la mise en valeur du statut des consommateurs. Les organisations de consommateurs et les organisations féminines (Communauté d'action des travailleurs et des consommateurs, Fondation pour la protection des consommateurs, Fédération suisse des consommateurs, Communauté d'action en vue de la protection des consommateurs, Forum des consommatrices de la Suisse alémanique et du Tessin, Fédération romande des consommatrices, Alliance des sociétés féminines suisses, Ligue suisse des femmes catholiques, Association suisse «Frauenverein») se sont également prononcées de façon positive. Mais, là encore, il ne manqua point de voix pour faire preuve d'un certain scepticisme en ce qui concerne les interventions conservatrices de structures dans le cadre de la LCD. L'image suivante donne une vue d'ensemble approximative des résultats de la consultation: le projet soumis à la consultation a été, en principe, favorablement accueilli par les cantons, les partis représentés au sein du Conseil fédéral, les associations de travailleurs et les organisations de consommateurs, mais avec toutefois certains doutes et certaines réserves; quant aux milieux de l'industrie, du commerce et des arts et métiers, leurs avis allaient du rejet absolu jusqu'à l'approbation sans réserve.

143.3 Appréciation de certaines dispositions du projet

143.31 Clause générale

Le maintien du système de la clause générale a reçu une approbation unanime. Dans maintes réponses, il est toutefois apparu que toute la problématique liée à la révision de la LCD eût été moins aiguë si les tribunaux n'avaient pas fait preuve de tant de retenue dans l'application et l'interprétation de la clause générale. Etant donnée que le projet de la commission d'experts avait présenté deux variantes à propos de la clause générale, les réponses à la consultation étaient aussi divisées; une troisième variante s'ajoutait même sous forme du maintien de la clause générale actuelle. Douze cantons, les partis PRD, PS, PSASJ et éventuellement Adi, toutes les organisations de travailleurs à une exception près, ainsi que toutes les organisations de consommateurs et associations féminines, de même que les commissions consultées, se sont prononcés en faveur de la variante 2 du projet de révision. Coop, ainsi que Migros et Dernier éventuellement, ont aussi préféré la variante 2. Ses partisans ont notamment salué, dans cette

1061

variante, la définition positive du but visé ainsi que la mention de toutes les parties intéressées dans la concurrence. Sept cantons, les partis PDC et UDC ainsi que quelques rares associations économiques ont donné leur préférence à la variante 1. Dans ce contexte, le PDC a insisté sur le fait qu'il était juste d'intégrer également des aspects fonctionnels à la clause générale. En revanche, la variante 2, qui garantirait une concurrence loyale, serait trop prometteuse. Des 17 organisations de l'industrie, du commerce et des arts et métiers qui se sont exprimées au sujet de la clause générale, 7 se sont prononcées pour le maintien de la formulation actuelle (Vorort, UCAPS, Usego, Colgro, VSIG, ASP, CMS). La principale raison invoquée pour cela était que les nouvelles variantes s'écartaient trop, par leur caractère fonctionnel, de la législation du droit civil en matière d'abus et qu'elles tendaient à devenir un ensemble de règles générales du droit objectif. A propos de la variante 2, on fit plus particulièrement remarquer qu'un article de programme ne se justifiait pas dans une loi fondée sur le droit civil. De même, Promarca contestait la nécessité de réviser la clause générale, tout en relevant également des points positifs dans les nouvelles variantes.

143.32 Politique des prix d'appel et puissance d'achat II ne fait pas de doute que les propositions visant à englober dans la loi la politique des prix d'appel et les conditions discriminatoires furent au centre des débats et du projet des experts. En effet, les divergences qui surgirent déjà au sein de la commission d'experts sur ce point délicat se reflétèrent également dans les réponses à la consultation. Dans ce contexte, il est intéressant de relever que la plupart d'entre elles ne contestaient pas la réglementation de la politique des prix d'appel en elle-même. Les divergences étaient les plus fortes en ce qui concerne le degré de réglementation de cette politique. Tandis que les uns trouvaient que la variante proposée allait beaucoup trop loin, les partisans du petit commerce de détail et les milieux de l'industrie des biens de consommation préféraient cette seconde variante ou en proposaient d'autres encore plus caractérisées. La variante 1, qui se fonde sur une présomption de tromperie et qui a pour conséquence un renversement du fardeau de la preuve (cf. ch. 142.22), a été préférée par plusieurs cantons - dont certains ont émis des réserves -, par les partis politiques représentés au sein du Conseil fédéral (PRD, PDC, UDC), ainsi que par les milieux du commerce de détail traditionnel. Toutefois, cette variante est rejetée dans de nombreuses réponses à la consultation. En effet, le renversement du fardeau de la preuve a surtout constitué la pierre d'achoppement. On a également critiqué le fait que la notion de «prix coûtant usuel dans le commerce» soit indéfinissable, que le seuil de la présomption de tromperie soit fixé trop bas et que, dans ces conditions, il ne soit plus guère possible de calculer le prix moyen. Certaines réponses ont même voulu discerner dans la variante 1 un état de fait qui ferait du prix le principal critère de la déloyauté, bien que, dans cette variante, la mfi?

tromperie soit un élément tout aussi important du fait constitutif. D'un autre côté Promarca était d'avis que la tromperie des consommateurs n'était pas une caractéristique essentielle du fait constitutif et qu'il fallait donc l'éliminer; en effet, la déloyauté du prix d'appel continue à exister, même lorsque ce prix est déclaré tel. Dans le projet soumis à la consultation, la variante 1 était liée à une obligation de transparence des prix et conditions, fondée sur une disposition légale. Cette obligation d'indiquer les prix a trouvé des partisans dans de nombreux cantons, auprès de l'USAM ainsi que dans les milieux du petit commerce de détail. Les autres associations économiques ainsi que la plupart des partis politiques se sont montrés plutôt sceptiques ou même opposés à cette disposition. La variante 2, qui prend comme indices, la vente systématique à perte, la publicité et la tromperie (ch. 142.22), a été rejetée notamment à cause de l'inclusion d'une interdiction de discrimination.

La plupart des adversaires étaient d'avis que la puissance d'achat et les prix discriminatoires devaient être réglés dans le cadre de la révision du droit des cartels. En ce qui concerne l'intention de régir la puissance d'achat dans la LCD, des doutes d'ordre constitutionnel ont été exprimés de divers côtés. De même, l'application cumulative de la LCD et de la LCart a été rejetée résolument par une majorité qui a argumenté que la loi sur les cartels serait ainsi vidée de sa substance par la LCD. En revanche, l'USAM et les organisations de détaillants qui sont proches d'elle ont exprimé leur conviction que la révision de la LCD ne saurait être judicieuse qu'à la condition qu'aussi bien les composants horizontaux (politique des prix d'appel) que la problématique des relations verticales entre les fournisseurs et les revendeurs (puissance d'achat) soient traités dans cette loi. Ils ont donc préféré la variante 2, mais n'accepteraient pas que l'on biffe la puissance d'achat de cette seconde variante. Le cas échéant, ils se rangeraient à l'idée de la variante 1. Les organisations de travailleurs et de consommateurs ainsi que les associations féminines ont, dans leur majorité, accepté la variante 2, à la condition que la puissance d'achat n'y soit pas incluse. 143.33 Protection des prestations La plupart des réponses qui ont été exprimées à ce sujet ont approuvé la réglementation de la protection des prestations dans le cadre de la LCD. En revanche, des voix isolées ont pensé que cette protection des prestations n'appartenait pas à la LCD et qu'il fallait donc la régir dans une loi spéciale. Malgré cette approbation de principe, des doutes et des propositions de complément ont été formulés. On a notamment craint que soient ainsi créés de nouveaux droits de protection absolus et allant plus loin que le droit actuel des biens immatériels. De même, il est nécessaire d'harmoniser, quant au fond, cette protection avec la révision du droit d'auteur. Le Vorort a proposé les compléments et précisions suivants: il y a lieu de 1063

continuer à protéger l'acquisition de bonne foi du résultat d'un travail; la protection des prestations doit être limitée dans le temps, en particulier le résultat d'un travail qui est matérialisable ne doit être protégé que durant le temps pendant lequel les dépenses du-fabricant ne sont pas couvertes; la LCD devrait également assurer la protection de modèles non déposés, bien qu'il ne faille pas aller trop loin avec une telle protection qui aboutirait à protéger n'importe quelle création. Si l'on en arrivait là, il s'ensuivrait des entraves insupportables pour les activités de certaines branches industrielles. 143.34 Moyens d'action Les innovations proposées dans le projet des experts pour améliorer la panoplie des moyens d'action concernaient entre autres le renforcement du droit d'intenter action dont dispose le consommateur pris individuellement, l'instauration d'un droit direct d'intenter action en faveur des organisations de consommateurs, la création d'offices de conciliation ainsi que l'introduction d'un droit d'intenter action, conféré à la Confédération (cf. ch. 142.27). Du côté des cantons, des organisations de travailleurs et de consommateurs, on a salué presque unanimement l'extension du droit d'intenter action désormais conféré au consommateur pris individuellement, ce pour autant que ces milieux se soient exprimés à ce sujet. Par là, on s'attend à un renforcement de la position du client face à ses partenaires du marché. En revanche, deux partis politiques ainsi que divers milieux économiques se sont exprimés négativement. Ce faisant, ils ont avancé l'argument selon lequel il n'est pas du tout facile de déterminer le moment à partir duquel un consommateur est menacé dans ses intérêts matériels. Plusieurs réponses à la consultation ont exprimé la crainte de voir l'extension du droit d'intenter action provoquer une avalanche de procès. La grande majorité des réponses à la consultation expriment leur approbation au sujet du droit d'intenter action qui serait conféré aux organisations de consommateurs. La Communauté d'action des travailleurs et des consommateurs ainsi que

la Fondation pour la protection des consommateurs ont proposé, de surcroît, le renversement du fardeau de la preuve à charge de celui qui fait de la publicité lorsqu'il s'agit d'affirmations de fait; elles l'ont suggéré dans la perspective d'une harmonisation avec les directives de la Communauté Européenne (cf. ch. 13). Un tel privilège accordé au demandeur est, aujourd'hui déjà, incontesté dans l'ensemble du champ d'activité de la Commission Suisse d'Arbitrage des Pratiques de la Publicité (art. 9 du règlement de cette commission qui est une institution privée). La Fédération suisse des consommateurs a désiré une extension des droits des organisations de consommateurs aux lettres a à e. La création d'une procédure de conciliation a été approuvée par la majorité des cantons, des partis politiques, des associations de travailleurs et de consommateurs. Il a toutefois été proposé de laisser aux cantons le soin de

composer et d'organiser ces offices. Les voix qui se sont élevées contre cette innovation ont fait part de craintes concernant un ralentissement de la procédure, une accumulation de procès et une application peu uniforme de la LCD par les offices de conciliation. En outre, des doutes ont été exprimés en ce qui concerne la compétence technique de ces offices. Certaines réponses ont souligné que presque toutes les procédures cantonales connaissent déjà une procédure de conciliation. La majorité des avis ont été sceptiques, voire hostiles au droit d'intenter action qui serait conféré à la Confédération. C'est presque à l'unanimité que les réponses insistent sur la nécessité de laisser l'exécution de la LCD en mains des milieux privés. Par ailleurs, on a avancé l'argument qu'il suffisait de donner aux organisations de consommateurs la qualité pour intenter action. Les cercles de l'économie ont relevé que l'action de la Confédération et ses enquêtes constitueraient une grave atteinte au principe de l'autorégulation et sont donc, dans le projet, l'expression d'un interventionnisme d'Etat incompatible avec la protection de la loyauté. Outre des doutes relatifs à la systématique juridique, des craintes se sont également manifestées face à un gonflement excessif et coûteux de l'appareil de l'Etat. 143.35 Autres dispositions Les nouveaux faits constitutifs relatifs à la publicité comparative et déloyale ainsi qu'aux primes ont trouvé approbation dans la majorité des réponses. En revanche, certains milieux économiques contestent la nécessité de ces dispositions. Certaines réponses font remarquer que le fait constitutif de la publicité comparative signifie un pas en arrière lorsqu'on l'examine à la lumière de la jurisprudence la plus récente. D'autres avis relèvent que la publicité comparative est déjà suffisamment englobée dans le fait du dénigrement et de la réclame trompeuse. En revanche, le projet visant à réglementer les primes par le biais d'un fait constitutif concret a été presque unanimement approuvé. Pour ce qui est des deux faits constitutifs de la concurrence déloyale qui tendent surtout à cerner juridiquement la conclusion de contrats inhabituels sciemment axés sur la tromperie, la formulation proposée a notamment été considérée comme peu satisfaisante. Ce sont, en particulier, les expressions de «contrainte psychique» et de «vue d'ensemble du marché» qui ont été critiquées comme trop vagues et injusticiables. L'inclusion d'une disposition sur les conditions générales commerciales (CGC) dans la LCD a trouvé un écho largement positif, même si certaines propositions de modification ou de précision ont été faites. Divers milieux économiques ont rejeté l'introduction de prescriptions sur les CGC dans la LCD. Du côté des consommateurs, on a insisté à plusieurs reprises sur le fait qu'il conviendrait d'introduire également des dispositions correspondantes dans le code des obligations (CO) afin de donner suite à la motion Aider (cf. ch. 112.1). 1065

La libération des ventes spéciales du régime de l'autorisation obligatoire a suscité l'approbation de la majorité des réponses reçues. En revanche, les milieux des arts et métiers ont plaidé pour le maintien du statut que. En ce qui concerne les dispositions pénales, diverses propositions ont été faites: harmonisation avec les dispositions pénales du projet de loi sur les cartels, création d'une disposition pénale visant à remettre le gain obtenu illicitement, suppression du caractère pénal de la tentative et de la complicité dans le domaine de l'indication des prix et des liquidations. Enfin, quelques réponses en provenance de l'industrie, du commerce et des arts et métiers ont demandé la décriminalisation de la LCD.

143.4 Avis de la Commission suisse des cartels La Commission suisse des cartels s'est exprimé de façon exhaustive au sujet de l'avant-projet de la commission d'experts. Les points cruciaux de sa réponse touchant les deux variantes concernant les prix d'appel, le droit de la Confédération d'intenter action ainsi que l'obligation d'indiquer les prix aux revendeurs. La Commission des cartels a critiqué les deux variantes proposées au sujet des prix d'appel (cf. eh. 142.22). En ce qui concerne la variante 7, c'est surtout le fait constitutif de la présomption qui a soulevé des doutes sérieux; car on introduirait, dans cette hypothèse, pour les prix inférieurs au seuil du prix coûtant, un fait constitutif «per se» qui ne reposerait plus que sur l'élément du bas prix. Avec le prix coûtant usuel dans le commerce, on érigerait un seuil de prix insuffisamment défini en un seul et unique critère d'application du fait constitutif «per se», ce qui serait de surcroît décisif pour le renversement du fardeau de la preuve. Ainsi le calcul du prix moyen ne serait plus toléré que jusqu'au niveau du prix coûtant usuel dans le commerce. Tout cela constituerait de graves atteintes à la libre disposition et à la liberté des contrats et, partant, à la liberté du commerce et de l'industrie dont jouissent les sujets de l'économie. A propos de la variante 2, la notion de vente à perte a été tout particulièrement critiquée, car elle laisserait une trop grande marge d'interprétation. De l'avis de la Commission des cartels, l'interdiction générale des discriminations, telle qu'elle est liée à la variante 2, est anticonstitutionnelle et doit donc être rejetée. Compte tenu de ces considérations, la Commission des cartels a proposé d'utiliser le prix coûtant individuel comme élément de prix du fait constitutif des prix d'appel, car seule cette notion peut être établie avec suffisamment de précision. La Commission a donc reformulé le fait constitutif des prix d'appel en se fondant sur les trois éléments que sont le «prix», la «publicité» et la «tromperie». Ce fait constitutif a été complété par un renversement du fardeau de la preuve concernant le prix coûtant individuel. La proposition de la Commission des cartels a la teneur suivante: Agit de façon déloyale, celui qui offre systématiquement un choix de marchandises, d'œuvres ou de presta-

1066

lions au-dessous de leur prix coûtant, qui les vante tout particulièrement dans sa publicité et qui trompe ainsi la clientèle sur ses propres capacités ou celles de ses concurrents. Le défendeur supporte le fardeau de la preuve selon laquelle il n'a pas fait une offre inférieure aux prix coûtants. En complément de ce fait constitutif, la Commission des cartels a demandé l'adoption d'une disposition sur le maintien des secrets commerciaux, par analogie à l'article 9 de la loi sur les cartels (R.S251); en effet, une telle disposition devrait empêcher la divulgation de sources et de conditions de livraison avantageuses. Pour ce qui est du droit de la Confédération d'intenter action (cf. ch. 142.27), la Commission des cartels a fait preuve d'une certaine compréhension. Elle a été toutefois d'avis que ce n'est qu'en cas de refus de l'initiative privée, qu'il conviendrait alors de franchir le pas consistant à ancrer dans la loi un droit de plainte en faveur de la Confédération. En ce qui concerne l'obligation d'indiquer les prix aux revendeurs (cf. ch. 142.22), la Commission des cartels a

fait remarquer que cette obligation ne servait en fait et en vérité que l'application du fait constitutif de la présomption. Il n'est par conséquent pas possible d'améliorer par cette voie la transparence qualitative du marché, car il serait contraire aux principes fondamentaux de l'économie de marché d'obliger les fournisseurs à tous les échelons à s'en tenir durant une période déterminée, aux prix et conditions annoncés. Une telle hypothèse est démentie par le fait que les prix et les conditions représentent des arguments importants dans la négociation commerciale et qu'aucun partenaire sur le marché ne saurait renoncer à la souplesse dans leur maniement. Il est donc possible de renoncer à une obligation générale de transparence en ce qui concerne les prix et conditions usuels dans le commerce.

15 Remarques fondamentales à propos du projet de loi 151 Aspects généraux 151.1 Statut, but et importance de la LCD actuelle Bien qu'on reconnaisse généralement le bien-fondé de la concurrence, les opinions divergent lorsqu'il s'agit de savoir quelle concurrence n'est pas faussée, et partant, est réputée loyale. Tandis que les uns soutiennent que des distorsions de concurrence peuvent naître d'éléments étrangers aux prestations (discrimination dans les prix, politique des prix d'appel, etc.), les autres considèrent que de tels éléments font partie intégrante d'une concurrence certes âpre, mais acceptable toutefois dans les limites de la liberté du commerce et de l'industrie et de l'autonomie contractuelle. Pour distinguer entre concurrence loyale et déloyale, la nouvelle doctrine a mis à jour des éléments de connaissance importantes et elle tend toujours plus à dire que le droit de la loyale concurrence doit être interprété et appliqué selon les critères fonctionnels. Cela signifie que la séparation de la concurrence loyale de celle qui est déloyale doit se faire en tenant compte des résultats qu'on est en droit d'escompter dans un système où la concurren-

1067

rence fonctionne bien. Ainsi, un acte de concurrence devient déloyale lorsqu'il met en péril la concurrence en tant que telle ou lorsqu'il déjoue les résultats attendus par ladite concurrence (cf. à ce sujet: Carl Baudenbacher, *Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht*, Zurich 1978 p. 134 ss; *ibid.*, *Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG*, ZHR 1980, p. 145 ss; *ibid.*, *Die Revision des schweizerischen . UWG*, GRUR Int. 1981, p. 163 s.; Ernst A. Kramer, *Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts*, ZSR 1979, p. 61 s.; Hans Rainer Künzle, *Die vergleichende Werbend im schweizerischen Wettbewerbsrecht - de lege lata und de lege ferenda*, WuR 1982, p. 163 ss; E-Matter, *Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb*, ZBJV 1951, p. 458; Jürg Punschen, *Der Schutz des unmittelbaren Ergebnisses einer Arbeits- oder Unternehmensleistung*, thèse, Fribourg 1974, p. 195 ss; Walter R. Schlupe, *Vom lauterem zum freien Wettbewerb*, dans: *Zum Wirtschaftsrecht*, Berne 1978, p. 79 ss; *ibid.*. *Über den Begriff der Wettbewerbsverfälschung*, Festgabe für Kummer, Berne 1980, p. 519 ss; Walter Sticher, *Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem*, thèse, Saint-Gall 1981, p. 115 ss). En ce qui concerne plus particulièrement le but de la protection conférée par la LCD, les réponses ont été diverses à différentes époques. Avant que la LCD ne soit édictée, tant la doctrine que la jurisprudence partaient d'une approche absolument centrée sur le droit de la personnalité. L'objet de la protection était le droit personnel du concurrent au respect et au crédit de sa personnalité économique. En bonne logique, la LCD fut donc conçue dans le sens d'une protection individuelle. Le premier projet de loi fédérale sur la concurrence déloyale qui date de 1934 partait, dans sa clause générale, de l'idée d'une atteinte à certains droits personnels du concurrent et mettait donc au premier plan la protection subjective dudit concurrent lésé dans le cas d'espèce message du 3 novembre 1942 à l'ap-pui d'une loi fédérale sur la concurrence déloyale; FF 1942

671). Ce domaine d'une protection restreinte du droit de la concurrence ne permettait pas de faire face à toutes les manifestations de la concurrence déloyale. Ainsi, au moment où la LCD actuellement en vigueur a été édictée, c'est-à-dire le 30 septembre 1943, l'orientation de cette loi vers des droits sociaux l'a emporté sur une conception juridique purement individuelle. Dès lors, le droit de la concurrence loyale n'a plus seulement pour but la protection des concurrents, mais encore la protection de tous ceux qui sont intéressés dans le marché et de la collectivité. Selon le message à l'appui de cette loi, l'objet de la protection est désormais une concurrence libre et loyale en tant que fondement essentiel de notre système économique (FF 1942 671). 151.2 Conception du projet de révision La conception du projet de révision est fonction de la nouvelle doctrine concernant le droit de la concurrence loyale, ce dans la mesure où le Conseil fédéral le considère comme opportun. Dans le détail, il convient d'explicitier ce qui suit: 1068

La constitution fédérale de la Suisse fait profession d'une économie axée sur la concurrence et les obligations sociales (message concernant la loi sur les cartels; FF 1981 II 1322 ss). L'élément porteur de ce régime n'est autre que la libre, loyale et authentique concurrence. Celle-ci a aussi bien un rôle de coordination que de répartition à jouer. Ainsi naît le mandat de protéger la concurrence dans ses fonctions (cf. message concernant la loi sur les cartels; FF 1981 II 1325). De tout cela, on escompte les résultats les plus favorables pour l'ensemble de l'économie, une amélioration croissante de l'efficacité économique et une protection optimale des consommateurs qui profitent d'une économie concurrentielle fonctionnant bien, tant en ce qui concerne les prix que les offres. Outre ces répercussions économiques, il y a également les effets sur la politique sociale qu'il convient de ne pas perdre de vue et qui résultent également du bon fonctionnement de la concurrence. Celle-ci signifie que les structures de décision sont décentralisées et contribue donc à résoudre le problème de la puissance. Afin d'atteindre une concurrence bien rodée, la politique dans ce domaine doit s'appuyer sur deux moyens d'action: la loi sur les cartels (LCart) et la LCD. Par le biais de la LCart, il convient de protéger la liberté de la concurrence, tandis que la LCD doit servir en premier lieu à assurer la loyauté de la concurrence. De surcroît, il incombe à la LCart de protéger la possibilité de concurrence individuelle et à la LCD de protéger la liberté de développement des concurrents. Ces deux lois ont donc pour but de protéger et de maintenir la concurrence dans son ensemble, en tant que principe cardinal de la vie économique. Le projet de révision se maintient dans la ligne de la LCD actuellement en vigueur, comme on l'a montré au chiffre 151.1. De la sorte, les intérêts privés et publics sont protégés, à savoir les intérêts des partenaires sur le marché - concurrents et clients - ainsi que l'intérêt de la collectivité à la sauvegarde d'une concurrence efficace. Sur le plan théorique, les idées de base restent donc les mêmes que celles sur laquelle repose déjà la LCD actuellement en vigueur (FF 1942 671). En revanche, ce qui est nouveau dans le projet de loi, c'est l'accentuation de l'orientation fonctionnelle de la LCD, en ce sens que le but et les sujets de la protection sont désormais mentionnés explicitement. La LCD et, plus particulièrement la clause générale, seront dorénavant mieux accessibles à une interprétation fonctionnelle: ce pas en avant n'a donc pas été négligé (cf. ch. 151.1). En principe, la clause générale de la loi actuelle permet déjà d'adopter une optique fonctionnelle; elle définit pourtant la concurrence déloyale comme un «abus de la concurrence économique». Puisque cela n'a été admis que par une partie de la doctrine, il a paru indispensable de donner une définition plus claire et une orientation plus nette. La séparation de la concurrence loyale de celle qui est déloyale doit donc s'opérer - indépendamment des critères propres à la morale des affaires - dans la perspective des

résultats escomptés dans un système où la concurrence fonctionne bien. Dans ces conditions, il est superflu de se référer au «Leistungsprinzip» que la doctrine et la jurisprudence ont considéré, des années durant, comme le critère permettant de distinguer entre la concurrence déloyale et loyale. De même, dans un arrêt des 70 Feuille federale. 135'année. Vol. H 1069

plus récents (ATF 107 II 283), le Tribunal fédéral s'est distancé du «Leistungsprinzip» et il a déclaré qu'il s'agissait là d'un critère impropre à séparer ce qui est autorisé de ce qui est défendu en matière d'actes de concurrence. En revanche, les règles de la bonne foi conservent toute leur validité, aussi bien en tant que critère de la morale des affaires que comme règle fonctionnelle. Dès lors, pour tracer la limite séparant les comportements loyaux de ceux qui ne le sont pas sur le marché, le juge dispose de critères relevant de notre système politico-économique, mais également de critères, propres à la morale des affaires. La LCD restera fortement axée sur le droit civil. Cela signifie que ce sont en premier lieu les particuliers, les concurrents et les consommateurs auxquels continuera à incomber la protection de la loyauté des actes de concurrence. Fondamentalement, cela reflète l'idée selon laquelle l'individu qui intente action pour cause de concurrence déloyale ne se borne pas à se protéger lui-même, mais protège indirectement la concurrence en tant qu'institution. C'est également pour cette raison que les droits d'intenter action ont été renforcés puisqu'une meilleure protection individuelle signifie un renforcement de la concurrence en général. Malgré cette orientation fondamentale vers le droit civil dans la nouvelle LCD également, le Conseil fédéral a estimé qu'une participation plus marquée des autorités était nécessaire pour que la loi puisse s'imposer plus efficacement. Par conséquent, le présent projet de révision prévoit un droit d'intenter action conféré à la Confédération dans des limites bien définies et à certaines conditions seulement. 151.3 Rappports entre la LCart et la LCD Tant la LCart que la LCD concourent à la sauvegarde et au bon fonctionnement du substrat de l'ordre économique que constitue la concurrence. Il s'ensuit que ces deux domaines juridiques se recoupent parfaitement. Cela est apparu lors de travaux de révision, avant tout à propos d'une réglementation de la politique des prix d'appel et des discriminations de prix. Les deux lois protègent en outre des intérêts aussi bien publics qu'individuels (cf. ch. 151.1). Dès lors, il n'est pas possible de déduire une différence entre elles à partir du but de la protection. Par conséquent, il faut recourir à l'orientation-clé de chacune des deux lois pour cerner le critère de délimitation. La loi sur les cartels doit assurer la liberté de la concurrence. Elle doit garantir le bon fonctionnement de celle-ci, ce qui implique un certain minimum de concurrence. En d'autres termes, la LCart a pour tâche d'ériger des digues contre la suppression de la concurrence ou les entraves à celle-ci. En revanche, la LCD doit veiller en premier lieu à ce que la concurrence existante ne dégénère pas et ne devienne pas abusive dans ses fonctions. Cette délimitation de principe dans l'orientation-clé de la LCart (protection de la liberté) et de la LCD (protection de la loyauté) est importante pour la question de savoir où il faut traiter et régler les problèmes de la puissance 1070

d'achat et des prix discriminatoires. A divers reprises, et surtout dans les milieux du commerce traditionnel de détail et de l'industrie des biens de consommation, on a dit que les prix d'appel et l'abus de la puissance d'achat étaient étroitement liés du point de vue économique, raison pour laquelle il convenait de régler ces deux problèmes dans la LCD. Il est incontestable que la politique des prix d'appel constitue un problème relevant du droit régissant la concurrence loyale. Mais lorsqu'on aborde la question de savoir comment des

offres à des prix d'appel sont rendues possibles, il y a lieu alors de nuancer. Les raisons tiennent partiellement à l'échelon économique précédent. En effet, les possibilités que le distributeur final a de moduler les prix dépendent notamment très fortement du prix coûtant auquel il a pu acheter effectivement la marchandise. Les distributeurs qui partent de prix coûtants peu élevés disposent non seulement de la possibilité de pouvoir fixer des prix de vente nets qui sont également bas, mais ils bénéficient encore de conditions propices à opérer avec des prix d'appel. Les différences dans les prix coûtants peuvent avoir diverses causes. Il faut mentionner tout d'abord les différences de prix en rapport avec les coûts. C'est surtout la quantité achetée qui peut être en rapport direct avec des différences dans les frais de distribution, éventuellement aussi dans les frais de production et d'administration des fournisseurs. Cependant, d'autres facteurs tels que le transport, les délais de livraison, le stockage, la régularité des achats, etc., peuvent aboutir à des différences de prix justifiées en fonction de coûts. Pourtant, d'autres différences ne s'expliquent que partiellement en raison des coûts; elles peuvent pourtant exister dans l'intérêt du fournisseur et sont donc réputées économiquement justifiées. Là, il y a lieu de mentionner le système d'escompte - pour diverses raisons, le fournisseur peut avoir un intérêt à être payé rapidement - ou un contrat d'achat à long terme et à des conditions favorables; dans un contrat de ce genre, ce qui compte pour le fournisseur, c'est moins la recherche d'un gain maximum à court terme que la maintien et la consolidation de son entreprise. Dans ce contexte, il faut considérer qu'également à l'échelon du producteur et de l'intermédiaire, il n'est pas question d'opérer avec le prix de revient, mais qu'on ne peut que prendre en compte les frais variables. Il y a enfin des différences de prix qui découlent d'inégalités dans les rapports de force entre l'offre et la demande. Cela nous conduit directement aux problèmes posés par la puissance d'achat (cf. à ce sujet le rapport de la Commission des cartels intitulé «La puissance d'achat et ses abus», Publications de la Commission des cartels, 1976, fase. 1; message sur l'initiative populaire «visant à garantir l'approvisionnement de la population en biens de première nécessité, et à lutter contre le dépérissement des petits commerces»; FF 1982 III263, ch. 321.2). Des considérations précédentes, on peut tirer les conclusions suivantes: les différences de prix naissent de divers facteurs. Il convient de distinguer entre des avantages qui sont raisonnables et économiquement justifiés et d'autres aspects préférentiels résultant d'un abus de la puissance d'achat et qui ne sont donc pas justifiés sur le plan de l'économie d'entreprise. Cela signifie que des offres à des prix d'appel peuvent être facilitées sans que 1071

l'on doive forcément recourir à des avantages provenant d'un abus de la puissance d'achat. Toutefois, les offres à des prix d'appel peuvent aussi, en principe, avoir lieu sans qu'il y ait eu de différences de prix lors de l'achat. L'étroite connexion que certains milieux voient entre les offres à des prix d'appel et la puissance d'achat n'existe donc que là où la différenciation des prix provient d'un abus de la puissance d'achat. A lui seul, cet aspect ne justifie pas que la puissance d'achat tombe dans le champ d'application de la LCD. En effet, les différenciations de prix qui ont pour origine un abus de la puissance d'achat se jouent à l'échelon économique précédent. Elles sont donc importantes indépendamment de la LCD et relèvent ainsi du champ d'application de la loi sur les cartels. Le projet d'une nouvelle loi sur les cartels, dont délibèrent actuellement les Chambres fédérales, comprend à son article 6, 2e alinéa, (FF 198.1 III1332) une disposition qui prend en considération les faits relevant de la puissance d'achat, à savoir «le refus d'acheter des marchandises, les discriminations à l'égard de fournisseurs en matière de prix ou de conditions ainsi que l'exigence excessive en matière de prix ou de conditions de faveur». L'article 6, 3e alinéa, du projet précité

englobe, de surcroît, les cas dans lesquels il n'y a pas de discrimination, mais où des tiers sont aussi notablement entravés dans leur accès ou leur exercice de la concurrence (message à l'appui d'une loi fédérale sur les cartels et organisations analogues; FF 1981 III292). Cependant, la condition dont dépend l'assujettissement à la loi sur les cartels est naturellement l'existence d'un cartel ou d'une organisation analogue du côté de la demande ou de l'offre. De même, des raisons touchant à la systématique du droit parlent contre une réglementation de la puissance d'achat dans la LCD. Une interdiction générale des discriminations, indépendante de la puissance sur le marché et figurant dans la LCD (une telle interdiction constituait une des variantes du projet de la commission d'experts pour la révision de la LCD), aboutirait à ce qu'il soit possible d'intenter action par le biais de la LCD contre l'abus de la puissance d'achat, sans que l'on doive pour autant apporter la preuve de la puissance sur le marché. Il ne fait pas de doute que dans cette hypothèse les actions ne seraient plus fondées sur la LCart, mais exclusivement sur la LCD, ce qui aurait finalement pour effet de vider la loi sur les cartels de toute sa substance dans ce domaine.

152 Points cruciaux de la révision Contrairement à une variante du projet de la commission d'experts, les problèmes de la puissance d'achat et des discriminations de prix ne figurent pas dans le projet de révision pour les motifs présentés ci-avant au chiffre 151.3. Les principaux points de la révision sont constitués par la nouvelle orientation de la clause générale, la réglementation de la politique des prix d'appel et de la protection des prestations, les dispositions sur la publicité déloyale et les conditions générales commerciales, les prescriptions plus libérales sur 1072

les liquidations ainsi que le renforcement des instruments du droit civil et pénal. 152.1 Clause générale Depuis l'époque où la LCD encore actuellement en vigueur a été édictée (1943), l'évolution dans le domaine de la concurrence montre combien les formes de vente et de publicité se sont rapidement modifiées. Avec l'évolution également accélérée des conditions économiques qui influent toujours sur la concurrence et favorisent l'apparition de nouvelles formes de concurrence déloyale, il est exclu de prévoir tous les cas particuliers qui peuvent et pourront se présenter et d'en dresser une liste exhaustive. Certes, le présent projet prévoit une extension et un complément des faits constitutifs particuliers; il ne prétend, en revanche, nullement établir un inventaire complet. Pour ce qui est des nouveaux faits constitutifs particuliers, il s'agit de situations pour lesquelles une réglementation concrète est souhaitable. Parce qu'on crée du même coup des dispositions matérielles de droit pénal, il importe absolument de définir exactement ces nouveaux faits constitutifs. Malgré l'extension des agissements mentionnée expressément dans le projet de loi, il faut tenir compte du fait que les conditions économiques et, partant, la concurrence se modifient rapidement. Dès lors, une clause générale s'adapte beaucoup mieux à cette évolution permanente. Plus que par le passé, cette clause devra constituer la base légale permettant de trancher les cas où la concurrence paraît déloyale, mais qui ne tombent pas sous le coup de faits constitutifs spéciaux. Afin que la clause générale puisse servir de base pour trancher, l'idée directrice inhérente à la LCD doit être bien discernable dans la loi. Or, l'article premier qui définit le but de la loi et les sujets de la protection, remplit cette fonction. La clause générale doit donc absolument être interprétée à la lumière de cet article 1er qui révèle l'approche fonctionnelle de la LCD. Celle-ci et la clause générale deviennent ainsi plus accessible à une interprétation fonctionnelle. Cela signifie que non seulement des violations de la morale des affaires, mais encore des comportements qui ne se recouvrent pas avec un comportement normal auquel on peut s'attendre au vu des résultats de la concurrence, sont déloyaux et illicites. En définitive, cette interprétation repose sur une

conception juridique d'après laquelle les concurrents doivent se comporter de manière à ce que les résultats attendus de la lutte concurrentielle puissent être obtenus (cf. ch. 151.1). Malgré cette nouvelle orientation, on peut continuer à s'en tenir aux règles de la bonne foi. Certes, ce principe a d'abord ses racines dans le droit civil, mais, selon les conceptions généralement admises aujourd'hui, son empire s'étend en principe à toutes les relations juridiques importantes. C'est dans ce sens qu'on ne doit pas comprendre de façon par trop restrictive l'exigence d'une relation juridique spéciale, telle qu'elle est mise en valeur par Hans Merz notamment (Bernener Kommentar, Einleitungsband, Berne 1966, N 34 ad art. 2 CCS). Même si on ne veut pas aller aussi loin et renoncer purement et simplement à une relation juridique spécifique comme condi-

tion dont dépend le lien aux règles de la bonne foi (M.D. Niederhauser, *Missbrauch der Marktmacht und Rechtsmissbrauch*, thèse, Berne 1978, p. 52/53), on peut parfaitement soutenir l'opinion selon laquelle il y a une certaine relation spéciale entre les participants à la concurrence aussi bien entre les concurrents eux-mêmes qu'entre les personnes visées par les actes de concurrence ainsi qu'entre les destinataires, c'est-à-dire les acheteurs; des devoirs de loyauté découlent alors de ce lien spécial. Selon Troller (*Irrmaterialgüterrecht*, vol II, 2e éd., Baie/Stuttgart 1981, p. 1048), chaque participant à la concurrence doit se comporter de manière à ce qu'il ne déçoive pas la confiance que l'autre place dans son comportement juridique dont il croit de bonne foi qu'il s'intègre dans la communauté de concurrence, et de manière à ce que lui-même soit fidèle à la communauté et qu'il ne commette pas des actions utilisant le système de la libre concurrence à son propre profit (de même: Germann, *Die Bona Fides als Grundlage des Wettbewerbsrechts*, Festgabe Simonius, Baie 1955, p. 73). D'une part, le respect des impératifs de la correction professionnelle fait partie de l'agir selon la bonne foi. Mais, d'autre part, cette bonne foi s'étend également à la confiance dans le fait que les participants à la concurrence vont exercer la liberté économique qui leur est octroyée dans les limites des exigences relatives à un comportement concurrentiel normal (cf. ch. 151.2). N'est alors plus réputé normal tout comportement concurrentiel qui met en péril la concurrence en tant que telle ou qui déjoue les résultats escomptés grâce à elle. Sont donc contraires à la bonne foi et par conséquent également déloyaux les modes de comportement qui contreviennent de façon générale aux règles fonctionnelles de la concurrence. La notion juridique de la bonne foi couvre donc aussi bien les violations de la morale des affaires que celles des règles qui assurent le bon fonctionnement de la concurrence et cette notion permet donc de consolider la nouvelle orientation de la clause générale. Pour le juge, cela signifie qu'il pourra s'appuyer aussi bien sur des critères relevant de la morale des affaires que sur des critères découlant de notre système politico-économique, afin de rendre son jugement au sujet d'un comportement en rapport avec la concurrence déloyale. La mention de toutes les parties concernées par la concurrence précise le rôle des consommateurs comme destinataire et coacteurs de la concurrence. En outre, l'équivalence des intérêts de l'économie, des consommateurs et de la collectivité est explicitée.

152.2 Politique des prix d'appel

La politique des prix d'appel occupe une place particulière parmi les pratiques dont la loyauté est douteuse au regard du droit de la concurrence; ces pratiques se sont beaucoup développées au cours des années, parallèlement à l'écllosion d'un marketing plus agressif. Dans différentes interventions qui ont donné lieu à la révision de la LCD, ce moyen de publicité dans le commerce de détail a été notamment dénoncé (cf. ch. 112). 1074

La politique des prix d'appel consiste dans le fait suivant: celui qui offre fixe très bas ou abaisse notablement les prix d'une petite partie de son assortiment et il agit ainsi pour des motifs qui tiennent à sa politique en matière de publicité. Comme le montre cette notion, cette mesure, qui tente de suggérer que celui qui fait l'offre pratique des prix particulièrement avantageux, vise à attirer les acheteurs. Toutefois, à rencontre de ce qui se passe avec les baisses de prix motivées par la politique suivie en matière de prix et qui visent en premier lieu à écouler les articles ainsi baissés de prix, l'offre à un prix d'appel a pour objectif d'accroître le chiffre d'affaires réalisé sur la vente d'articles dont le prix n'est pas baissé, dans le but final de réaliser un gain global maximum par le biais de la compensation d'une perte sur un article en forçant le prix de vente d'un autre article (cf. Walter R. Schlupe, *Lockvogelpreise und Lockvogelmarken im schweizerischen Recht*, dans: *Prix et marques d'appel en droit comparé*, Genève 1976, p. 62 ss). Ce sont surtout les articles standardisés qui se prêtent aux pratiques des prix d'appel, parce qu'ils s'adressent à un large public et que leur prix est généralement bien ancré dans la conscience collective. Le plus souvent, il s'agit d'articles 'de bonne qualité, fréquemment d'articles de marque. Les conditions objectives dont dépend la pratique prometteuse d'une politique des prix d'appel ne sont pas données dans la même mesure à toutes les entreprises de vente. Dans l'optique de la gestion d'entreprise, les offres d'appel entrent surtout en ligne de compte lorsque l'assortiment des biens offerts est vaste et qu'il peut être présenté dans des grandes surfaces au moyen et méthodes publicitaires efficaces, afin qu'il soit possible d'atteindre sur les articles dont le prix a été calculé normalement l'accroissement souhaité du chiffre d'affaires. De surcroît, cela implique des capitaux en suffisance pour pouvoir supporter les dépenses de publicité nécessaires et digérer d'éventuels échecs ou passage à vide. Enfin, l'exercice de la puissance d'achat facilite encore, dans certaines conditions, l'acquisition d'articles d'appel particulièrement attrayants (au sujet de la relation entre la politique des prix d'appel et la puissance d'achat, cf. ch. 151.3). Ces réflexions montrent qu'une fructueuse politique des prix d'appel n'est praticable que dans des entreprises d'une certaine taille et pour certaines formes de vente. En particulier, les petits commerces spécialisés et les magasins d'un standing moyen qui vendent toutes sortes de marchandises ne peuvent guère, même s'ils le veulent, s'adonner à cette pratique qui suggère des prix particulièrement avantageux. Quand peut-on parler d'une politique des prix d'appel ou à quelles conditions peut-on qualifier les dumpings de déloyaux? Les opinions à ce sujet sont fortement divergentes. Dans la doctrine suisse, qui ne s'est penchée sur ce problème que très rarement et le plus souvent marginalement, il y a unanimité pour dire que le dumping caractérisé, qui vise précisément l'élimination de certains concurrents, est inadmissible. On qualifie aussi unanimement de déloyal le fait d'offrir une marchandise qui n'est pas disponible ou qui ne l'est qu'en quantité insuffisante. Il est toutefois contesté que l'on puisse, sur la base de la loi actuellement en vigueur, juger de déloyaux les 1075

dumpings motivés par la politique publicitaire suivie. La plupart des avis sur ce point sont négatifs ou ne sont affirmatifs que dans la mesure où l'offre à des prix avantageux est liée à des circonstances particulières (on trouve un aperçu des différents points de vue de la doctrine dans: Walter R. Schlupe, *Lockvogelpreise und Lockvogelmarken im schweizerischen Recht*, Genève 1976, p. 70 ss, ainsi que dans: Rolf P. Jelzer, *Lockvogelwerbung*, *Schweizer Schriften zum Handels und Wirtschaftsrecht*, volume 36, Zurich 1979, p. 147 ss). En ce qui concerne l'application de la clause générale à des faits constitutifs de formes d'appel, les tribunaux ont fait preuve d'une grande retenue et ont laissé entendre que le débat sur l'admissibilité de telles pratiques devait être porté sur la

scène politique (cf. ch. 123). Le Conseil fédéral est d'avis que, compte tenu de la situation nouvelle en matière de concurrence ainsi que de la retenue des tribunaux dans l'interprétation de la clause générale, le droit actuel n'est pas satisfaisant dans son appréhension des prix d'appel. Il propose donc de régler ces problèmes par le biais d'un fait constitutif spécial qui n'excluerait, toutefois, nullement d'autres concrétisations fondées sur la clause générale. Dans l'élaboration d'une norme juridique correspondante, trois questions fondamentales sont à résoudre: - Au-dessous de quel prix une offre peut-elle être considérée comme problématique? - Outre le bas prix, faut-il d'autres éléments encore pour qu'on puisse parler d'une forme d'appel à qualifier de déloyale? - Quelles mesures juridiques sont-elles nécessaires dans la fourniture des preuves afin que, dans la pratique, il ne soit pas illusoire d'intenter action? A l'occasion de la discussion au sein de la commission d'experts au sujet de la question de savoir sur quel prix une réglementation pouvait s'appuyer, on s'est heurté à des obscurités relatives à certaines notions. On ne trouve pas non plus de définitions uniformes dans la littérature spécialisée. Pour son travail, la commission d'experts est tombée d'accord sur le schéma suivant de calcul dans le commerce de détail: Prix d'achat (prix facturé, prix courant) ./. déductions (rabais, escompte, etc.) + ICHA + frais sur marchandises achetées (prix du transport, assurance, douane, commission, courtage, etc.) Prix coûtant + frais directs (dépenses imputables) + frais indirects (part aux frais généraux) 1076

Prix de revient + bénéfice net Prix de vente net II ressort de la fonction propre au commerce de détail que les frais directs sont généralement, dans la mesure où on peut les calculer, relativement modestes. En revanche, les frais généraux sont beaucoup plus importants; dès lors, cela complique considérablement, voire empêche absolument un calcul précis par pièce. Le prix de revient a donc un caractère plutôt fictif puisqu'il est difficile à établir même lorsqu'on dispose d'une comptabilité détaillée. Le prix coûtant s'est avéré constituer une valeur limite adéquate pour régler la politique des prix d'appel. Non seulement ce prix est relativement aisé à déterminer, mais encore ce seuil se justifie du point de vue économique et juridique. Dès lors, des prix de vente inférieurs au prix coûtant sont indubitablement des prix de vente à perte. D'autre part, des prix de vente légèrement supérieurs au prix coûtant peuvent se justifier car ils permettent de contribuer à assurer une marge de couverture lorsqu'on tient compte des coûts marginaux. Des propositions émanant des milieux des arts et métiers et visant à fixer le seuil plus haut, c'est-à-dire d'ajouter au prix coûtant cinq pour cent ou plus de part aux frais généraux vont en revanche nettement trop loin, parce qu'elles rétréciraient par trop la fourchette des prix et garantiraient en quelque sorte des marges certaines. La fixation du prix coûtant comme valeur limite permettra, à l'avenir également, de conserver une large place à la calculation mixte, usuelle dans le commerce. Le Conseil fédéral est en outre d'avis que toute vente au-dessous du prix coûtant ne saurait être automatiquement qualifiée d'appel déloyal. Par exemple, la vente à bas prix de marchandises légèrement défraîchies ou d'articles démodés doit continuer à être admise. Ne tombera sous le coup de la disposition juridique que l'offre répétée au-dessous du prix coûtant et qui vise manifestement à créer une tromperie relative aux prix généralement offerts par le vendeur. Toutefois, afin que la nouvelle réglementation ne reste pas lettre morte, il est, en définitive, indispensable de prévoir certaines facilités relatives aux actions à intenter, puisque, pour des personnes extérieures à l'entreprise, le prix coûtant n'est pas sans autre discernable. La solution envisagée consiste à prévoir une présomption de tromperie et donc de renverser le fardeau de la preuve lorsque l'offre est inférieure à un prix coûtant réputé usuel dans le commerce pour des achats

comparables. Dès lors, il incombe au défendeur de réfuter la présomption de tromperie. Pour être complet, il convient de relever que le Conseil fédéral a examiné toute une série de variantes destinées à cerner la politique des prix d'appel avant de donner la préférence à la solution décrite ci-avant. Les variantes suivantes ont notamment été envisagées: irm

Définition du prix d'appel avec intention de tromperie sans renversement du fardeau de la preuve Agit de façon déloyale, celui qui offre à bas prix de façon réitérée un choix de marchandises, d'œuvres ou de prestations, trompant ainsi la clientèle sur ses propres capacités ou sur celles de ses concurrents. L'inconvénient de cette variante tient au fait que la preuve de tromperie n'est pas facile à apporter et que, par conséquent, les risques du procès pèsent unilatéralement sur le demandeur. Il est probable qu'une telle disposition n'apporterait guère d'améliorations par rapport à la situation actuelle et qu'en définitive le problème des prix d'appel ne serait pas résolu.

Définition du prix d'appel sans élément de tromperie Agit de façon déloyale, celui qui offre ou vend systématiquement au-dessous de leur prix coûtant des marchandises, des œuvres ou des prestations et les met particulièrement en valeur dans sa publicité. La vente au-dessous du prix coûtant est présumée lorsque le prix de vente est inférieur au prix coûtant pour des achats comparables du même article. Si le détenteur apporte la preuve du prix coûtant effectif, celui-ci est déterminant pour le jugement. Cette variante, dont l'élément principal tient au fait que la vente systématique à perte est qualifiée de déloyale, est certainement plus maniable que celle qui a été retenue dans le projet de loi. Malgré l'optique fonctionnelle de la LCD, des réserves tenant au droit constitutionnel et à celui régissant la concurrence parlent contre cette variante qui aurait pour effet pratique d'instaurer des prix minimums. Or, la libre formation des prix constitue un élément central de la liberté du commerce et de l'industrie. Par conséquent, la LCD ne saurait contenir une disposition dérogeant à cette liberté du commerce et de l'industrie (cf. ch. 4).

Disposition d'interdiction Une définition des prix d'appel dépourvue d'éléments de tromperie, mais conforme à la constitution, est possible sous forme d'une règle d'interdiction reposant sur l'article 31bis, 3e alinéa, lettre a, est. Dans ce cas, il serait interdit de vendre au consommateur à un prix inférieur au prix coûtant. La règle d'interdiction serait limitée au commerce de détail traditionnel qui devrait être alors qualifié de branche économique menacée dans son existence. Cette disposition pourrait trouver place dans la partie de la LCD qui concerne le droit administratif, ce sans référence à la protection de la loyauté de la concurrence. Pourtant, une règle de ce genre constituerait une intervention massive en matière de politique structurelle.

152.3 Protection des prestations

En dehors du champ d'application de la législation spéciale qui protège les

1078

biens immatériels (loi sur les droits d'auteur, loi sur les brevets, loi sur la protection des marques de fabrique et de commerce, loi sur les dessins et modèles industriels), les résultats d'un travail, c'est-à-dire le produit des efforts intellectuels et des dépenses matérielles, ne sont pas protégés. Il n'y a pas lieu de changer quoi que ce soit à cela, car on ne saurait protéger des idées, des méthodes, des conceptions, etc. Pourtant, il y a, dans le domaine contractuel et extracontractuel, certaines pratiques déloyales dans la reprise et la commercialisation des résultats du travail d'un tiers. Ainsi, dans certains secteurs de l'économie, il est usuel de remettre au client potentiel des offres très complexes comprenant des calculs, des plans de construction, des planifications, etc., et de le faire gratuitement en règle générale. Lorsqu'ensuite le mandat est exécuté, sur la base de la documentation précitée, par un tiers qui reprend les résultats du travail déjà fourni et qui peut donc offrir un

prix plus bas, il y a alors incontestablement comportement déloyal. On peut aussi supposer que le client utilise une documentation de ce genre dans sa propre entreprise. Aujourd'hui, aucune voie juridique satisfaisante n'est ouverte pour lutter contre de telles pratiques, car la construction juridique d'une responsabilité précontractuelle paraît trop incertaine. D'un autre côté, diverses raisons font qu'il n'est guère possible, sur le plan pratique, de s'assurer que le client n'utilisera pas l'offre en lui faisant signer un engagement avant de la lui soumettre. Dans le domaine extracontractuel, les techniques modernes de reproduction permettent à chacun d'utiliser directement pour sa propre production certains articles pouvant être obtenus partout et de fabriquer ainsi le produit final sans passer par des différents stades de production auxquels le producteur à dû s'astreindre. De cette manière, ce n'est pas tout à fait un article semblable au produit original qui est mis sur le marché; le concurrent s'approprie plutôt un article déterminé et le reproduit à un certain nombre d'exemplaires à l'aide de moyens techniques appropriés. On acquiert de la sorte un avantage sur la concurrence qui ne se justifie d'aucune manière. Les exemples les plus connus de comportements de ce genre à qualifier de déloyaux sont fournis par les fabricants d'impressions pirates qui copient et diffusent à l'aide de procédés de reproduction photo-mécanique des imprimés produits par des tiers et dont le contenu n'est pas protégé par le droit d'auteur. Il en va de même des enregistrements pirates servant ensuite à presser des disques. De surcroît, les cassettes vidéo, celles de musique, les programmes d'ordinateur ou la forme propre à certains produits techniques, tout cela peut se prêter dans un certain sens à la fabrication de duplicatas. Des interventions les plus diverses, y compris celles des milieux scientifiques, ont constamment souligné l'existence du problème posé par l'absence d'une protection des prestations. A cet égard, il faut mentionner en premier lieu le postulat Oehler du 15 décembre 1976 qui réclamait des mesures contre les impressions pirates. En ce qui concerne les plans de construction, les calculs techniques, les calculations de prix, les plans de réseau, 1079

les documentations relatives à des offres, etc., ce sont notamment le Vorort de l'Union suisse du commerce et de l'industrie et la Société suisse des constructeurs de machines qui ont fait part de la nécessité d'une telle protection. Les milieux scientifiques se sont particulièrement occupés de la question de la protection des prestations à l'occasion de la Journée suisse des Juristes de l'année 1977. Le professeur Mario M. Pedrazzini de Saint-Gall s'est alors avant tout concentré sur la prestation des interprètes, des fabricants de supports de son et des entreprises d'émissions radiophoniques ou télévisées et il a, à cet égard, préconisé l'adoption de mesures pour ces domaines dans le cadre de la législation spéciale qui régit les biens immatériels. De son côté, le professeur François Perret de Genève, dans une approche plus générale de cette problématique, a plutôt cherché dans le droit de la concurrence une solution parallèle aux lois existantes en matière de biens immatériels et il a rejeté l'idée de créer de nouveaux droits exclusifs. (Cf. Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, fase. 1 et 3, 1977). Le conflit existant ne peut être résolu de façon générale et dans toute son ampleur par le fait de concéder un droit d'exclusivité limité dans le temps, afin de protéger toute prestation obtenue par un certain effort intellectuel ou industriel. On créerait ainsi, au-delà des droits spéciaux existants, toute une série de nouveaux droits de monopole subjectifs, ce qui ne serait pas souhaitable pour le droit de la concurrence. Cependant, il ne serait pas possible de protéger, dans tous les domaines, les prestations contre des mesures de concurrence déloyale, parce que, d'après la conception du droit immatériel, il subsisterait toujours un *numcrus clausus* des biens protégés. 11 s'agit bien plus de pouvoir poursuivre en justice un comportement

concurrentiel qui est contraire au principe de la bonne foi. C'est pourquoi il importe de créer une protection générale des prestations, fondée sur le droit de la concurrence. Cela non seulement concorde avec une part importante de la doctrine qui estime que cette protection des prestations est déjà conférée par la clause générale de la LCD actuellement en vigueur, bien que cela n'ait pas été applicable sans autre dans la pratique. Mais encore, un tel postulat est en harmonie avec la conception du Tribunal fédéral qui a qualifié d'étrangère au droit d'auteur, mais relevant en revanche du droit de la concurrence, une disposition contenue actuellement dans la loi sur les droits d'auteur et qui vise à protéger les fabricants de supports de son (art. 4, 2e al, LDA; RS 231.1) (ATF 85 II439 et 87 II 335). Un recoupement avec les lois spéciales concernant le droit régissant les biens immatériels ou une extension, voire une perpétuation de cette protection juridique spéciale peut et doit être évité. Il ne faut notamment rien changer au fait qu'une œuvre protégée par le droit d'auteur puisse être librement utilisée par quiconque à l'expiration du délai de protection, ni au fait qu'une invention puisse être imitée, une fois éteinte la protection conférée par le droit des brevets. Il ne convient en aucun cas de créer une protection pour une nouvelle catégorie de biens juridiques, mais, au contraire, on doit se borner à qualifier de déloyal un comportement déterminé. 1080

152.4 Publicité déloyale La commission d'experts avait déjà constaté que la publicité est devenue plus agressive et plus suggestive et qu'elle a pris plus d'ampleur et d'importance (cf. ch. 142.24). Le consommateur est surtout fortement sollicité par elle dans sa vie quotidienne. Il est incontestable que la publicité revêt également une grande importance dans l'optique de l'économie en général. La publicité veut renseigner les consommateurs sur les marchandises et prestations offertes et leur permettre ainsi de comparer les différentes offres. Elle cherche à créer une transparence du marché et elle constitue l'un des fondements de la concurrence sur le marché parce qu'elle fait le lien entre la production et la consommation. Toutefois, seule la publicité loyale est utile au public. Les annonces et indications publicitaires déprisantes, fallacieuses, non pertinentes ou confuses influent inégalement sur les processus du marché et peuvent donc nuire au concurrent, au consommateur et à la collectivité. Il y a lieu de lutter contre de telles pratiques publicitaires. Le présent projet de loi est largement axé, en ce qui concerne les prescriptions de protection contre la publicité déloyale, sur la LCD en vigueur et il reprend donc les faits constitutifs qui ont donné satisfaction, à savoir le dénigrement, la réclame trompeuse, le danger de confusion, etc. Il est pourtant complété par deux faits constitutifs qui visent à cerner juridiquement des pratiques de vente inhabituelles, sciemment basées sur la tromperie (exploitation d'une situation de contrainte psychologique) et des méthodes de présentation de l'offre (dissimulation sur la qualité, la quantité, etc.). De par leur contenu normatif, ces deux faits constitutifs sont conçus en premier lieu pour protéger les consommateurs. En revanche, le fait constitutif de la publicité comparative vise, lui, à protéger et les concurrents et les consommateurs. Dans ce contexte, le projet de loi part de l'idée que la publicité comparative est en principe autorisée, compte tenu de sa fonction promotrice de la transparence des informations. Elle ne devient déloyale qu'au moment où la comparaison est inexacte, incomplète, trompeuse, inutilement blessante, etc. La formulation retenue dans le projet de loi correspond donc à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral en matière de publicité comparative (cf. ch. 123). Dans les réponses à la consultation sur l'avant-projet de loi, certains ont défendu l'idée selon laquelle une réglementation explicite de la publicité comparative était superflue, car celle-ci tombe suffisamment sous le coup des faits constitutifs de la réclame trompeuse et du

dénigrement. A cela, il convient d'opposer le fait que les comparaisons de marchandises et de prix sont toujours plus prisées, mais qu'en ce qui concerne les limites de la loyauté de ce comportement comparatif, la situation n'est pas toujours claire. C'est pour ces raisons que le Conseil fédéral estime qu'une réglementation est indiquée. Les nouvelles dispositions relatives à la publicité déloyale et comparative apportent une large harmonisation avec les directives de la Communauté Européenne (cf. ch. 13). 1081

152.5 Liquidations et primes Dans le domaine des liquidations, le projet de loi prévoit une nouvelle réglementation. Certes, l'obligation d'obtenir une autorisation cantonale pour les liquidations totales et partielles est maintenue; en revanche, les ventes spéciales seraient libérées de cette obligation. Les raisons de cet assouplissement sont que l'exécution de l'ordonnance du 16 avril 1946 sur les liquidations et opérations analogues (OL; RS 247.7) qui, elle-même, repose sur les articles 17 à 19 de la LCD actuelle, est devenue vraiment problématique. Des campagnes de vente, appelées aussi «actions», et d'autres formes de ventes spéciales ont pris de l'ampleur ces dernières années, tout comme se sont accrus les «soldes» ou ventes spéciales anticipées. Cela a non seulement entravé la vue d'ensemble et le contrôle de ces formes de vente, mais cela a du même coup abouti à ce qu'il n'est plus possible de poursuivre pénalement toutes les infractions dans ce domaine. A cela s'ajoute le fait que l'exécution de l'OL est totalement dans les mains des autorités cantonales et communales, ce qui a conduit à une application peu uniforme du droit. Ce que l'on considère dans un canton comme étant une violation de l'OL est autorisé ou toléré dans un autre. Dans le système actuel, il ne paraît plus possible d'assurer, dans le domaine des ventes spéciales, une exécution uniforme et conforme à l'égalité de traitement. La modification de l'OL en date du 15 mars 1971, qui a notamment entièrement libéré les ventes spéciales des denrées alimentaires et des assortiments de droguerie, n'a pas réussi à améliorer fondamentalement la situation, car dans d'autres secteurs du commerce de détail, la pression sur l'OL a continué de persister. Sur le plan politique, la motion Jaeger du 21 mars 1977 (cf. ch. 112.1) a souligné que la révision de l'OL, opérée en 1971, n'avait pas donné satisfaction. De surcroît, dans la pratique, des difficultés de délimitation entre l'OL et l'ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (OLP; RS 942.211) sont fréquemment constatées. Certes, l'idée force de ces deux ordonnances n'est pas la même. Cependant, comme toutes deux contiennent des prescriptions sur des prix doubles, il s'ensuit fréquemment des recoupements inopportuns qui compliquent encore l'exécution. Le domaine des liquidations ne saurait être considéré isolément des autres phénomènes de concurrence déloyale. En effet, ce domaine est en rapport direct avec la politique des prix d'appel et la publicité déloyale; les infractions de ce genre tomberont directement sous le coup des nouvelles dispositions contenues dans le projet de révision (cf. ch. 241.34; 241.35; 241.37). A la libération des ventes spéciales du régime de l'autorisation obligatoire, font donc face de nouvelles dispositions qui interdisent les conditions de vente et les offres trompeuses ainsi que les cas de publicité déloyale. De même, le domaine des primes doit être considéré en étroite liaison avec les normes de comportement prescrites par la LCD. Dès lors, les primes seront réputées déloyales lorsqu'elles ont pour effet de tromper la clientèle 1082

sur la valeur effective d'une offre. Le projet de loi contient une brève disposition qui va dans ce sens. Certes, les abus en matière de primes et cadeaux ont notablement reculé depuis la suppression des prix imposés (cf. ch. 111). Pourtant, il n'est pas exclu que dans d'autres conditions, les primes reprennent de l'importance. Cependant, compte tenu des

circonstances actuelles, il est possible de renoncer à la délégation de compétence que contient l'article 20 de la LCD en vigueur et qui permet au Conseil fédéral d'édicter une ordonnance relative aux abus en matière de primes et cadeaux. Du reste, le Conseil fédéral n'a jamais fait usage de cette compétence, avant tout pour des raisons d'ordre pratique.

152.6 Conditions générales commerciales Les conditions générales commerciales (CGC) sont des clauses contractuelles qui sont fixées par le vendeur dans des textes préformulés, afin de créer un ordre standardisé pour une série d'affaires individuelles; ce régime établit à l'avance de manière aussi précise que possible les droits et obligations réciproques des partenaires. Les contrats-types, qui sont utilisés aujourd'hui dans presque tous les domaines de l'économie comme base de chaque arrangement, constituent le reflet juridique des transactions en masse qui caractérisent notre époque moderne. Alors que la production et le chiffre d'affaires sont uniformisés et simplifiés par des mesures techniques ou d'organisation, les rapports juridiques sont rationalisés par les CGC. Compte tenu de l'organisation actuelle de l'offre de biens et services, tout particulièrement en relation avec le traitement électronique des données, ces conditions générales sont devenues indispensables et remplissent donc une fonction parfaitement légitime. Pourtant, le danger représenté par les CGC tient à leur caractère unilatéral inévitable, puisqu'un des partenaires dicte très largement à l'autre les conditions du contrat et n'est généralement pas disposé à négocier sur certains points, car cela réduirait à néant l'effet de rationalisation recherché. Pour le rédacteur du contrat, la tentation est par conséquent grande de limiter ses risques autant que possible et de renforcer dans la même mesure son statut juridique, ce au détriment de la position du partenaire. Par le biais des CGC, le vendeur peut - notamment dans le domaine des affaires de consommation — utiliser la marge de manœuvre que lui laisse le droit contractuel dispositif, de telle sorte qu'il en résulte un désavantage disproportionné pour le partenaire peu expérimenté ou économiquement plus faible. Souvent, la seule présentation graphique des formulaires de contrats standardisés lui complique, voire l'empêche d'être au clair sur les obligations auxquelles il va souscrire et sur les restrictions partiellement injustes des droits que la loi lui confère d'office. A ce sujet, la jurisprudence des tribunaux a été diverse en Suisse, puisqu'à partir du principe de la bonne foi (art. 2 CCS), les autorités judiciaires ont posé quelques exigences concernant le caractère obligatoire de l'insertion de CGC dans un contrat individuel; cette jurisprudence s'est surtout développée dans le domaine des clauses relatives au for (cf. ATF 104 I a 278 ss, 95 I a 321, 93 I 323 ss, 91 I 1083

11 ss). Dans ce sens, on a notamment reconnu que la «règle du caractère non usuel», selon laquelle une clause contractuelle à laquelle le partenaire acceptant ne devait raisonnablement pas s'attendre, reste non obligatoire (cf. ATF 96 V 1 ss). En outre, dans l'interprétation de CGC, le principe de la bonne foi a mis en évidence, dans ce domaine, la «règle des clauses obscures» d'après laquelle des clauses ambiguës doivent être interprétées à la charge de celui qui les a rédigées (cf. ATF 707 II 340, 700 II 153, 97 I 16, avec renvois qui ne concernent pas uniquement les CGC). Pourtant, la protection du client contre des CGC injustes est peu efficace. En effet, est toujours valable le principe selon lequel celui qui accepte des CGC, les reconnaît telles quelles, même s'il ne les a pas lues, car en les acceptant, il les a examinées tacitement. Les dérogations à la réglementation légale qui sont conçues unilatéralement en faveur du rédacteur du contrat - alors que cette réglementation réalise normalement une juste péréquation des intérêts en présence - remettent en question les conditions dont dépend fondamentalement la forme juridique de l'autonomie contractuelle des particuliers et mettent en péril le bon fonctionnement de notre système

juridique libéral. Dès lors, les CGC remplacent la loi édictée par les pouvoirs publics, loi dont elles reprennent de fait la fonction, sans toutefois en posséder la légitimité démocratique. Il naît alors une «législation sans législateur», un droit imposé par une des parties, c'est-à-dire partial. Cette évolution a suscité des réactions sur le plan national et international. Ainsi, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe s'est occupé à fond des clauses abusives dans les contrats de consommation ainsi que de méthodes de contrôles appropriés; il a enfin adopté à ce sujet la Résolution (76) 47 (cf. eh. 13). A l'échelon national, diverses interventions politiques ont eu lieu sur ces problèmes, par exemple la question ordinaire Welter du

E. 19

septembre 1977 (77.738), le-postulat Luder du 29 novembre 1977 (77.380), la motion Aider (78.577) transformée le 19 septembre 1979 en postulat par les deux Chambres, ainsi que la question ordinaire Jaggi du 9 juin 1982 (81.679). Dans ses réponses à ces interventions, le Conseil fédéral a admis la nécessité de lutter, par des mesures appropriées, contre les abus provenant des CGC, mais il s'est prononcé contre une législation spéciale qui régirait les conditions générales commerciales ou contre un complément des dispositions générales du code des obligations. Compte tenu des expériences qui ont été faites en République fédérale d'Allemagne avec la loi de 1977 sur les CGC, le Conseil fédéral continue à ne pas croire que le problème des clauses contractuelles abusives ou incorrectes ne peut être résolu que par une législation spéciale complexe ou par des profondes modifications du droit des contrats. Les expériences de la RFA montrent qu'il s'agit en premier lieu de mettre les parties au contrat en situation de veiller elles-mêmes à une pratique contractuelle loyale. La majorité des cas pourrait trouver une solution résultant d'un commun accord, une fois admis le principe selon lequel on ne devrait pas déroger aux règles du droit dispositif sans nécessité ni au détriment de la partie contractante plus faible; il conviendrait également de créer les possibilités de négocier à ce sujet entre partenaires égaux. Cela vaut notamment dans le domaine des contrats de consommation, mais cela peut aussi être très important dans les 1084

relations entre partenaires commerciaux dont la force économique est inégale. La position de la partie plus faible est surtout renforcée - comme le montre la pratique scandinave - par le fait qu'on lui donne des moyens de procédure lui permettant de mieux faire valoir d'éventuelles contestations tant sur le plan judiciaire qu'extrajudiciaire. Le droit d'intenter action qui est conféré aux organisations de consommateurs et aux associations économiques constitue un élément essentiel de cette conception. Celle-ci voit moins la solution de ces problèmes dans des normes juridiques détaillées quant au fond que dans une application efficace des principes à respecter en la matière. L'article du présent projet de loi qui précise la finalité ainsi que la clause générale embrassent expressément aussi les consommateurs comme étant des sujets bénéficiant de la protection de la LCD. Cela signifie que le dernier acheteur mérite considération en tant que destinataire de l'acte de concurrence, qu'il est reconnu comme partenaire à part entière sur le marché et qu'il jouit de la protection de la loyauté. Cette orientation est par ailleurs conforme à la lettre et à l'esprit de l'article constitutionnel sur la protection des consommateurs (31sexies est.). Selon le 2^e alinéa de cet article, les organisations de consommateurs ont, en matière de LCD, les mêmes droits que les organisations économiques et professionnelles. De surcroît, les droits d'intenter action conférés à ces associations et organisations sont formulés plus directement (cf. eh. 242.2) et, dans l'optique de l'article 31sexies, 3^e alinéa, est., est prévue une procédure de

conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide (cf. ch. 243.2), Des raisons objectives et juridiques font qu'il est naturel de réglementer les CGC dans la LCD. Le Conseil fédéral a donc saisi l'occasion de la révision de la LCD pour résoudre dans la présente loi les problèmes les plus brûlants qui résultent de l'abus des CGC. Il estime qu'il est indiqué de commencer par imposer cette variante relativement simple, doublée de moyens de procédure améliorés, et de lui donner la chance de s'imposer dans la pratique. Si cette solution ainsi que les normes plus impératives qui sont prévues dans des domaines particulièrement sensibles (petit crédit et droit de bail) ne devaient pas améliorer suffisamment la situation en matière de CGC, il faudrait alors réexaminer les chances offertes par de nouvelles mesures législatives prises par exemple au titre de la partie générale du droit des obligations. Le présent projet de loi prévoit, pour les raisons évoquées ci-avant, une disposition qui devrait permettre un réexamen plus efficace de la validité et de l'équité des conditions générales commerciales sous l'angle du droit régissant la concurrence. Dans ce contexte, serait déterminant, par rapport aux règles de la loyauté, le point de vue du camouflage et l'élément de surprise. Par ailleurs, cette solution a déjà été abordée et traitée à fond par la théorie juridique (Walter Sticher, *Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem*, thèse, Saint-Gall 1981). 152.7 Protection conférée par le droit civil et pénal A divers endroits (cf. ch. 122; 142.27), il a été expliqué que l'amélioration 71 Feuille fédérale. 135= année. Vol. II 1085

des instruments de procédure revêt une importance décisive si l'on veut doter les règles de la LCD d'un véritable impact. En effet, les normes juridiques conférant une protection de fond ne peuvent être efficaces que si les droits des personnes et des milieux concernés peuvent s'imposer relativement facilement et sans trop grand risque par les voies de droit. La crainte d'une longue procédure, les pertes de temps qui s'ensuivent et les frais de procès élevés qui en découlent pour une valeur litigieuse souvent minime dissuadent des concurrents économiquement plus faibles et des consommateurs également d'intenter action. Dès lors, de nombreux agissements de concurrence déloyale restent impunis. Le présent projet de loi vise à améliorer les instruments d'application selon trois axes: élargissement de la qualité pour intenter action, simplification et accélération de l'exercice des droits et, enfin, intensification de la surveillance publique, c'est-à-dire insertion de l'administration dans l'exécution. L'élargissement de la qualité pour intenter action se répercute sur les droits du consommateur individuel, des organisations de consommateurs et des associations professionnelles et économiques. Les organisations et associations précitées disposeraient désormais d'un droit direct d'intenter action, indépendamment du droit de leurs membres à le faire. En vertu déjà de la constitution (art. 31^{TMCS}, 2e al, est.), les organisations de consommateurs ont, dans le domaine de la LCD, aujourd'hui les mêmes droits que les associations professionnelles et économiques. Cette norme constitutionnelle, qui est directement applicable, trouve donc, dans le projet de révision, sa concrétisation sur le plan légal. Outre les problèmes liés à la qualité pour intenter action, les autres motifs évoqués ci-avant suscitent fréquemment, chez le simple citoyen plus spécialement, des difficultés qui le détournent de l'usage de la voie de droit. Afin d'apporter une aide à cet égard ainsi que de simplifier et d'accélérer l'exercice des droits, le présent projet de loi prescrit aux cantons de prévoir une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide pour les litiges relevant de la concurrence déloyale. A l'heure actuelle déjà, les cantons ont un mandat constitutionnel les enjoignant d'ordonner une telle procédure dans les litiges résultant de contrats entre les consommateurs et les vendeurs (art. 31^{TMes}, 3e al., est.). On prévoit donc d'appliquer également cette procédure aux difficultés

provenant de la concurrence déloyale. Cela permettra aux cantons de coordonner et d'uniformiser les voies de droit relatives aux prétentions découlant de la LCD et à celles relevant de l'article 3 Isexies, 3e alinéa, est. Puisque la sauvegarde d'une concurrence loyale et non faussée va dans le sens de l'intérêt général (cf. ch. 151.2), il est indiqué de ne pas faire reposer la lutte contre la concurrence déloyale sur la seule initiative privée. Certes, on escompte que la meilleure conception et présentation des droits d'intenter action qu'auraient dorénavant les individus et les associations vont concourir à renforcer la protection de la concurrence, mais ni les intérêts des particuliers ni ceux des organisations de consommateurs et des associations économiques n'équivalent automatiquement à l'intérêt public. C'est pourquoi le projet prévoit d'innover en instaurant du droit d'intenter action 1086

en faveur de la Confédération. La Confédération pourrait en user dans la mesure où l'intérêt public au maintien d'une concurrence loyale l'exigerait. Cela serait le cas lors d'infractions à la LCD d'une grande portée économique ou d'une importance cruciale. Pourtant, la Confédération ne pourrait intenter action que lorsque les faits en question concerneraient une branche économique toute entière. Dès lors, la Confédération pourrait effectuer spontanément les enquêtes nécessaires. Par ailleurs, la Confédération aurait, dans la procédure, le même statut qu'un particulier et ses droits se limiteraient à la constatation de l'illicéité, à la cessation et à la suppression de l'état contraire au droit. Etant donné que déjà selon le droit actuel (FF 1942 673), le but de la LCD est surtout de protéger la concurrence elle-même d'une dégénérescence, le droit d'intenter action qui serait conféré à la Confédération constituerait une mesure parfaitement conforme à notre système et de surcroît propre à le sauvegarder. Pour ce qui est de la protection conférée par le droit pénal, le système actuel est repris. D'après lui, n'est pénalement punissable qu'une infraction correspondant à un fait constitutif concrètement défini et non pas une infraction à la clause générale. En revanche, de nouveaux faits constitutifs seraient ajoutés et pourraient donc faire l'objet de sanctions pénales, à l'exception du fait constitutif relatif aux CGC. Conformément à l'orientation fondamentale de la LCD vers le droit civil, il ne s'agit que de délits poursuivis sur plainte en ce qui concerne les faits constitutifs pénaux. Hormis pour la Confédération, le droit d'intenter l'action civile implique également celui de déposer plainte pénale. Les délits poursuivis d'office seraient, comme par le passé, relatifs au domaine de l'indication des prix aux consommateurs et aux prescriptions sur les liquidations. Pour des motifs relevant de la prévention, les peines prévues pour les délits de concurrence déloyale ont été aggravées. 153 Renonciation à certaines dispositions existantes 153.1 Renonciation à une responsabilité spéciale de la presse La LCD actuellement en vigueur prévoit à son article 4 un statut spécial pour la presse en ce qui concerne les actions en constatation du caractère illicite de l'acte, en cessation de cet acte et en suppression de l'état de fait. Ces actions sont, à l'opposé de l'action en réparation du dommage et du tort moral, en principe indépendantes d'une faute et on pourrait les faire valoir sans prescription spéciale également contre des personnes actives dans la presse et ayant participé à un agissement de concurrence déloyale. Afin de soulager la presse, l'article 4 de la LCD fait dépendre les droits d'intenter action contre elle en constatation du caractère illicite de l'acte, en cessation de cet acte et en suppression de l'état de fait de certaines conditions seulement (1er al., let. a, d et c) (cf. message à l'appui d'une loi fédérale sur la concurrence déloyale [FF 1942 699 ss]; Bruno von Buren, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, Zürich 1957, p. 187 s.) Ainsi, la responsabilité civile de la presse est limitée à certains cas bien déterminés, de 1087

façon analogue à sa responsabilité pénale (art. 27 CP) et il est dès lors prévu une responsabilité en cascade, ce qui fait que «ce n'est pas sans étonnement que l'optique du droit pénal a été reportée sur le droit civil» (von Buren, p. 187, cit. trad.). La commission d'experts avait déjà envisagé de biffer de la LCD la responsabilité spéciale de la presse. Mais, étant donné que la question de la responsabilité des médias devait aussi être traitée à l'occasion de la révision du droit de la personnalité (art. 28 CCS) et qu'alors ces travaux de révision n'étaient pas encore pleinement en train, la commission d'experts décida de reprendre provisoirement l'article 4 LCD et de retendre aux moyens électroniques. Elle releva cependant que des retouches pourraient se révéler nécessaires en rapport avec la révision du droit de la personnalité. De même, lors de la procédure de consultation, il a été demandé de coordonner la responsabilité des mass médias en matière de concurrence déloyale avec, à tout le moins, la responsabilité en cas de violation des conditions personnelles. La reprise de la responsabilité en cascade provenant du droit pénal (art. 27 CP) dans les dispositions de droit civil de la LCD a donc été critiquée. Dans l'intervalle, le message du Conseil fédéral concernant la modification du code civil suisse (protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO; FF 7952 II636 ss), a été publié et ce projet a déjà été adopté par le Conseil des Etats lors de la session de printemps de cette année, avec quelques modifications mineures. Ce projet de loi sur la protection de la personnalité renonce à prévoir une réglementation privilégiée de la responsabilité en faveur des médias. A ce sujet, le message explique ce qui suit (FF 1982 11681): On ne voit pas en effet pour quelle raison il y aurait lieu de reconnaître des privilèges particuliers en ce domaine. La victime doit pouvoir agir contre toute personne qui lui porte atteinte et il lui appartient à elle seule de choisir celle contre laquelle elle entend procéder. Il est probable que, pour des raisons pratiques, elle s'en prendra immédiatement à la personne qui, par la position qu'elle occupe, est la mieux à même de faire cesser l'atteinte et par la suite d'endosser la responsabilité pour le préjudice qui a été causé. Ces réflexions valent également pour la concurrence déloyale. Pourquoi une personne qui a été touchée par une action déloyale provenant des médias ne pourrait-elle pas procéder, en intentant action de la même manière qu'elle le ferait contre d'autres responsables d'une concurrence déloyale? Une telle limitation de la responsabilité des médias ne se justifie que difficilement. Mais ce qui est également décisif pour l'abandon de l'actuel article 4 de la LCD, c'est le fait que le projet de loi sur la protection de la personnalité met les médias sur un pied d'égalité avec toute autre personne en matière de responsabilité. Il serait en effet incompréhensible de voir les médias assumer leur pleine responsabilité en cas de violation des droits de la personnalité, tandis qu'ils seraient en revanche en situation privilégiée en cas d'infraction à la LCD. En renonçant à l'article 4 LCD, le présent projet de loi s'harmonise donc au projet de loi sur la protection de la personnalité et vise à assumer une réglementation uniforme de la responsabilité des 1088 médias. Cette solution est d'autant plus judicieuse que les médias seraient désormais protégés de façon particulière en matière de mesures provisionnelles (cf. ch. 243.3). En ce qui concerne les droits à la réparation du dommage et du tort moral causée par la presse, l'article 4, 2e alinéa, LCD en vigueur renvoie aux dispositions du CO, Cela signifie que, déjà selon le droit actuel, les responsables de la presse doivent répondre pleinement de la réparation du dommage et du tort moral en cas de faute de leur part. Le fait de biffer cette disposition n'apporte donc aucun changement de fond en ce qui concerne ces droits. La responsabilité découle du renvoi général au CCS et au CO (art. 15 projet) ainsi que de l'article 8, 3e alinéa, du projet de loi.

153.2 Renonciation à des dispositions spéciales concernant la prescription

L'article 7, LCD, règle la prescription fondée sur le droit civil en

s'inspirant sur l'article 60 CO et en fixant deux délais de prescription, l'un relatif et l'autre absolu. Tandis que le délai relatif est d'un an, tout comme dans le CO, le délai de prescription absolu est fixé à cinq ans en dérogation à celui du CO (dix ans). Le message de 1942 à l'appui de la LCD (FF 1941 702) justifie cette dérogation en invoquant les délais de prescriptions relativement courts qui sont prévus dans les domaines voisins de la propriété intellectuelle. Aujourd'hui, cela n'est plus guère le cas qu'à certaines conditions. La nouvelle loi sur les brevets d'invention (LBI; RS 232.14) renvoie, à son article 73 qui concerne l'action en réparation du dommage subi, au code des obligations selon lequel la prescription au sens de l'article 60 CO est de un ou dix ans. Selon l'article 44 de la loi sur le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques (LDA; RS 231), la responsabilité fondée sur le droit civil pour violation de cette loi relève des dispositions générales du code des obligations, et plus précisément de l'article 60 CO. La loi sur les dessins et modèles industriels (LDMI; RS 232.12) reste muette sur la prescription de droit civil et permet donc d'appliquer également l'article 60 CO. L'article 28, 4e alinéa, de la loi concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, les indications de provenance et les mentions de récompense industrielle (LMF; RS 232.11) indique une prescription de deux ans, puisque ce délai ne restreint manifestement pas uniquement la poursuite pénale, mais encore l'action civile. En dehors de la LMF, toutes les autres lois qui protègent la propriété industrielle et les droits d'auteur concordent avec les règles de prescription fixées à l'article 60 CO. En vue d'une harmonisation, il convient donc d'adapter les dispositions relatives à la prescription contenues dans la LCD à celles figurant dans le code des obligations. Cette conception prévaut également dans la doctrine (cf. von Buren, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, p. 196). Trailer (Immaterialgüterrecht, vol. II, 2e éd., Baie/Stuttgart 1971, p. 1145) fait remarquer à ce sujet 1089

qu'on ne comprend pas pourquoi les délais de prescription dans l'ensemble du domaine du droit régissant les biens immatériels et la concurrence déloyale ne pourraient pas être réglés uniformément et, de surcroît, harmonisés aux prescriptions du code des obligations et du code pénal (cil. trad.). Par ailleurs, la teneur de l'article 7 LCD n'est pas satisfaisante, parce qu'il ne distingue pas entre les actions proprement défensives (actions en suppression de l'état de fait, en cessation de l'acte, en constatation de son caractère illicite), et les actions réparatrices que constituent la réparation du dommage et celle du tort moral. Un principe général, également valable dans le cadre de la LCD (message de 1942 [FF 1942 704]; von Buren, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, p. 197) veut que les actions défensives ne tombent pas sous le coup de la prescription. Celui qui est atteint ou menacé peut agir aussi longtemps que l'atteinte ou la menace persiste. Le présent projet de loi renonce donc, pour les motifs explicités ci-avant, à reprendre les dispositions spéciales de l'article 7 LCD en matière de prescription. A l'article 9, 3e alinéa, du projet de loi (cf. ch. 242.1), il est fait allusion aux dispositions du code des obligations en ce qui concerne l'action en réparation du dommage et du tort moral ainsi que pour l'action en remise du gain; là encore, les délais de prescription figurant dans le CO sont prévus. Cette solution a l'avantage d'adapter la réglementation de la LCD dans le domaine de la prescription à celle qui se trouve dans la LBI, la LDA et la LDMI.

E. 21

Remarques liminaires Dans les pages qui suivent, les dispositions du projet de loi (P) seront expliquées et commentées. L'accent sera mis sur les dispositions nouvelles ou sur celles

qui sont modifiées par rapport à celles de la loi encore en vigueur. Dans la mesure où le projet contient des dispositions qui ont été reprises de la LCD actuelle, sans modification de fond, le lecteur est prié de se reporter aux précédents messages du Conseil fédéral (FF 1942 661, 1978 I 145). Le projet de loi comporte cinq titres. Le titre premier expose le but de la loi. Le titre deuxième contient les dispositions de droit civil et de procédure. On y définit les faits constitutifs de la concurrence déloyale. En outre, la qualité pour intenter action y est précisée. Enfin, des dispositions du droit de la procédure y figurent dans la mesure nécessaire. Le titre troisième est consacré aux dispositions de droit administratif. Parmi elles, il y a les prescriptions sur l'indication des prix et sur les liquidations. De plus, la compétence de la Confédération en matière d'enquêtes visant à garantir la loyauté de la concurrence y est réglée. Le titre quatrième contient les dispositions pénales applicables à l'ensemble de la loi, tandis que le titre cinquième réunit les dispositions finales. 1090

E. 22

Titre et préambule La loi actuelle s'intitule «loi fédérale sur la concurrence déloyale». Mais, puisque la loi doit régler la concurrence loyale et non celle qui est déloyale, le titre de la loi a été précisé et modifié en «loi fédérale contre la concurrence déloyale». Avec l'adoption de l'article 31^{sexks} est. sur la protection des consommateurs, le 14 juin 1981, par le peuple et les cantons (RO 1981 1244; FF 1981 111216), la Confédération peut prendre des mesures pour protéger les consommateurs tout en sauvegardant les intérêts généraux de l'économie nationale et en respectant le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Ainsi, les dispositions de la LCD qui sont orientés vers la protection des consommateurs acquièrent une base constitutionnelle supplémentaire. L'article 31^{sexks}, 1^{er} alinéa, est., octroie en outre aux organisations de consommateurs les mêmes droits dans le domaine de la législation sur la concurrence déloyale que ceux dont jouissent déjà les associations professionnelles et économiques. Cette disposition constitue donc aussi une base constitutionnelle supplémentaire en faveur du droit d'intenter action, conféré désormais par la LCD aux organisations de consommateurs. C'est pourquoi le préambule innove en mentionnant aussi explicitement l'article 31 SCX10S est. Les autres bases constitutionnelles déjà citées dans le préambule (art. 31bis, 2^o L' al., 64 et 64bis est.) restent inchangées.

E. 23

But (art. 1er) L'article 1er illustre l'approche fonctionnelle propre à la LCD et met en évidence l'idée directrice et fondamentale de cette loi: protection de la concurrence loyale et non faussée «dans l'intérêt de tous les milieux concernés». Cette adjonction élargit le cercle des sujets ainsi protégés. Le rôle des consommateurs, en tant que destinataires et coacteurs de la concurrence, est précisé, tandis que la tridimensionnalité du droit de la concurrence - égale valeur des intérêts, de l'économie, des consommateurs et de la collectivité - est mise en lumière. De cet article premier sur le but, on escompte qu'il ouvre de nouvelles perspectives, notamment dans l'interprétation et la concrétisation de la clause générale (art. 2 P).

E. 24

Dispositions de droit civil et de procédure 241 Illicéité de la concurrence déloyale 241.1 Généralités A l'opposé de la loi actuelle, le présent projet de loi sépare la clause générale (art. 2 P) des faits constitutifs spéciaux (art. 3 à 8 P). L'énumération non exhaustive d'agissements typiquement déloyaux est en outre subdivisée en différentes catégories et les divers groupes trouvent partiellement place dans un article spécial. On obtient ainsi une

meilleure vue d'ensemble, ce 1091

qui facilite du même coup la localisation d'un état de fait. Le catalogue des différents comportements (art. 3 à 8 P) qui sont contraires aux règles de la bonne foi se borne à énumérer quelques exemples sans prétention exhaustive (FF 1942 686). C'est pourquoi dans l'article qui contient les faits constitutifs, l'expression «agit de façon déloyale, celui qui, notamment, ...» vient en tête. Les nouveaux faits constitutifs tels que la politique des prix d'appel, la protection des prestations, etc., répondent aux préoccupations des milieux économiques les plus divers qui ont désiré cette concrétisation. Ces faits montrent à l'évidence que sans cesse des cas de comportements déloyaux en matière de concurrence peuvent se manifester sans qu'ils tombent déjà sous le coup d'une disposition juridique spéciale. Compte tenu de cette réalité, il importe d'autant plus d'examiner, dans la perspective de la clause générale, les comportements apparemment déloyaux et qui ne tombent pas sous le coup d'un fait constitutif spécial. 241.2 Principe (art. 2) "L'article 2 du projet contient la clause générale qui figure désormais dans un article séparé. Le système de la clause générale tient fort bien compte des mutations rapides dans les conditions de concurrence, étant donné qu'une énumération quelque peu exhaustive des faits constitutifs de la concurrence déloyale n'est pas possible (cf. ch. 152.1). La clause générale constitue, parce qu'elle rassemble en elle les principaux éléments de faits, la base légale permettant de juger tous les cas qui ne sont pas réglés dans les faits constitutifs particuliers. Par là même, elle permettra de prévenir ou de lutter contre les nouveaux abus qui pourraient surgir. Parce que la clause générale doit suffire à remplir cette fonction importante et qu'il incombe au juge de concrétiser la clause générale de manière appropriée, certaines notions qui ont, dans le passé, permis des interprétations restrictives (notamment les termes de procédé et d'abus), ont été remplacées ou précisées par une interprétation plus conforme à notre temps (p. ex. la bonne foi). La clause générale doit être considérée en étroite liaison avec l'article premier, car c'est en elle que se concrétisent la déloyauté et l'illicéité en tant qu'elles sont opposées à la concurrence loyale et non faussée qui mérite protection. Dans ce contexte, les règles de la bonne foi continuent à occuper une position cruciale. La violation de la bonne foi doit donc être entendue comme une définition générale et comme une caractéristique de tous les comportements déloyaux en matière de concurrence (cf. ch. 152.1). La clause générale mentionne, à l'instar de l'ancienne loi, la tromperie comme cas spécial d'un comportement contraire à la bonne foi. La mention de la tromperie a uniquement un caractère d'exemple et ne signifie pas qu'une intention de tromper ou une tromperie achevée appartienne à la définition de la concurrence déloyale (FF 1942 685 s.). La clause générale fait donc allusion à l'élément particulier de la tromperie, parce qu'il est fré-

quent, en matière de concurrence déloyale, que les concurrents ou les clients aient affaire à une tromperie. La violation de la bonne foi s'exprime dans des comportements ou dans des pratiques commerciales qui influent sur les rapports entre les concurrents ou entre les fournisseurs et les clients. Les expressions «comportements» et «pratiques commerciales» remplacent le terme «procédé» (en allemand «Mittel») de la clause générale actuelle; ces «moyens» ont eu tendance à être interprétés de façon restrictive. Ces nouvelles notions permettront d'atteindre une certaine généralisation, puisque sera également englobé le comportement qui interviendra déloyalement dans la concurrence et la faussera, avec ou sans recours à des moyens spéciaux. En outre, la notion de comportement qui doit s'entendre dans le sens d'influence sur les relations de concurrence permettra d'inclure également des agissements de tiers, importants pour la concurrence, mais qui ne rentrent

pas directement dans le jeu de la concurrence, soit du côté des concurrents, soit de celui des clients. Le cercle des auteurs d'agissements importants pour la concurrence sera donc étendue. Il est parfaitement envisageable que des organisations de consommateurs puissent également influencer déloyalement la concurrence en publiant des tests comparatifs ou en parlant d'articles de presse, d'émissions de radio ou de télévision. L'extension du domaine protégé en vertu de la LCD à de plus larges milieux a pour conséquence de faire en sorte que ces milieux devront assumer leurs responsabilités et pourront être amenés à se justifier pour cause d'influence déloyale sur la concurrence. L'intention d'appréhender de façon large le cercle des auteurs possible n'est par ailleurs pas nouvelle. Le message de 1942 au sujet de la LCD (FF 7942 685) constate que la concurrence déloyale peut n'être pas uniquement le fait des concurrents, mais que la loi est également applicable lorsque des tiers ou des associations interviennent dans la concurrence en faveur de certaines entreprises (de même, O.A. Germann, *Concurrence déloyale*, Zurich 1945, p. 334 s.). Cette conception est précisée dans certains faits constitutifs de l'actuelle LCD où il est expressément fait mention de l'activité de tierces personnes (cf. p. ex. art. 1^{er}, 2^e al., let. b, LCD). La nouvelle formulation de cet article précise très nettement et de façon définitive que le cercle des auteurs potentiels d'une concurrence déloyale sera désormais beaucoup plus large; il est ainsi inutile de mentionner explicitement des tiers lorsqu'il s'agit d'un comportement n'impliquant pas une position concurrentielle. De même, la vieille querelle au sujet de la nécessité d'une relation de concurrence pour l'application de la LCD deviendra ainsi sans objet. La doctrine a relevé, depuis un temps certain, que l'exigence d'une relation de concurrence aboutissait à des restrictions inopportunes (Max Kummer, *Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlautern und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb*, Berne 1960, p. 24 ss; plus récemment, Wolfgang Hefermehl, *Das Prokrustesbett «Wettbewerbssverhältnis»*, Festgabe für Kummer, Berne 1980, p. 345 ss). Avec l'expression «pratiques commerciales», l'élément économique qui est propre à tout acte de concurrence est ainsi inclus dans le projet de loi. Bien que la pratique commerciale au sens strict soit englobé par la notion de 1093

«comportement», il importe pourtant de mentionner séparément ces pratiques pour la raison invoquée ci-avant. Le comportement ou la pratique commerciale contraire à la bonne foi doit être propre à influencer la relation entre concurrents ou celle entre fournisseur et client. Les rapports de concurrence qui sont déterminants sont ainsi définis. Par «client», on n'entend pas seulement le consommateur, mais encore les échelons économiques précédents, puisqu'il est envisageable qu'un comportement déloyal puisse aussi avoir des conséquences pour ces relations. De la sorte, il sera également possible d'avoir prise sur des actes de concurrence déloyale qui porteront sur plusieurs niveaux économiques.

241.3 Méthodes déloyales de publicité et de vente et autres comportements illicites (art. 3)

Cet article rassemble des faits constitutifs particuliers provenant surtout de mesures visant à promouvoir la publicité, l'écoulement et les ventes. Il s'agit du premier recoupement de faits constitutifs.

241.31 Dénigrement (let. a)

L'article 3, lettre a, définit le fait constitutif du dénigrement et correspond très largement à l'article 1^{er}, 2^e alinéa, lettre a, LCD en vigueur. Est pourtant mentionné pour la première fois le fait qu'un concurrent puisse également être dénigré sous forme d'allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes concernant les prix de ses marchandises, de ses œuvres ou de ses prestations. L'adjonction de l'expression «ses prix» a été opérée par analogie avec la lettre b, afin d'éviter le danger d'une interprétation divergente qui ne serait pas à exclure si les prix étaient mentionnés spécialement dans un fait constitutif et ne l'étaient pas dans un autre. La formation très large

de la clause générale (cf. ch. 241.2) tient compte du fait que des tiers peuvent également influencer ou perturber déloyalement les rapports de concurrence. Dans le cas concret, cela signifie qu'un dénigrement peut être commis par des personnes, des organisations ou des associations qui ne sont pas elles-mêmes des concurrents. Ce qui est décisif, c'est le fait de savoir si les allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes entravent de manière inadmissible la position commerciale de celui qui est attaqué ou les relations de concurrence. 241.32 Réclame trompeuse (let. b) Des indications inexactes ou fallacieuses en faveur de son propre commerce constituent le pendant du dénigrement d'autrui. La présente disposition 1094

correspond, dans une large mesure, à l'article 1er, 2e alinéa, lettre b, LCD. Est cependant nouvelle la mention d'indications déloyales concernant les prix, ce qui permet une meilleure couverture des agissements dans ce domaine par la LCD. Ce qui est également nouveau et englobé dans ce fait constitutif, ce sont les indications inexactes ou fallacieuses sur sa propre entreprise et sa raison de commerce. L'inclusion de ces deux éléments dans la présente disposition répond à une proposition de l'Office fédéral du registre du commerce et des régimes matrimoniaux qui souhaite que soient édictées des prescriptions relatives à l'obligation de faire usage de sa raison de commerce. Selon cette obligation, le responsable de la maison de commerce est tenu d'utiliser la raison sociale sous laquelle la maison de commerce a été inscrite au registre du commerce (ATF 103 IV 202). Cet arrêt du Tribunal fédéral poursuit: 11 ne servirait à rien de faire en sorte qu'au registre du commerce la maison soit inscrite sous une forme qui excluerait toute tromperie si, par la suite, il était permis à l'entreprise d'utiliser une raison de commerce qui diffère de celle sous laquelle elle est inscrite ... Par usage de la raison de commerce, il faut entendre toute utilisation en rapport direct avec l'activité commerciale, par exemple l'utilisation sur des enseignes commerciales et sur du papier commercial, notamment les catalogues, les prix-courants, les prospectus, les cartes de recommandation, ainsi que l'usage d'en-têtes de lettres avec le sigle de la firme, y compris dans les livres d'adresses ou les annuaires téléphoniques ... (cit. trad.) Afin que ce principe de l'obligation d'indiquer la raison de commerce soit mieux respecté, on a complété la lettre b. Il doit être possible de pouvoir établir sans difficulté l'identité de l'entreprise à partir de son nom utilisé dans les relations commerciales et d'une comparaison avec l'inscription au registre du commerce. Dans le cas contraire, le fait constitutif propre à la présente disposition existe bel et bien. Contrairement au dénigrement qui peut être le fait de n'importe quelle personne, il est justifié, s'agissant de la réclame trompeuse, qui est nécessairement le fait d'un offrant, de mentionner explicitement la participation possible de tiers (cf. ch. 241.2). Le non-concurrent qui vante sans fondement les prestations d'un offrant favorise en effet «un tiers». 241.33 Abus de titres et dénominations professionnelles; confusions (let. c et d) La lettre c règle, sous l'angle de la concurrence, l'utilisation de titres ou de dénominations professionnelles inexacts. Cette disposition correspond, à une exception près, à l'actuel article 1er, 2e alinéa, lettre c, LCD. Il se pose la question de savoir si, indépendamment de la protection des titres dans les relations commerciales, il conviendrait aussi de réglementer par le biais du droit fédéral l'usage purement personnel de titres, notamment sur le plan social. Conformément au mandat découlant du postulat 1095 Muheim du 4 mars 1981 concernant la protection des titres (81.316), le Conseil fédéral a examiné cette question et il est arrivé à la conclusion que l'usage purement personnel de titres ne saurait être réglé dans la LCD, compte tenu de la finalité de cette loi. Il est d'avis qu'il ne serait pas justifié d'édicter de nouvelles prescriptions de droit fédéral qui iraient

au-delà des réglementations existantes (art. 148 CP: escroquerie; art. 251 ss CP: faux dans les titres; art. 2 et 13 LCD; art. 24, let. f, loi sur la protection des marques de fabrique et de commerce). D'une part, une protection plus large de droit fédéral n'entrerait en ligne de compte que si des certificats fédéraux de capacité existaient pour tous les genres de professions (cf. réglementation pour le personnel médical, pour les ingénieurs EPF, ainsi que dénominations professionnelles et titres réglementés dans la loi sur la formation professionnelle ainsi que dans d'autres lois). D'autre part, divers cantons punissent l'abus de titres universitaires selon des dispositions figurant dans leur loi d'introduction au code pénal suisse. En vertu de l'article 33, 1er alinéa, est., les cantons restent libres d'édicter des règles de police pour protéger, par le biais du droit public, les titres et dénominations professionnelles. De même, en vertu de leur souveraineté, les cantons peuvent aussi imposer un registre dans ce domaine. La lettre d règle les cas dans lesquels il y a danger de confusion avec des marchandises, des œuvres, des prestations ou avec l'activité commerciale d'autrui. Ce fait constitutif est également repris, pratiquement sans modification, de l'actuelle LCD (art. 1er, 2e al., let. d). 11 y a la même correction d'ordre rédactionnel que celle qui figure à la lettre c. Etant donné que l'intention de confusion n'est pas nécessaire, mais qu'il suffit qu'il y ait objectivement danger de confusion pour que la déloyauté existe, on a donc pu renoncer à une précision devenue inutile. Par conséquent, le comportement est déloyal lorsqu'il est propre à faire naître une confusion. Que cela soit intentionnel, cela joue tout au plus un rôle dans la réparation du dommage, puisque ce n'est qu'à ce moment là qu'on se fonde sur l'élément subjectif, à savoir sur la faute.

241.34 Publicité comparative (let. e) La lettre e englobe la publicité comparative dans une norme qui lui est réservée. Les raisons qui ont conduit à proposer une réglementation explicite ont été présentées au chiffre 152.4. Par analogie à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral en matière de publicité comparative (cf. ch. 123), ce fait constitutif part du principe de l'abus, c'est-à-dire repose sur le fait que la publicité comparative devient déloyale. Dans ce contexte, l'idée directrice a été de réglementer de façon aussi large que possible la publicité comparative. Cela a conduit à englober dans cette règle divers faits constitutifs dont les effets peuvent être déloyaux. Il suffit qu'un de ces faits constitutifs explicités existe pour que la publicité devienne déloyale. En d'autres termes et sous forme d'exemple, cela signifie que lorsqu'une comparaison de marchandises déprécie inutilement le produit concurrent, il y a alors

1096 publicité déloyale. La comparaison ne doit pas être non plus inexacte, fallacieuse ou parasitaire. Dans les lignes qui suivent, on explicitera plus avant les faits constitutifs réunis dans cette disposition. L'admissibilité de la publicité comparative implique à tout le moins que celle-ci soit objectivement vraie. Cette exigence correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de publicité comparative (ATF 104 II 127, 102 II 291, 94 IV 38, 87 II 116, avec renvoi). Ainsi, la publicité doit reposer sur des données exactes. Dans le présent projet de loi, ce fait constitutif est appréhendé de la manière suivante : «Agit de façon déloyale, celui qui compare, de façon inexacte, ...». L'exactitude des indications doit porter aussi bien sur sa propre personne et ses propres marchandises, etc., que sur la personne du concurrent et sur les marchandises étrangères, etc. Dès lors, toute forme de publicité comparative qui opère avec des indications inexactes est déloyale. En outre, la publicité comparative est également déloyale lorsqu'elle est trompeuse. Dans cette disposition, cela s'exprime par l'expression «de façon... fallacieuse». Le fait d'induire en erreur peut être provoqué par des indications vraies ou inexactes. Dans son abondante jurisprudence concernant la publicité comparative, le Tribunal fédéral a précisé à plusieurs reprises la notion d'induction en erreur. En soi, les indications justes peuvent induire en

erreur lorsqu'elles suggèrent des idées inexactes ou fausses (ATF 104 II 124, 43 II 47). Taire des faits essentiels (ATF 55 II 178) ou comparer uniquement des faits sans pertinence peut, de surcroît, avoir pour effet d'induire en erreur. De même, les directives de la Communauté Européenne (cf. ch. 13) précisent que la publicité comparative n'est admissible qu'à condition que des circonstances ou faits essentiels et pouvant être établis soient comparés. Afin d'éviter d'induire en erreur, il est également nécessaire de comparer ce qui est comparable. Ce point de vue a aussi été adopté par le Tribunal fédéral qui dit ce qui suit dans son arrêt (ATF 10411 133): Mais il est surtout indispensable de ne comparer que... ce qui est réellement comparable. Cela vaut notamment pour les comparaisons de prix qui ne peuvent être admissibles qu'à condition que soient comparées les mêmes quantités et qualités, compte également tenu des facteurs de calcul, afin d'exclure toute tromperie (cit. trad.). Ce fait constitutif protège aussi bien les concurrents que les consommateurs de la publicité comparative fallacieuse. Le fait comparatif du dénigrement est cerné, dans la disposition en question, par l'expression «de façon... inutilement blessante». Dès lors, la publicité comparative qui contient des indications inutilement blessantes est déloyale. Là encore - tout comme pour l'induction en erreur - le dénigrement peut s'opérer par des indications vraies ou inexactes. L'utilisation de l'expression «de façon inutilement blessante» précise qu'il peut y avoir des raisons justifiant une dépréciation. C'est dans chaque cas d'espèce qu'il conviendra de juger s'il est nécessaire de les indiquer. On qualifiera avec certitude d'inutilement blessantes toutes les comparaisons qui ne sont pas formulées objectivement, qui sont sans motif ou qui visent principalement à léser le concurrent ou encore qui contiennent des affirmations disproportionnées dans leur caractère dépréciatif. Il est évident que ce fait constitutif a pour but de protéger les concurrents. Le dernier fait constitutif de cette norme définit, enfin, la publicité comparative comme déloyale lorsqu'elle se passe de «façon parasitaire». Ainsi, la loi contiendra désormais un fait constitutif que le Tribunal fédéral a dégagé de la clause générale. Dans son arrêt (ATF 702 II 292), il avait en effet constaté qu'une publicité comparative qui n'est ni inexacte ni fallacieuse ni inutilement blessante peut tout de même se révéler déloyale. C'est bien le cas lorsque le bon renom d'un concurrent ou la renommée de ses produits est exploité. La publicité parasitaire; en tant que variété de la publicité comparative, doit donc être rejetée comme abusive lorsqu'elle ne se justifie pas objectivement et qu'elle est blessante dans sa forme. Etant donné que la formulation non objectivement justifiée est trop vague pour la définition d'un fait constitutif, on a choisi une expression qui englobe et délimite mieux les faits à cerner, à savoir celle de «parasitaire». (Cette suggestion provient d'un article paru récemment: Hans Rainer Künzle, Die vergleichende Werbung im schweizerischen Wettbewerbsrecht - de lege lata und de lege ferenda, WER 1982, cahier 2, p. 178, 180). On voit ainsi clairement qu'une publicité comparative parasitaire n'est pas forcément inadmissible, mais qu'elle devient déloyale dès qu'elle opère de façon parasitaire, c'est-à-dire qu'elle profite sans retenue du bon renom du concurrent ou de la bonne renommée de ses produits. «Parasitaire» signifie - tout comme pour inutilement blessante - que la référence ne doit pas exister sans raison justifiée. Là encore, il est manifeste que ce fait constitutif protège les intérêts de la concurrence. Cette disposition se termine par le passage «ou qui, par de telles comparaisons, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents», qui signifie que des non concurrents peuvent également tomber sous le coup de ce fait constitutif. Ce principe ressort également de la clause générale (cf. ch. 241.2); il est cependant ici aussi justifié de l'explicitement (comme on l'a fait à la let. b), car la publicité comparative proprement dite ne peut être pratiquée que par un concurrent au

détriment d'un autre. De la sorte, des tests comparatifs publiés par des instituts de tests et des organisations de consommateurs tomberont sous le coup de cette disposition, même s'il n'y a aucune Mention publicitaire. Le fait qu'il n'y ait pas, en pareil cas, de but publicitaire n'a plus d'importance, compte tenu de la nouvelle orientation de la clause générale. Ce qui est essentiel, c'est de savoir si ces tests comparatifs contiennent des indications inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes et influent par là de façon déloyale sur les relations de concurrence. Les résultats d'un test comparatif propre ou étranger à une entreprise et qui serait publiés par celle-ci dans une intention publicitaire doivent être traités comme une publicité comparative ordinaire. L'entreprise en question est dès lors concurrente et en tant qu'agent de publicité, elle assume la responsabilité des résultats des tests. Il appartient à la fonction de la concurrence de pouvoir établir objectivement une relation entre

des marchandises ou des prestations nouvelles sur le marché et ce qu'offrent les concurrents. Cette possibilité n'existe pas uniquement dans l'intérêt du concurrent, mais également dans celui des consommateurs qui doivent être renseignés sur l'offre existant sur le marché. La publicité comparative ne peut contribuer positivement à cette transparence du marché que si elle est loyale, c'est-à-dire exacte, non fallacieuse, non inutilement blessante ou parasitaire. En ce qui concerne les formes de publicité comparative, la formulation «... compare sa personne avec celle d'un concurrent» englobe la publicité comparative personnelle, tandis que la mention «ses marchandises, ses œuvres, ses prestations ou ses prix avec ceux d'un concurrent... » cerne la publicité comparative objective. Ainsi, la publicité comparative sera exhaustivement réglée dans une seule norme juridique. 241.35 Prix d'appel (let. f) La lettre j règle le fait constitutif des prix d'appel. On trouvera au chiffre 152.2 les considérations de principe qui postulent la prise en compte de cet instrument de marketing fortement répandu à l'échelon du commerce de détail. Le fait constitutif de la concurrence déloyale existe lorsqu'une offre répétée et à bas prix trompe la clientèle sur les capacités du vendeur ou sur celles de ses concurrents. La preuve de la tromperie est facilitée par une présomption en faveur de celui qui intente action. En effet, la tromperie est présumée lorsque le prix de vente est inférieur au prix coûtant usuel dans le commerce. Ce dernier prix peut être calculé assez facilement en se fondant sur l'article 17 P qui prescrit l'obligation d'indiquer les prix (cf. ch. 251.1). Dans ce contexte, les fournisseurs seront obligés de communiquer les prix et conditions usuels dans le commerce pour les marchandises qu'ils offrent aux grossistes et au commerce de détail pour la revente. Cette obligation de communiquer les prix vaut également pour les entreprises à intégration verticale (de la production jusqu'à la vente au détail), puisque là encore il s'agit d'empêcher la politique des prix d'appel. Cependant, le défendeur a le choix entre deux voies pour réfuter la présomption de tromperie: ou bien il prouve qu'il n'y a pas de tromperie, ou bien il apporte la preuve qu'il n'a pas vendu au-dessous de son prix coûtant individuel. S'il apporte cette dernière preuve, il incombe alors au demandeur de prouver à son tour que la tromperie existe tout de même. La conséquence la plus importante de la présomption de tromperie est le renversement du fardeau de la preuve. De la sorte, celui qui intente action peut le faire plus aisément. En outre, cette présomption devrait exercer un effet préventif dans le domaine des discriminations de prix économiquement injustifiées, puisque celui qui se livre à de telles pratiques devra désormais s'attendre à ce que celles-ci soient étalées au grand jour au cours d'un procès pour prix d'appel déloyaux. 1099

Pour répondre à la question de savoir quand il y a lieu d'admettre en définitive une tromperie en rapport avec des bas prix offerts par un commerçant, il conviendra de tenir

compte de divers éléments: le genre et le mode d'annonce et d'offre à bas prix, la teneur et le libellé de la publicité correspondante, la fréquence et la périodicité de telles offres, le rapport de l'article en question avec l'ensemble de l'assortiment. La réglementation proposée au sujet des pratiques d'appel reste sans aucun doute dans le cadre du droit régissant une concurrence déloyale, puisqu'en plus d'offres répétées à bas prix, il faut absolument qu'il y ait aussi tromperie. La présomption de tromperie repose sur l'hypothèse qu'une entreprise ne vend systématiquement au-dessous du prix coûtant que pour des raisons de publicité et non pas pour des motifs relevant de sa politique en matière des prix. Toutefois, il va de soi qu'à l'avenir également la vente à bas prix de marchandises périssables ou passées de mode ainsi que d'articles ayant subi une diminution de valeur ou une chute des prix continuera à être parfaitement autorisée. La réglementation prévue devrait contribuer à empêcher les pratiques d'appel les plus extrêmes et à atténuer les dénaturations de concurrence que de telles méthodes peuvent engendrer. Le but de cette disposition sur les prix d'appel est de renforcer la concurrence libre et loyale et de remettre au premier plan le rapport réel prix - prestation qui est faussé par une publicité systématique fondée sur les prix d'appel. Une interdiction générale d'offrir et de vendre des marchandises au-dessous du prix coûtant ne pourrait pas se justifier dans le droit actuel de la concurrence loyale. Cela, même les auteurs qui sont favorables à une interprétation fonctionnelle et conséquente de la LCD, le reconnaissent (cf. Cari Baudenbacher, Zur funktionalen Auslegung von § 1 des deutschen und Artikel 1 des schweizerischen UWG, ZHR 1980, 1969). D'autre part, la lettre f ne vise nullement à exclure que, dans certains cas, la jurisprudence future se fonde sur la clause générale pour qualifier de déloyale en soi la vente systématique au-dessous du prix coûtant.

241.36 Primes (let. g) La lettre g englobe pour la première fois les primes dans la LCD, sous la forme d'une disposition de fond. Une telle prescription est nécessaire pour éviter que la réglementation plus sévère dans d'autres domaines (politique des prix d'appel) ne soit tournée par le biais des primes. En revanche, à l'encontre de l'article 20 de la LCD actuelle, le projet de loi renonce à donner compétence au Conseil fédéral d'édicter des dispositions de droit administratif en matières de primes (cf. ch. 152.5). Dès lors, offrir des primes sera déloyal lorsque le client sera trompé sur la valeur effective de l'offre. Etant donné qu'en règle générale seules des primes d'une valeur matérielle importante peuvent donner lieu à des tromperies, on a donc renoncé à indiquer la valeur des primes. 1100

241.37 Contrainte psychique et dissimulation (let. h et i) Ces deux dispositions visent tout particulièrement des méthodes de vente et de publicité agressives ainsi qu'une présentation trompeuse de l'offre. La lettre h définit le fait constitutif de la contrainte psychique. Selon cette disposition, agit déloyalement celui qui entrave à la liberté de décision du client par des méthodes de vente ou de publicité des plus agressives. Il est certes dans la nature de la concurrence que les concurrents se livrent concurrence auprès de la clientèle potentielle, qu'ils attirent l'attention sur leurs offres et qu'ils cherchent à influencer sur la décision des clients quant à leurs achats. Cependant, cette action concurrentielle devient déloyale lorsque la décision du consommateur ne résulte plus de son libre arbitre, mais est la conséquence d'une situation de contrainte dans laquelle le client a été placé. Une telle influence est répréhensible du point de vue de la concurrence loyale. Les faits suivants sont surtout visés: faire allusion à une mise en danger de la santé en cas de non-achat d'un produit; faire miroiter une occasion de vente apparemment unique ou exercer une contrainte psychique lors de ventes à domicile, lors de voyages publicitaires ou de ventes sous forme de party. Ce qui est commun à toutes ces situations, c'est le fait que le consommateur est

mis dans un état dans lequel il se sent intérieurement obligé d'acheter. La libre décision d'acheter lui est dès lors beaucoup plus difficile, voire impossible à prendre. En effet, des sentiments de peur, de gratitude, de convenance ou de gêne sont déterminants pour la conclusion du contrat, alors même que le libre arbitre ne peut plus s'exercer dans ces conditions. Cette disposition vise à lutter contre ceux qui exploitent de telles situations de contrainte psychologique. Dans le droit allemand, la déloyauté de tels comportements a toujours été incontestable. La lettre i englobe les faits et pratiques consistant dans une présentation trompeuse de l'offre ainsi que dans des emballages trompeurs. Le seuil de déloyauté est incontestable lorsque la qualité, la quantité, les possibilités d'utilisation, l'utilité ou le danger de marchandises, d'œuvres ou de prestations est dissimulé, ce qui a pour effet de tromper le client. Cela peut se produire par l'absence d'indications ou par certains modes d'emballage (p. ex. emballages trompeurs). Même si les indications sont correctes, cela n'empêche pas l'existence d'une tromperie lorsque la présentation de l'emballage ou le genre de texte fait illusion sur le contenu, la qualité et d'autres aspects du produit. Cette disposition contribuera à accroître la transparence des offres, il en résultera une mise en valeur du devoir de diligence dans la rédaction des textes en rapport avec la vente et de ceux qui renseignent sur les produits. 72 Feuille fédérale. 135^e année. Vol. II 1101

241.38 Contrats en matière de ventes par acomptes et de petits crédits (let. k, l et m) Avec la lettre k, il s'agit d'une disposition de l'actuelle LCD (art. 1er, 2^e al., let. i) qui a été adaptée aux nouvelles prescriptions que la loi sur le petit crédit contient dans le domaine des ventes par acompte. C'est pour cette raison que le lecteur voudra bien se reporter aux commentaires de cette disposition qui figurent dans le message à l'appui de la loi sur le petit crédit (FF 1978 II 605). La lettre l est reprise de la législation sur le petit crédit et a été ajoutée lors d'une révision de la LCD sous forme de lettre k de l'article 1er, 2^e alinéa (FF 1975 II 642). Il s'agit en l'occurrence d'une extension des prescriptions édictées au sujet des achats à tempérament dans le domaine du petit crédit. Au sujet du commentaire de cette disposition, le lecteur voudra bien se reporter également au message à l'appui de la loi sur le petit crédit (FF 1978 II 607). La lettre m correspond à une proposition de la commission du Conseil national chargée d'examiner le projet de loi sur le petit crédit (BÖ N 7952 I 97). Selon cette disposition, agit déloyalement celui qui utilise, dans le domaine des ventes à pré-paiements, des ventes par acompte et du petit crédit, des formules de contrats qui contiennent des indications incomplètes ou inexactes sur l'objet du contrat, le prix, les conditions de paiement ou la durée du contrat ainsi que sur le droit de révocation ou de dénonciation du client et son droit au paiement anticipé du solde. Dans la LCD actuelle, cette règle aurait trouvé place à l'article 1er, 2^e alinéa, lettre m. 241.4 Incitation à violer ou à résilier un contrat (art. 4) L'article 4 regroupe les faits constitutifs particuliers qui sont caractérisés par un comportement incitant à violer ou à résilier un contrat. La déloyauté consiste en ce que les relations de concurrence sont alors perturbées par un comportement illégal, à savoir par une résiliation de contrat ou par une incitation à le faire. La lettre a crée une disposition qui, en complément du droit actuellement en vigueur, qualifie de déloyale l'incitation à rompre un contrat lorsque celui qui préjudicie à l'intention de conclure lui-même un contrat avec le client. Il incombera aux tribunaux de préciser, dans les cas d'espèce, s'il y a effectivement une telle incitation à la rupture de contrat. Tout comme à l'article 2 P (cf. ch. 241.2), l'expression «client» doit être entendue au sens large, c'est-à-dire pas uniquement le consommateur, mais encore les clients aux divers échelons économiques précédents. La lettre b reprend l'article 1er, 2^e alinéa, lettre e, du droit actuel. Les chan-

gements sont minimales. Pour adapter la terminologie au droit du contrat de travail, on a remplacé l'expression «employés» par «travailleurs». En outre, 1102

une amélioration rédactionnelle a été apportée, puisque l'expression «avantages qui ne devaient pas leur revenir» a été transformée en «avantages illégitimes». En outre, cette disposition a trouvé une nouvelle place dans le projet de loi, en raison du classement des faits constitutifs des groupes distincts. La lettre c correspond à l'article 1er, 2e alinéa, lettre f, LCD. En ce qui concerne les changements d'ordre rédactionnel et la nouvelle place dans la loi, les remarques sont les mêmes qu'à propos de la lettre b. La lettre d correspond à l'actuelle k de l'article 1er, 2e alinéa, LCD. Dans le cadre de la loi sur le petit crédit, le champ d'application de cette prescription a été étendu aux affaires de petit crédit, raison pour laquelle il convient, là encore, de renvoyer le lecteur aux commentaires figurant dans le message à l'appui de la loi sur le petit crédit (FF 1978 II 607). Une fois que la loi sur le petit crédit aura été acceptée, l'actuelle lettre d correspondra à la lettre l de l'article 1er, 2e alinéa, LCD (cf. FF 1978 II 642).

241.5 Protection des prestations (art. 5) La lettre a englobe les situations dans lesquelles une personne est entrée en possession du résultat du travail d'autrui après accord mutuel. A ce sujet, il ne faut pas donner trop d'importance à la notion de «confié». Le terme «résultat d'un travail» est restrictif: en effet, un certain effort intellectuel et/ou matériel doit nécessairement avoir conduit au résultat obtenu. En revanche, un simple idée, une «étincelle», peut être exploitée, même si elle est fixée par la suite et qu'elle a été confiée à autrui. L'exploitation doit être comprise dans toute application commerciale ou industrielle. Lettre b: cette prescription étend l'applicabilité de la règle à celui auquel le résultat du travail n'a pas été directement confié par son auteur, mais qui en est entré en possession d'une manière ou d'une autre. En vertu de cette disposition, n'agit toutefois déloyalement que celui qui peut discerner qu'il est entré indûment en possession de la documentation en question. Le résultat d'un travail qui est remis ou accessible sans que son auteur n'ait donné son approbation expresse ou tacite, est réputé l'être de façon indue. Là, il s'agit notamment d'empêcher que des offres, des calculs, des plans, etc., soient remis à une autre entreprise afin que celle-ci puisse les exécuter en règle générale à meilleur compte. Lettre c: est ici qualifié de déloyal un comportement visant non pas à imiter par exemple le produit d'un concurrent ou à le fabriquer à partir de ses connaissances, mais au contraire à reprendre à son compte le résultat par une autre voie, sans dépenses propres. Les divers éléments constitutifs de ce comportement délimitent très précisément le champ d'application d'une simple idée, évitent aussi des recoupements indésirables avec le droit d'au-

1103

teur et celui des brevets et laissent jouer la concurrence en ce qui concerne l'objet en question. L'expression «résultat du travail» implique, tout comme à la lettre a, un certain effort intellectuel et matériel. Cela ressort déjà des termes «dépenses personnelles appropriées» que doit consentir le second concurrent. Si, dans l'ensemble, la dépense pour la propre production de l'article n'entre pas en ligne de compte par rapport à la dépense découlant de la reprise, on ne peut pas parler alors de concurrence déloyale. Le résultat d'un travail doit être matérialisé. Cela ressort de l'expression «reprend par des moyens techniques de reproduction». De surcroît, le résultat du travail doit être prêt à être mis sur le marché et il doit forcément être repris en tant que tel. Cette formulation a le mérite de préciser qu'il est exclu d'envisager toute construction juridique visant à protéger une idée ou une méthode. Dès lors, la conception qui est à la base du résultat du travail doit donc - sous réserve de la protection conférée par le droit des biens immatériels - être reprise en entier,

idées et savoir-faire compris, et elle doit être réalisée par des efforts propres. Par conséquent, il est exclu de pouvoir se servir du droit régissant la concurrence pour établir une situation de monopole en faveur du premier concurrent. Seule peut être déloyale l'exploitation par le second concurrent d'un produit concret et bien élaboré qu'il reprend à son compte. En revanche, n'est pas déloyale l'exécution a posteriori de certains procédés de travail à partir d'idées et de connaissances de tiers. Pourtant, des dépenses personnelles appropriées sont nécessaires dans ce cas. Lorsqu'on outre la reprise s'effectue par des «moyens techniques de reproduction», ce fait constitutif se limite à certaines formes typiques. On pense notamment aux moyens et techniques de copie, de pressage, de moulage, de réenregistrement et de mesure, tous moyens propres à reproduire en de nombreux exemplaires le résultat d'un travail et à multiplier sa forme matérialisée. En revanche, d'autres procédés techniques et chimiques ne sont pas touchés par cette disposition; pour eux, seule la protection juridique des biens immatériels peut entrer en ligne de compte. Le critère des «dépenses personnelles appropriées» permet de peser à sa juste mesure l'avantage injustifié dont jouit le second concurrent. Pour juger du caractère approprié, il faut comparer, d'une part, la prestation du premier concurrent à celle du second et, d'autre part, la prestation de celui-ci sous forme de reprise par des moyens techniques de reproduction avec la dépense hypothétique qu'il aurait à consentir s'il devait effectuer lui-même les diverses étapes de production. Le critère du caractère approprié d'une dépense permet également de tenir compte de l'amortissement des dépenses engagées par le premier concurrent pour créer et mettre au point le produit repris. A l'opposé des lettres a et b, la lettre c renonce à l'illustrer la notion de «résultat du travail» par des exemples. En effet, dans ce contexte, ce ne sont pas les mêmes résultats du travail qui occupent le premier plan, puisque des offres, des calculs ou des plans ne sont pas exploités premièrement 1104

en tant que tels, mais que c'est leur exécution ou leur utilisation qui fait l'objet d'une exploitation. C'est bien celle-ci et celle-là qui sont visées aux lettres a et b. En revanche, ce sont, par exemple, les prises de son et de vues, les produits techniques, les programmes d'ordinateur et les imprimés qui se prêtent à la reprise mentionnée à la lettre c. 241,6

Violation des secrets de fabrication et d'affaires ainsi que des conditions de travail (art. 6 et 7) Les articles 6 et 7 correspondent à la réglementation actuelle (art. 1er, 2e al., let. g et h, LCD). Ce qui est nouveau, c'est leur présentation sous forme de deux articles séparés. Ces deux dispositions ont subi des modifications d'ordre rédactionnel. 241.7 Conditions commerciales abusives (art. 8) L'article 8 innove en instaurant comme fait constitutif de la déloyauté l'utilisation de conditions générales commerciales (CGC) qui dérogent unilatéralement, au détriment d'une partie contractante, à l'équilibre des intérêts tel qu'il est prévu dans la loi. Le chiffre 152.6 explicite les raisons qui militent en faveur d'une réglementation des CGC dans la LCD. Il sied de rappeler ici les principales: la clause générale du présent projet de loi englobe également les consommateurs comme sujets de la protection juridique et ceux-ci sont le plus souvent les victimes des abus commis au moyen des CGC. Du point de vue des sujets protégés par la LCD, rien ne parle donc contre une réglementation des CGC dans la LCD. Bien au contraire, celle-ci paraît convenir parfaitement, puisque le projet de loi renforce les moyens d'action, notamment étend le droit individuel du consommateur d'intenter action et remodèle le droit direct des organisations de consommateurs. Puisque, de surcroît, le projet de loi enjoint les cantons de prévoir une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide pour connaître les litiges relevant de la concurrence déloyale, les règles de la LCD devraient gagner en efficacité. Dès lors, l'instrument nécessaire qui permettra un réexamen plus efficace de la

validité et de la convenance des conditions générales commerciales trouve sa réalisation dans le présent projet de loi. Du même coup, la perspective du droit régissant la concurrence loyale est donnée. En effet, l'utilisation de CGC iniques lèse les intérêts d'au moins d'une des parties sur le marché, à savoir les consommateurs, mais aussi les partenaires commerciaux économiquement plus faibles, ce dans une perspective importante pour la concurrence. En outre, il n'est guère contesté que, souvent, les CGC produisent des effets trompeurs, violent les règles de la bonne foi et sont donc déloyaux. Mais il peut aussi se produire que des CGC soient iniques de par le contenu lui-même du contrat et malgré leur présentation impeccable, c'est-à-dire claire et nette. Par conséquent, la déloyauté ne doit pas être caractérisée uniquement par 1105

des critères de dissimulation ou de tromperie. Il importe au contraire de saisir la déloyauté dans le contenu même du contrat. Fréquemment, les CGC produisent un effet de surprise, indépendamment du fait qu'elles soient lisibles, claires et compréhensibles. La surprise consiste en ce que le client se trouve dans une situation à laquelle il n'est pas préparé psychiquement. En effet, il croit que le contrat est parfait après que les points principaux (prix, quantité, qualité) ont été convenus d'un commun accord. Mais, on lui soumet encore une série de clauses dont l'acceptation est la condition du caractère obligatoire et de la justesse qui ressort des CGC imprimées ainsi que, le plus souvent, le manque de temps, surprennent le client. Même lorsque les CGC sont présentées de façon impeccable, il ne lui est pas possible, au moment de la conclusion du contrat, de faire la différence entre la réglementation légale qui lui garantit une certaine équité et le contrat préformulé qu'on lui donne à signer. Dans bien des cas, il n'est donc même pas conscient des droits auxquels il renonce en acceptant les conditions contractuelles générales. A partir des considérations précédentes, cette disposition appréhende de façon moins restrictive la déloyauté de l'utilisation de CGC que ne le faisait la réglementation du projet soumis à la consultation. Celui-ci exigeait, comme condition dont dépendait la déloyauté, le cumul d'une dérogation au régime légal et une présentation graphique peu lisible ou une rédaction peu claire quant au fond; cela avait pour conséquence que le client ne puisse pas porter un jugement sur la valeur de l'offre ou qu'il ne puisse pas la comparer avec d'autres offres. Cependant, une protection efficace contre des CGC iniques n'est possible que lorsqu'on s'en prend au contenu. C'est pourquoi agit déloyalement celui qui utilise, au détriment d'une partie contractante, des conditions générales commerciales préalablement formulées, qui dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie ou qui prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat. Les lignes qui suivent explicitent les différents éléments constitutifs de cette disposition. Les conditions générales commerciales préformulées font l'objet de la présente disposition. Avec cette tournure, il importe d'exprimer qu'il ne s'agit pas de contrats individuels négociés, mais au contraire de contrats standards ou de contrats-type sur laquelle porte la réglementation. La particularité de tels contrats tient à ce que des points essentiels sont fixés à l'avance par les CGC et qu'ils sont valables pour un grand nombre de contrats à conclure. L'expression «préalablement formulées» fait cependant allusion à une autre caractéristique de ces contrats, à savoir le fait que les conditions contractuelles ont été unilatéralement fixées par l'une des deux parties. Toujours est-il qu'il est envisageable que des CGC préalablement formulées soient aussi modifiées ou même sanctionnées par des négociations entre parties contractantes. Dans ce cas, il s'agirait alors d'un contrat individuel qui ne tomberait plus sous le coup de l'article 8 P. L'article 8 définit la partie contractante désavantagée comme le sujet que cette disposition

visé à protéger. Cela peut être le consommateur ou encore 1106

un partenaire contractuel à un échelon précédent du circuit économique. En effet, on utilise beaucoup des conditions générales commerciales dans les relations commerciales à cet échelon précédent. Pour ce qui est de la capacité d'examiner des CGC inappropriées, on peut fixer des exigences plus élevées à ce niveau, compte tenu de l'expérience des affaires que possèdent ces personnes. D'un autre côté, il ne faut pas méconnaître le fait que de nombreuses maisons de commerce qui n'ont pas de service juridique - notamment les petites entreprises - ne sont pas en mesure d'apprécier toujours correctement le contenu de CGC préalablement formulées. La protection contre des CGC déloyales doit donc également profiter à ces milieux. La condition dont dépend la déloyauté des conditions générales commerciales préalablement formulées est que celles-ci dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie (let. a) ou qu'elles prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat (let. b), ce au détriment d'une partie contractante dans les deux cas. Une dérogation notable au régime légal induit donc la déloyauté. La notion «régime légal» embrasse aussi bien les normes juridiques écrites, impératives et dispositives ainsi que les principes juridiques établis par la doctrine et la jurisprudence. Le régime légal possède donc un certain contenu de justice et il procure une répartition équilibrée des droits et des obligations. Il ne faudrait pas pouvoir le modifier à bien plaisir au détriment du plus faible, comme cela se passe avec l'abus des CGC. Avec la tournure «régime légal applicable par analogie», on vise à indiquer que la présente disposition s'applique également aux contrats qu'on appelle innommés. Etant donné qu'aucune règle légale n'existe le plus souvent pour de tels contrats, il faut pouvoir appliquer par analogie les dispositions légales qui régissent les divers types de contrats. Comme condition de rechange et aussi condition subsidiaire dont dépend la déloyauté des CGC, la présente disposition mentionne une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat (let. b). Les termes de «nature du contrat» instituent donc une référence de contrôle supplémentaire. Cette référence peut être invoquée lorsque le régime légal applicable par analogie ne donne aucun résultat à propos de contrats innommés. En effet, le critère de la nature du contrat peut aussi s'appliquer à des clauses inhabituelles et surprenantes qui n'ont pas de rapport direct avec le problème juridique à proprement parler. Le juge aura donc la possibilité de juger à partir de la nature d'un type concret de contrat si les droits et obligations réciproques sont répartis de façon équitable et, partant, s'il est possible de garantir si le but visé par le contrat sera atteint. Avec les deux notions de «régime légal» et de «nature du contrat», on disposera désormais de deux critères qui permettront d'établir ou non la déloyauté du contenu des CGC. La tournure «dérogent notablement» précise que la dérogation au droit positif doit avoir pour effet de compromettre sensiblement l'équilibre pour qu'on puisse alors la qualifier de déloyale. De la sorte, on reconnaît indirectement que les CGC ont une certaine fonction à remplir dans le proces-

1107
sus économique et que ce n'est pas n'importe quelle dérogation au régime légal qui est forcément déloyale. Enfin, il ne faut pas perdre de vue que la dérogation doit être au détriment de la personne concernée pour que le fait constitutif de la déloyauté existe vraiment. Certes, la nature même des CGC explique que le rédacteur du contrat modèle régulièrement celles-ci en sa faveur et donc au détriment du partenaire. Toujours est-il qu'il ne faut pas exclure que dans certains cas un désavantage soit contrebalancé par un certain avantage (p. ex. par un prix sensiblement plus favorable). Cet aspect mérite d'être examiné

dans les cas d'espèce et relèvera donc de la jurisprudence, mais surtout des procédures de conciliation et des négociations entre vendeurs et acheteurs, puisque le présent projet de loi améliore tous ces points. 242 Actions et droits d'intenter action Dans sa version actuelle, la LCD définit exhaustivement à son article 2 le droit d'intenter action ainsi que les personnes qui ont qualité pour les faire. Le présent projet de loi déroge à cette systématique, dans la mesure où à l'article 9 P il présente, dans leurs principes, les actions possibles au sens de la LCD ainsi que la qualité pour intenter action, tandis qu'à l'article H) P, il règle la qualité des clients, des associations économiques et professionnelles et des organisations de consommateurs pour intenter action. De surcroît, ces deux dispositions ont été adaptées dans leur terminologie comme dans leur systématique aux articles 28 et suivants du CCS qui ont été révisés (FF 1982 II 717). Hormis les éléments du droit de la personnalité qui sont contenus dans le droit de la concurrence loyale (cf. ch. 151.1), la LCD et la protection de la personnalité présentent des aspects parallèles importants en ce qui concerne le droit d'intenter action. Dans l'intérêt d'une législation cohérente et uniforme, on a donc adapté la LCD au projet de loi sur la protection de la personnalité, tant sur le plan de la systématique que sur celui des notions. Mise à part l'introduction de l'action en remise de gain, cette adaptation n'a pas provoqué de changement de fond. 242.1 Qualité pour agir. Principe (art. 9) L'article 9 règle le droit d'intenter une action civile en cas de concurrence déloyale. Quant au fond, il correspond grosso modo à l'article 2, 1er alinéa, LCD. Sur le plan de la terminologie et de la systématique, il a été adapté dans une large mesure - comme on l'a relevé ci-avant - aux articles 28 et 28a CCS (FF;9S2II717). Selon le 1er alinéa, a droit d'intenter action celui qui par un acte de concurrence déloyale subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général. Dans la plupart des cas, cela concernera les concurrents. Mais comme des tiers peuvent également commettre des actes de concurrence déloyale, un rapport de concurrence n'est donc pas nécessaire pour que la LCD s'applique (cf. art. 2 P et ch. 241.2); des lors, la personne qui a qualité pour intenter action au sens du premier alinéa ne doit pas être forcément en concurrence. Pour ce qui est de la terminologie, le premier alinéa innove en utilisant la notion d'«atteinte» («verletzt» en allemand). Le droit actuel (art. 2, 1er al., LCD) a choisi une autre tournure: «est atteint ou menacé... dans ses intérêts matériels». Cette subdivision en cas d'atteinte ou de menace est surtout importante pour le droit d'intenter action selon la loi actuelle. Ainsi, les concurrents, les organisations de consommateurs, les associations économiques et professionnelles peuvent demander l'ouverture d'une action non seulement en cas d'atteinte, mais encore en cas de menace pesant sur leurs intérêts matériels, tandis que le consommateur individuel ne peut le faire qu'en cas d'atteinte. Etant donné que l'un des buts de la présente révision consiste précisément à étendre aux cas de menace le droit du consommateur individuel à intenter action (cf. ch. 122, 142.27 et 152.7) et, par conséquent, de mettre sur pied d'égalité avec les autres personnes qui pourront intenter action en vertu de la LCD, il n'est plus nécessaire de faire une distinction entre atteinte et menace. L'expression «subit une atteinte» («verletzt» en allemand), qui est également utilisée aux articles 28 et suivants du CCS (FF 7952 II 717), doit donc être entendue au sens large. Tant celui qui est réellement lésé que celui qui est menacé d'une atteinte doit être protégé (cf. à ce sujet le message concernant la protection de la personnalité; FF 1982 II 685). La notion d'«atteinte» englobe aussi bien le dommage proprement dit que la menace que la concurrence déloyale fait peser sur des intérêts économiques. Cela est clairement précisé à la lettre a du 1er alinéa de l'article en question: celui qui a le droit d'intenter action peut demander au juge d'interdire une atteinte si elle est

imminente. Cette nouvelle notion n'apporte pas une modification de fond; elle permet, en revanche, d'utiliser là encore une terminologie uniforme. Les lettres a, b et c du premier alinéa précisent les trois sortes d'actions proprement défensives. Tout comme dans le droit actuel (art. 2, 1er al., let. a, b et c, LCD), il s'agit de l'action en prévention de l'atteinte, en cessation de celle-ci et en constatation de son caractère illicite. Pour l'exercice du droit d'intenter action, l'illicéité suffit et une faute n'est donc pas nécessaire (cf. art. 2 P). La définition plus précise de ces droits a été reprise de l'article 28« CCS révisé (FF 1982 II 685 s., 717). De même, le 2e alinéa qui donne à la personne concernée la possibilité d'exiger la communication ou la publication d'une rectification ou d'un jugement n'innove pas. En effet, l'action en rectification est prévue à l'article 2, 1^{er} alinéa, lettrée, LCD actuelle, comme un cas particulier de l'action en suppression d'un état de fait. En outre, l'article 6 de la LCD en vigueur donne la possibilité de demander au juge la publication d'un jugement. Ce qui est donc nouveau, ce sont uniquement la présentation systématique et la fusion de ces deux dispositions en un alinéa. Etant donné que, dans le cas de la communication d'une rectification à des tiers et dans celui de la publication d'un jugement, il s'agit de modalités concernant les actions précisées au 1^{er} alinéa, cette nouvelle systématique est encore plus claire, 1109

Le troisième alinéa ouvre à celui qui est touché par la concurrence déloyale la voie de l'action en dommages-intérêts, en réparation du tort moral ainsi que celle concernant la remise du gain. Ces actions ont été réunies en un alinéa séparé, parce qu'elles dépendent d'autres conditions que les actions défensives mentionnées aux 1er et 2e alinéas. L'action en dommages-intérêts reprend dans le projet de loi la disposition actuellement en vigueur (art. 2, 1er al., let. d, LCD). Cette action n'est ouverte que lorsqu'il y a faute et que les autres conditions du droit des obligations (art. 41 CO) sont remplies (O. A. Germann, *Unlauterer Wettbewerb*, Zurich 1945, p. 323; von Buren, *Kommentar zum Wettbewerbsgesetz*, p. 171 ss). De même, l'action en réparation du tort moral (art. 2, 1er al., let. e, LCD) dépend des conditions posées par le code des obligations (art. 49 CO). A ce propos, il y a lieu de relever qu'à la suite de la révision du droit de la protection de la personnalité et notamment de la modification de l'article 49 CO (FF 7952 II 703 et 720), aucune faute particulièrement grave n'est désormais plus nécessaire. Le projet de loi innove en ouvrant expressément à la personne concernée la voie de l'action en remise du gain, selon les dispositions sur la gestion d'affaires (art. 423 CO). Aujourd'hui déjà, la jurisprudence concernant le droit des biens immatériels permet en effet d'exiger de l'auteur de l'atteinte la remise du gain en application des dispositions sur la gestion d'affaires (art. 423 CO) (ATF 97 II 178, 98 II 325). Ce droit n'est reconnu que lorsque celui qui porte atteinte a obtenu un gain plus élevé que le dommage subi par la personne touchée. Dans le cadre de la LCD, ce cas pourrait notamment se présenter à propos de la reprise et de la commercialisation des résultats du travail d'autrui (art. 5 P; ch. 152.3 et 241.5). En introduisant ce genre d'action dans la LCD, on peut donc renforcer plus particulièrement la protection des prestations (art. 5 P). Par ailleurs, l'inclusion de l'action en remise du gain est aussi prévue à l'article 2« CCS (FF 1982 II 718). La prescription des actions mentionnées au 1^{er} alinéa suit les règles contenues dans le code des obligations (cf. ch. 153.2). 242.2 Actions de clients et d'organisations (art. 10) L'inclusion des consommateurs et des organisations de consommateurs dans la clause générale ainsi que dans certains faits constitutifs particuliers doit forcément se répercuter dans le régime des actions si l'on veut donner à la LCD une efficacité accrue. On a déjà relevé à plusieurs reprises (cf. ch. 122, 142.27 et 152.7) l'importance cruciale que revêt, dans la présente révision, l'extension et le renforcement du droit des consommateurs, de

leurs organisations ainsi que des associations économiques et professionnelles d'intenter action. 1-110

Le premier alinéa prévoit l'action individuelle du consommateur qui figure présentement à l'article 2, 2e alinéa, LCD. Ce qui est nouveau dans cette disposition, c'est que le droit d'intenter action qui est conféré au client pris individuellement existera désormais déjà en cas de menace. Cela ressort du passage «atteint.» dans leurs intérêts économiques». Par analogie à l'article 9, 1er alinéa P, la notion «atteint» englobe aussi bien le dommage effectif que la menace qu'une concurrence déloyale fait peser sur des intérêts économiques (cf. ch. 242.1). L'extension de la qualité pour intenter action aux consommateurs pris individuellement pourrait être fort utile surtout dans les cas où il ne leur est pas possible d'apporter la preuve qu'ils ont subi un dommage effectif et important. En effet, tout particulièrement dans les infractions contre la loyauté de la publicité, il ne serait pas facile d'apporter la preuve d'un dommage. Or, comme le présent projet de loi comporte quelques prescriptions plus sévères en matière de publicité, il faut bien également donner à chaque consommateur la possibilité de pouvoir se défendre par des voies de droit contre une publicité déloyale. C'est le cas puisque le consommateur sera dorénavant en droit d'intenter action dès qu'il sera menacé dans ses intérêts économiques. Pourtant, on n'a pas à craindre une avalanche de procès. En revanche, cette nouvelle disposition permettra de mettre sur un pied d'égalité, dans la procédure judiciaire également, les intérêts de l'économie et ceux des consommateurs, postulat qui est contenu dans la clause générale. Ainsi, le client individuel a autant le droit d'intenter une action que le simple concurrent. Cette égalité de traitement permet par ailleurs de se dispenser de créer une subdivision entre dommage et menace. L'expression «atteinte» est un coup général qui embrasse les deux genres de cas. Le droit actuellement en vigueur donne déjà au consommateur individuel toutes les possibilités d'intenter action qui sont mentionnées à l'article 2, 1er alinéa, lettres a à e, LCD. Rien n'a été modifié à cela, tant et si bien que le client disposera désormais de toutes les voies mentionnées à l'article 9 P. Le 2e alinéa régleme de façon nouvelle le droit d'intenter action qui est conféré aux associations professionnelles et économiques ainsi qu'aux organisations de consommateurs. Tout comme dans le droit actuel (art. 2, 3e al, LCD), les actions en cessation de l'acte, en suppression de l'état de fait ou en constatation du caractère illicite de l'acte ainsi que le droit à la rectification et à la publication du jugement (art. 9, 1er et 2e al. P) seront ouvertes à ces associations et organisations. En revanche, les actions en réparation du dommage et du tort moral ainsi que l'action en remise du gain (art. 9, 3e al. P) continueront à leur être fermées, puisque l'action intentée par une association ou une organisation remplit une fonction de suppléance. La lettre a du 2e alinéa apporte une amélioration en ce sens qu'elle structure directement le droit d'intenter action qui sera ainsi conféré aux associations professionnelles et économiques. En effet, selon le droit actuel, le droit de ces associations et organisations dépend du droit qu'ont leurs membres d'intenter action. La disposition du projet de loi renonce donc à cette exigence en relation avec l'affiliation. En revanche, le droit des asso-

1111
dations économiques et professionnelles continuera, comme par le passé, à dépendre de leurs statuts qui doivent les autoriser à défendre les intérêts économiques de leurs membres. La lettre b du 2e alinéa régleme de façon explicite le droit d'intenter action qui est conféré aux organisations de consommateurs. Il y a lieu de rappeler ici brièvement l'évolution de ce droit (cf. par ailleurs ch. 121 et 122). Avant l'adoption de l'article 31sTMes est. sur la protection des consommateurs (RO 1981 1244), les organisations de

consommateurs disposaient déjà d'un droit d'intenter action, comme cela ressort de la LCD elle-même (art. 2, 3e al., en liaison avec le 2e al.) et du message du Conseil fédéral (FF 1942 692). Ce droit d'intenter action était conçu de façon très restrictive, puisqu'il dépendait de la qualité du membre individuel pour intenter action, ce qui avait pour conséquence d'exclure d'emblée les organisations de consommateurs dépourvues de membres. Faire dépendre le droit d'intenter action conféré à ces organisations de celui de leurs membres provoquait une seconde restriction importante: puisque le consommateur n'était légitime à intenter action qu'en cas de dommage, cette restriction se reportait également sur les organisations de consommateurs. A ces inconvénients, l'article 3isexties est., qui protège les consommateurs, a apporté un remède, puisque grâce à lui les organisations de consommateurs se voient attribuer, dans le cadre de la LCD, les mêmes droits que les organisations professionnelles et économiques. Concrètement, cela signifie que déjà maintenant les organisations de consommateurs peuvent intenter action en cas de menace. La présente disposition tient compte de cette nouvelle situation découlant de la constitution. Par analogie au droit des associations professionnelles et économiques, la qualité des organisations de consommateurs pour intenter action a été conçue et réglementée de façon directe, c'est-à-dire conférée indépendamment de la qualité de leurs membres. De même, le droit d'intenter action existe aussi bien en cas de dommage qu'en cas de menace. En effet, ce droit des organisations de consommateurs est prédonné par la constitution même. C'est pourtant la tâche du législateur de concrétiser la notion d'organisations de consommateurs qui figure à l'article 315^{TM0}, 2e alinéa, est. La présente révision constitue une bonne occasion de le faire. Selon le projet de loi, ont donc qualité pour intenter une action civile ou déposer une plainte pénale les organisations d'importance nationale ou régionale qui se vouent statutairement à la protection des consommateurs. La concrétisation revêt une double perspective: les organisations doivent être d'importance nationale ou régionale et leurs statuts doivent prévoir qu'elles se consacrent à la protection des consommateurs. Ainsi, cette prescription pose les mêmes conditions en ce qui concerne la qualité des organisations de consommateurs pour intenter action que celles qui sont contenues dans la loi sur le petit crédit au sujet des plaintes pour concurrence déloyale en rapport avec les ventes à paiement partiel et les affaires analogues ou le petit crédit (FF 1978 II 642 s.). La notion d'«organisation» correspond au droit constitutionnel (art. 31scx":s, 2e al., est.) et elle est reprise parce qu'elle est propre à ne pas faire dépendre la qualité pour intenter action d'une forme juridique déterminée à 1112

revêtir par les institutions entrant en ligne de compte. En effet, les organisations de consommateurs sont généralement des associations au sens des articles 60 et suivants du CCS. Pourtant, certaines d'entre elles sont des fondations. Les organisations concernées devront être d'importance nationale ou régionale; cependant, le terme «régionale» ne doit pas être interprété trop restrictivement. Dans chaque cas d'espèce, il conviendra de juger, en fonction du but visé, si une organisation est légitimée ou non à intenter action. La condition la plus importante dont dépend la qualité pour intenter action est que les organisations concernées «se consacrent statutairement à la protection des consommateurs». Comme l'explique déjà le message à l'appui de la loi sur le petit crédit (FF 1978 II 610), on entend par là qu'il s'agit d'une finalité claire et nette, même si elle n'est pas exclusive, et que cette obligation d'œuvrer pour l'information et l'assistance des consommateurs - qui peut éventuellement se combiner avec la représentation d'intérêts politiques - permet de déduire une légitimation objective à exercer des fonctions de contrôle et de représentation. Par conséquent, la qualité pour intenter action n'est en principe pas

conférée aux organisations qui sont liées ou imbriquées à et dans des associations ou entreprises économiques ou encore qui ne poursuivent des objectifs en matière politique de la consommation que dans le cadre d'un programme d'action plus vaste et d'un but non spécifique. Etant donné qu'on ne doit guère craindre un abus du droit d'intenter action, si l'on considère l'activité passée des organisations de consommateurs qui entrent en ligne de compte, la disposition en question ne contient pas d'autre réserve au sujet d'éventuels liens financiers des organisations avec des groupes économiques ou des entreprises. Là également - tout comme à propos de la nécessité d'une importance régionale -, il appartiendra au juge de décider dans les cas de doute quelles organisations ont qualité pour intenter action.

242.3 Actions de la Confédération (art. 11) L'article 11 innove en instaurant, en faveur de la Confédération, un droit d'intenter action. Ce droit repose sur le fait qu'il existe un intérêt public à la sauvegarde d'une concurrence loyale. Tout comme la LCart, la LCD constitue un élément d'ordre de première importance. Dans l'intérêt d'un système d'économie de marché qui fonctionne bien, on ne saurait donc laisser au hasard le soin de créer ou non le respect nécessaire de la réglementation. C'est pour cette raison que la Confédération doit pouvoir intervenir lorsque l'exige l'intérêt public à l'application et au respect de la LCD. L'intérêt public est en cause lorsqu'il s'agit de cas de déloyauté d'une portée telle qu'une branche économique toute entière en est touchée. Pourtant, la Confédération ne pourra intenter action que lorsque l'enquête qu'elle peut ordonner d'elle-même en vertu de l'article 25 P (cf. ch. 253.) aura révélé des indices suffisants pour présumer l'existence d'une concurrence déloyale. 1113

La Confédération encourt les risques habituels de celui qui intente une action civile. La désignation du tribunal compétent s'opérera d'après l'article 13 du présent projet de loi. A la Confédération sont ouvertes les mêmes actions que celles qu'ont le droit d'intenter les associations et organisations, à savoir l'action en cessation de l'acte, en suppression de l'état de fait et en constatation du caractère illicite de l'acte. A propos du droit d'intenter action qui est propre à la Confédération, il y a surtout lieu d'insister sur l'effet préventif de ce nouvel instrument. Ainsi, les règles de la loi révisée n'en deviendront que plus efficaces. D'un autre côté, il faut que dans les cas de déloyauté d'une grande portée économique, l'action soit effectivement possible. La disposition tient cependant compte du caractère fondamental de la LCD qui repose principalement sur le droit civil, puisque l'action que la Confédération peut intenter est conçue comme une action civile.

242.4 Actions contre l'employeur (art. 12) L'article 12 reprend l'actuel article 3, 1er alinéa, LCD. D'après cette disposition, l'employeur doit répondre d'actions que ses travailleurs ou auxiliaires ont commises. L'employeur n'a pas la possibilité de se dégager, parce qu'une faute n'est pas nécessaire, mais que l'illicéité suffit pour intenter les actions proprement défensives (cf. ch. 242.1). Il ressort de l'article 9, 3e alinéa P, et du renvoi aux dispositions du droit des obligations qu'on trouve à l'article 16 P que l'employeur répond civilement en vertu de l'article 55 CP pour la réparation du dommage et celle du tort moral. Le renvoi qu'on trouve actuellement à l'article 3, 2e alinéa LCD, est donc superflu.

243 Dispositions de procédure 243.1 For (art. 13) L'actuel article 5, 1er alinéa, LCD, détermine le for aussi bien dans les cas où il y a domicile en Suisse que dans ceux où le domicile est à l'étranger. Le projet de loi fédérale sur le droit international privé règle, exhaustivement à son article 126 (FF 1983 I 485), la compétence lorsque le défendeur est domicilié à l'étranger et qu'il s'agit d'actes illicites parmi lesquels sont également compris les actions pour cause de concurrence déloyale. On a tenu compte de cette nouvelle situation dans la présente disposition puisque le premier alinéa ne fixe plus que le for dans les cas de domicile en Suisse. Afin d'éviter des conflits au

sujet du for, le droit fédéral prévoira désormais uniformément le for au domicile ou au siège du défendeur. Dans la doctrine, la détermination actuelle du for en vertu de l'article 5, 1er alinéa, LCD, a déjà été interprétée comme étant valable aussi bien sur le

plan intercantonal qu'intracantonal (von Buren, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, p. 189 s.). Le deuxième alinéa reprend l'idée fondamentale de l'actuel article 5, 2e alinéa, LCD, mais le simplifie et le précise tout à la fois. En effet, des actions pour cause de concurrence déloyale, qui sont en rapport avec une action civile particulière concernant la propriété intellectuelle ou industrielle, peuvent être portées en instance cantonale unique devant l'autorité compétente pour connaître de cette action juridique spéciale. A tout le moins a-t-on voulu permettre une uniformité dans l'instance en raison de la connexité très fréquente de ces affaires avec les actions pour cause de concurrence déloyale (FF 1942 701). Parmi les actions spéciales concernant la propriété intellectuelle et industrielle et pour lesquelles une instance cantonale unique est prévue, l'article 5, 2 L" alinéa, LCD, mentionne celles intentées en vertu de la législation concernant la protection des inventions, des dessins et modèles industriels, des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et mentions de récompenses industrielles ou la protection des droits d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques. Cette énumération n'est pas exhaustive. Ainsi, la loi fédérale sur la protection des obtentions végétales (art. 42; RS 232.16) prévoit aussi une instance cantonale unique. De même, la loi sur les cartels (art. 7) précise que les cantons désignent un tribunal chargé de connaître en instance cantonale unique des actions intentées pour entrave illicite à la concurrence. Or, les actions pour cause de concurrence déloyale sont assez souvent liées à de telles actions qui relèvent de la loi sur les cartels. C'est pourquoi il convient de saluer tout particulièrement une uniformisation dans la désignation des autorités judiciaires compétentes. Une solution possible consistait à élargir la liste de l'article 5, 2e alinéa, LCD, pour y inclure ces deux lois (loi sur la protection des obtentions végétales et loi sur les cartels). On a toutefois préféré une formulation plus ouverte. C'est pourquoi le présent projet de loi renonce à énumérer toutes les sortes d'actions spéciales auxquelles il est possible de joindre une action pour cause de concurrence déloyale. En lieu et place de l'énumération, on s'en est tenu à une forme générale, qui précise qu'une action pour cause de concurrence déloyale qui est en relation avec un litige de droit civil découlant d'une loi fédérale qui prévoit, en instance unique, la compétence d'une autorité judiciaire cantonale, peut être également intentée auprès de cette autorité. Dans la pratique, il ne s'agira probablement que de la connexité avec des actions intentées en vertu des lois fédérales mentionnées ci-avant. La jurisprudence (ATF 89 II 426 s.) et la doctrine (Troller, Immaterialgüterrecht vol. II, 2e éd., Baie/Stuttgart 1971, p. 1171) ont relevé qu'il n'y avait aucune raison d'admettre que l'article 5, 2e alinéa, LCD, ne se rapportait qu'à la compétence à raison de la matière. Il ressort de la note marginale «for» que cette disposition concerne également la compétence à raison du lieu. Afin de préciser cette conception qui est juste à nos yeux, le projet de loi mentionne expressément que l'action pour cause de concurrence déloyale peut être intentée à un autre for, dans la mesure où elle est en connexité avec une contestation de droit civil pour laquelle une loi fédérale prévoit précisément un autre for. Hormis les cas mentionnées ci-avant, cela pourrait se présenter lorsqu'une action pour cause de concurrence déloyale est connexe à une action découlant d'une violation du droit de la personnalité. En pareil cas, l'action pour cause de concurrence déloyale pourrait être intentée auprès du même tribunal que celui auprès duquel le lésé ferait valoir la violation des droits de la personnalité. Cet alinéa permet

d'éviter des procédures à double ainsi qu'une complication inutile des voies de droit. Enfin, le troisième alinéa déclare que la dernière instance cantonale est compétente pour connaître des actions intentées par la Confédération en vertu de l'article 11 P. 243.2 Procédure de conciliation ou procédure judiciaire simple et rapide (art. 14) Pour simplifier et pour accélérer l'exercice des droits, l'avant-projet de la commission d'experts avait prévu des offices de conciliation (cf. ch. 142.27). L'adoption de l'article 31sexies est. sur la protection des consommateurs, qui, à son troisième alinéa, enjoint les cantons d'établir une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide pour les différends qui découlent de contrats conclus entre consommateur final et fournisseur a toutefois créé une nouvelle situation. Il y a donc lieu d'en tenir compte. Il ne serait par conséquent guère judicieux d'alourdir encore la charge des cantons en leur demandant de créer des offices de conciliation dans le cadre de la LCD, cela d'autant plus que cette loi concrétise certains impératifs en matière de politique de consommation et qu'il en résulte ainsi certains parallèles avec la nouvelle disposition constitutionnelle. C'est pourquoi une combinaison et une harmonisation s'imposent sous la forme d'une reprise dans la LCD de la procédure de conciliation ou de la procédure judiciaire simple et rapide prévue par l'article 31sexies, 3e alinéa, est. Dès lors, les offices de conciliation prévus primitivement par la commission d'experts ont été abandonnés pour les raisons précitées. L'article 14 oblige les cantons, dans la ligne de l'article 31 SOX10S 5 y alinéa, est., à établir une procédure de conciliation ou une procédure simple et rapide pour les litiges portant sur la concurrence déloyale, ce jusqu'à concurrence d'une certaine valeur litigieuse. D'un côté, cette solution sauvegarde l'autonomie des cantons, puisqu'ils peuvent choisir entre une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire. D'un autre côté, ils ont la possibilité de coordonner la procédure s'appliquant aux litiges portant sur la concurrence déloyale et à ceux découlant de contrats entre consommateur final et fournisseur au sens de l'article 31sexies, 3e alinéa, est. Dès lors, il sera possible d'uniformiser la voie de droit propre aux actions dans ces deux domaines et on évitera les procédures à double. Les cantons seront libres d'organiser cette procédure comme ils l'entendent. En particulier, ils pourront déterminer si la procédure prévue aura un caractère obligatoire ou facultatif. 1116

La procédure de conciliation ou la procédure judiciaire simple et rapide qui sera choisie par les cantons sera en principe ouverte à tous ceux qui seront légitimés à intenter action en vertu de la LCD. De cette manière, ce ne sont pas seulement les consommateurs mais encore les concurrents économiquement plus faibles qui auront la possibilité de faire valoir leurs droits en relation avec la concurrence déloyale, ce qu'ils ont jusqu'à présent souvent renoncé à faire, compte tenu des frais, de la durée de la procédure ou des difficultés d'ordre psychologique. Ainsi, tous ceux qui seront touchés par des actes déloyaux auront à leur disposition une procédure par laquelle leur sera offerte la chance de liquider l'affaire de façon aussi aisée et rapide que possible. La valeur litigieuse limite à déterminer par le Conseil fédéral sera décisive pour savoir si l'affaire tombe ou non sous le coup de la procédure spéciale de conciliation ou procédure judiciaire simple et rapide. L'ordonnance d'exécution du Conseil fédéral concernant l'article 31sexies j 3e alinéa, est. (ordonnance du 19 mai 1982 sur la valeur litigieuse limite dans la procédure de protection des consommateurs; RO 982 1071) prévoit une valeur litigieuse limite de 8000 francs. Cette ordonnance devrait être étendue aux litiges concernant la concurrence déloyale, afin d'aboutir là encore à une coordination et à une uniformisation. De surcroît, la procédure devrait être également applicable lorsqu'aucune valeur litigieuse n'est donnée. En effet, c'est précisément dans le cadre de plaintes ayant pour objet une publicité déloyale qu'il est

souvent difficile d'apporter la preuve d'une valeur litigieuse. Pourtant, il n'y a aucune raison de ne pas admettre cette procédure pour de tels cas.

243.3 Mesures provisionnelles (art. 15)

Dans la LCD actuelle, les articles 9 à 12 contiennent des dispositions sur des mesures provisionnelles. Il est incontestable que c'est précisément dans le domaine du droit régissant la concurrence qu'il est indispensable de pouvoir agir rapidement sur le plan judiciaire. Le présent projet de loi ne change en soi rien à l'institution de procédure que constituent les mesures provisionnelles. En revanche, le Conseil fédéral a jugé opportun de chercher à unifier et à concentrer les prescriptions de droit fédéral concernant ces mesures. En dehors de la LCD, toute une série de lois fédérales concernant la protection du droit d'auteur et de la propriété industrielle contiennent des prescriptions relatives aux mesures provisionnelles (LDA, art. 52 s.; LMF, art. 31; LDMI, art. 28, art. 77 à 80; loi sur la protection des obtentions végétales, art. 43 à 47). En principe, toutes ces prescriptions réglementent la même institution juridique, à savoir les mesures provisionnelles, et elles visent à apporter des solutions identiques. La révision du droit régissant le droit de la personnalité a donné l'occasion d'uniformiser et de concentrer ces mesures de procédure prévues par la législation fédérale. Le projet de loi à ce sujet prévoit, aux articles 28c à 28/CCS (FF 1982 II 718 s.; pour le commentaire des diverses propositions, 73 Feuille fédérale. 135-année. Vol. 11 1117

cf. p. 689 ss), des dispositions sur les mesures provisionnelles. Les prescriptions analogues de la LCD actuelle (art. 9 à 12) se recoupent quant à leur fond avec celles du CCS. Il suffit donc, à l'article 15 du projet de loi qui concerne les mesures provisionnelles, de renvoyer aux dispositions correspondantes du CCS. La souplesse requise est garantie, puisque les dispositions du CCS sont seulement applicables par analogie aux faits constitutifs relevant de la LCD. L'article 28e CCS innove en prévoyant que dans tous les cantons les mesures provisionnelles devront être exécutées comme des jugements, ce dont on peut également se réjouir pour le domaine propre à la LCD. De surcroît, le renvoi au CCS apporte également une innovation concernant la LCD, puisque l'article 28c, 3e alinéa, CCS, réserve une place privilégiée aux médias et soumet à des conditions restrictives le pouvoir d'ordonner des mesures provisionnelles à leur égard, ce afin d'éviter que l'on puisse exercer une sorte de censure par ce biais (FF 1982 II 690 s., 718). Cette réglementation spéciale s'appliquant aux médias qui paraissent périodiquement sera également applicable aux mesures provisionnelles à ordonner dans le cadre de la LCD. Etant donné que le présent projet de loi renonce au statut spécial qui était celui des médias en matière d'actions proprement défensives (cf. ch. 153.1), il paraît dès lors d'autant plus indiqué de privilégier les médias à propos des mesures provisionnelles à ordonner. Cependant, les conditions précises posées par l'article 28c, 3e alinéa, ne devraient pas être réunies dans de nombreux cas concernant la publicité. Lorsque le défendeur a son domicile en Suisse, l'autorité compétente pour ordonner les mesures provisionnelles est déterminée d'après la LCD (art. 13 P). Lorsque le défendeur est à l'étranger, le for est déterminé d'après le projet de loi fédérale sur le droit international privé (cf. message du 10 novembre 1982 à l'appui d'une loi fédérale sur le droit international privé; FF 1983 I 255).

244 Application du code civil suisse (art. 16)

L'article 16 reprend tel quel l'actuel article 8 de la LCD. Selon cette prescription, les dispositions du code civil suisse, notamment celles du code des obligations, sont applicables en tant que la LCD n'y déroge pas. Ce renvoi inclut également le droit de réponse prévu aux articles révisés 28g à 28/CCS (FF 1982 II 719s.). Dans le cadre de la LCD, le droit de réponse pourrait surtout devenir actuel en cas de publicité déloyale, en particulier lorsqu'il s'agit de faits constitutifs du dénigrement (art. 3, let. a P) et de la publicité comparative (art. 3, let. e

P). En effet, une publicité déloyale ne contène pas encore, à elle seule, un droit de réponse. Il faut que les conditions fixées à l'article 28g CCS soient remplies. Cela signifie qu'une personne doit être directement touchée dans sa personnalité par l'acte déloyal (message concernant la protection de la personnalité; FF 1982 II 695 ss). 1118

E. 25

Dispositions de droit administratif 251 Indication des prix 251.1 Indication des prix au revendeur (art. 17) L'obligation d'indiquer les prix et conditions usuels dans le commerce aux échelons précédents du circuit commercial est importante pour le fait constitutif des prix d'appel (cf. ch. 241.35). 11 y a lieu de relever que cette prescription vise l'obligation d'indiquer les prix courants et les conditions de vente (les conditions de livraison et de paiement). Naturellement, les producteurs peuvent déroger, dans les cas particuliers, à leurs prix courants lorsqu'ils fixent leurs prix. Cependant, les prix courants et les conditions de livraison fournissent des indications intéressantes. La présente obligation d'indiquer les prix ne doit pas être confondue avec celle qui concerne l'indication obligatoire des prix aux consommateurs (indication du prix à payer effectivement). Cette différence importante joue également un certain rôle dans le cas d'une sanction pénale; en effet, une infraction contre l'indication obligatoire des prix selon cet article ne constitue qu'un délit qui se poursuit sur plainte et seuls les grossistes et les détaillants ont le droit de porter plainte (cf. à ce sujet ch. 261.2). En revanche, la violation de l'indication obligatoire des prix au niveau du consommateur constitue un délit qui se poursuit d'office. L'obligation d'indiquer les prix aux revendeurs vaut également pour les entreprises à intégration verticale, c'est-à-dire pour les maisons et organisations qui exercent diverses fonctions économiques allant de la production jusqu'à la distribution au détail (art. 17, 2e al, P). Là également, l'objectif visé est la prévention de la politique des prix d'appel. 251.2 Indication des prix au consommateur (art. 18 à 22) Les articles 20a à 20f de l'actuelle LCD, qui contiennent diverses prescriptions sur l'indication des prix aux consommateurs, ont été insérés dans la LCD par la révision partielle du 23 juin 1978 (RO 1978 2057; FF 1978 I 145). Ces dispositions ont été reprises telles quelles aux articles 18 à 22 du projet de loi. Seules les dispositions pénales (art. 20e LCD) ont été placées au titre troisième (cf. ch. 262). 252 Liquidations (art. 23 et 24) Le droit des liquidations ne régira plus que les liquidations totales et partielles. Dans ce cadre, l'autorisation cantonale restera obligatoire. En revanche, les ventes spéciales ont été soustraites au régime du permis obligatoire et ne font donc plus l'objet de la présente disposition. Les abus dans 1119

le domaine des ventes spéciales continueront à tomber sous le coup des prescriptions du titre premier (cf. notamment art. 3 P). De même, les dispositions concernant l'indication des prix au consommateur (art. 18 à 22 P) et l'ordonnance du 11 décembre 1978 qui repose sur ces dispositions et qui concerne l'indication des prix (OIP; RS 942.211) sont destinées à lutter contre les excroissances, que constituent les formes de vente analogues aux liquidations. L'article 23 correspond à l'actuel article 17 LCD, mais avec la suppression des ventes spéciales, ce qui constitue une innovation importante. Les autres modifications sont d'ordre rédactionnel. Le 4e alinéa innove avec l'exigence selon laquelle les organisations de consommateurs d'importance nationale ou régionale devront être entendues avant que l'ordonnance d'exécution soit édictée. Cela découle d'une plus grande intégration des consommateurs à la LCD. L'article 24 confère aux cantons le droit de percevoir des émoluments pour les liquidations totales et partielles. Etant donné que le droit régissant les liquidations se limitera désormais aux liquidations totales et partielles, on a pu renoncer à

une règle de délégation plus ample aux cantons, telle qu'elle existe dans l'actuel article 19, 1er alinéa, LCD. 253 Enquêtes de la Confédération (art. 25 à 28) Les articles 25 à 28 P se bornent à créer les conditions propres à permettre à la Confédération de mener les enquêtes nécessaires dans les cas d'actes de concurrence déloyale d'une grande portée économique, ce afin qu'elle puisse établir s'il y a lieu d'intenter une action au sens de l'article 11 P. En revanche, il est exclu qu'elle puisse prendre, contre la concurrence déloyale, des mesures impératives relevant du droit administratif. En effet, le projet de loi ne crée pas d'instrument tel qu'il en existe dans la loi sur les cartels (RS 257) en vertu de ses dispositions de droit administratif. Etant donné que l'action de la Confédération est limitée aux cas de déloyauté dans lesquels l'intérêt public exige la sauvegarde d'une concurrence loyale (cf. ch. 242.3), la Confédération doit avoir les attributions nécessaires pour pouvoir mener les enquêtes correspondantes. C'est là la finalité des dispositions en question. L'article 25 donne à la Confédération la possibilité d'entreprendre spontanément des enquêtes sur l'existence éventuelle d'une concurrence déloyale. En vertu de l'article U P, la Confédération est habilitée à intenter action lorsque les enquêtes qu'elle a menées montrent que les faits en cause concernant l'ensemble d'une branche économique et, partant, touchent l'intérêt public. L'article 26 vise à obliger les entreprises qui participent à la concurrence économique ainsi que les tiers concernés à fournir à la Confédération tous les renseignements nécessaires à ses enquêtes ainsi que les documents indispensables. 1120

Avec l'article 27, la Confédération peut obliger les services officiels des cantons ainsi que les organisations de l'économie et des consommateurs à coopérer aux enquêtes qu'elle mène. L'article 28 règle l'exécution. Etant donné que le chapitre concernant les enquêtes de la Confédération nécessite des prescriptions d'exécution indépendantes, cet article autorise le Conseil fédéral à édicter les dispositions d'exécution correspondantes.

E. 26

Dispositions pénales A l'opposé de l'actuelle LCD, dans laquelle les dispositions pénales sont dispersées et réparties sur le chapitre III (protection de droit pénal), le chapitre IV (liquidations et primes) et le chapitre V (indication des prix), le présent projet de loi regroupe toutes les dispositions pénales contenues dans la LCD dans un seul et même titre. La clarté est ainsi accrue. Les infractions poursuivies sur plainte et celles poursuivies d'office sont traitées séparément. Dans ce contexte, les infractions poursuivies sur plainte précèdent celles qui se poursuivent d'office. Cette structure s'impose parce que les infractions poursuivies sur plainte sont surtout des délits, tandis que les infractions qui se poursuivent d'office sont, en revanche, des contraventions ou impliquent des peines accessoires. 261 Infractions poursuivies sur plainte 261.1 Concurrence déloyale (art. 29) A l'opposé de l'actuel article 13 LCD, l'article 29 renonce à définir une nouvelle fois les faits pénaux, puisque les faits constitutifs particuliers du projet de loi (art. 3, 4, 5 et 6) ont été explicités comme faits pénaux. Il suffit donc de se référer à ces dispositions. Comme par le passé, les actions qui tombent sous le coup de cette disposition ne sont punissables que si elles ont été commises intentionnellement. La violation des conditions de travail (art. 7 P) continuera à ne pas tomber sous le coup des dispositions pénales. De même, l'article 8 P (conditions commerciales abusives) n'a pas été inclus dans les dispositions de droit pénal. Etant donné que la LCD continuera à être orientée vers le droit civil, les faits pénaux constituent des infractions qui se poursuivent sur plainte. Dès lors, peut porter plainte celui qui est légitimé à intenter une action civile selon les articles 9 et 10 P, à savoir les concurrents, les consommateurs, les associations professionnelles et économiques ainsi que

les organisations de consommateurs, mais non point la Confédération. La plainte est réglée uniformément pour tous les faits constitutifs particuliers. Comme par le passé, les peines prévues sont l'emprisonnement ou l'amende. En revanche, pour accroître l'efficacité des dispositions pénales, on a porté le maximum de l'amende de 40000 à 100000 francs. En outre, en vertu de l'article 58 du 1121

code pénal suisse (CP; RS 311.0), le juge a la possibilité de confisquer le bénéfice obtenu par le biais de la concurrence déloyale s'il y a lieu de supprimer un avantage ou une situation illicite. Cette prescription pourrait largement contribuer à faire de la concurrence déloyale une affaire vraiment peu payante. 261.2 Violation de l'obligation d'indiquer les prix aux revendeurs (art. 30) L'article 30 punit les violations de l'obligation d'indiquer les prix et les conditions aux revendeurs; cette obligation figure à l'article 17 P (cf. ch. 251.1). Le caractère pénal découle du caractère réglementaire de cette disposition. La légitimation à porter plainte se limite cependant aux grossistes et aux détaillants. Ce délit poursuivi sur plainte est conçu comme une contravention punie de l'amende jusqu'à 5000 francs en vertu de l'article 106CP. 262 Infractions poursuivies d'office Les infractions aux dispositions de droit administratif relatives à l'indication des prix aux consommateurs et aux liquidations continueront à être considérées comme des infractions qui sont poursuivies d'office. Pourtant, le projet de loi innove en prévoyant un autre délit se poursuivant d'office, à savoir la violation de l'obligation de renseigner lors d'enquêtes de la Confédération. Le même chapitre règle en outre l'interdiction d'exercer une profession que le juge peut prononcer d'office en tant que peine accessoire en cas d'infraction continue ou répétée à la concurrence loyale. 262.1 Violation de l'obligation d'indiquer les prix au consommateur et infraction aux prescriptions sur les liquidations (art. 31 et 32) Les dispositions pénales contenues à l'article 31 et qui concernent le domaine de l'indication des prix aux consommateurs ont été reprises, avec quelques modifications d'ordre rédactionnel, de l'article 20e LCD. Compte tenu du fait que l'intention n'est pas facile à prouver dans les cas de violation de l'obligation d'indiquer les prix, on a également englobé l'omission commise par négligence. En revanche, la peine sera l'amende en cas de négligence, c'est-à-dire 5000 francs au maximum en vertu de l'article 106 CP, ce qui représente une atténuation par rapport à la loi actuelle qui prévoit l'amende jusqu'à 20 000 francs au plus (art. 20e LCD). De la sorte, on crée un palier entre l'acte commis par négligence et celui qui l'est intentionnellement; on harmonise également cette disposition avec celle qui concerne les liquidations. A l'article 32, les dispositions pénales pour infraction aux prescriptions sur les liquidations (art. 18 LCD) ont été adaptées à la nouvelle situation résultant

de l'abandon des ventes spéciales dans le régime de l'autorisation obligatoire. Ce faisant, les peines prévues en matière de liquidations totales et partielles ont été harmonisées avec celles prévues dans les cas de violation de l'obligation d'indiquer les prix au consommateur. Cela implique une sévérité moins grande. En effet, selon le droit actuel (art. 18 LCD), les violations des prescriptions en matière de liquidation constituent un délit, tandis que le projet de loi range de telles violations parmi les contraventions. Cette atténuation se justifie, parce qu'une partie des dispositions concernant les liquidations sont supprimées. La négligence sera désormais punissable par analogie à la disposition concernant l'indication des prix. 262.2 Violation de l'obligation de renseigner lors d'enquêtes de la Confédération (art. 33) L'article 33 tend à faire respecter l'obligation de renseigner lors d'enquêtes de la Confédération (cf. ch. 253). L'inobservation intentionnelle de cette disposition sera punie des arrêts ou de l'amende jusqu'à 20 000 francs. 262.3

Infractions continues ou répétées à la concurrence loyale (art. 34) L'article 34 innove en prévoyant une interdiction professionnelle frappant celui qui, de manière continue ou répétée, s'est rendu gravement coupable de concurrence déloyale au sens des articles 3, 4, 5 ou 6. Ces articles concernent tous, sans exception, des faits constitutifs de nature pénale en vertu de l'article 29 P. A l'occasion des délibérations parlementaires concernant la loi sur le petit crédit, le Conseil national s'est prononcé en faveur de l'inclusion dans la LCD d'une telle interdiction qui est cependant limitée à des agissements déloyaux relevant du domaine des ventes à paiement partiel et du petit crédit (cf. BO M 1982 I 97; prévu comme art. 15b's de la LCD actuelle). Dans le cadre de la présente révision de la LCD, il importe de ne pas faire dépendre cette disposition uniquement d'infractions continues ou répétées aux faits en question (ventes à paiements partiel et petit crédit), mais encore de l'introduire de façon générale comme peine accessoire, afin d'uniformiser l'interdiction professionnelle. L'interdiction d'exercer une profession, telle qu'elle est définie dans le présent article, est liée à une infraction continue ou répétée, constituant un délit se poursuivant d'office. Le juge peut donc interdire à la personne concernée l'exercice d'une activité commerciale pendant une durée de six mois à cinq ans, pour autant que l'activité professionnelle en question s'exerce dans le cadre où les infractions ont été commises. Toutefois, l'interdiction ne peut être prononcée que lorsque la personne concernée a commis non pas une infraction unique et légère tombant sous le coup de l'article 29 P, mais s'est rendu gravement coupable de manière continue ou répétée (1er al.). 1123

Ainsi, les conditions dont dépend l'interdiction professionnelle sont sévèrement limitées pour tenir dûment compte des graves effets de cette peine accessoire qui, dans certaines circonstances, peut toucher plus durement que la peine principale. Cette disposition précise encore que l'interdiction peut frapper non seulement l'auteur direct des agissements, mais encore la personne responsable au sens de l'article 6 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (RS 313.0). Le 2e alinéa détermine directement la sanction qui frappera celui qui enfreindra l'interdiction professionnelle. Le maximum de l'amende correspond à celui fixé à l'article 29 P. 263 Infractions commises dans une entreprise; poursuite pénale et prescription (art. 35 à 37) L'article 35 renvoie aux articles 6 et 7 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (RS 313.0) pour ce qui est des infractions commises dans des entreprises par des mandataires ou assimilés. On obtient de la sorte une uniformisation des dispositions relatives aux infractions commises dans des entreprises de ce genre; cela répond au principe du droit pénal moderne. Dans la LCD actuelle, ces dispositions sont dispersées dans différents articles (cf. art. 14, 15, 18, 3e al., et 20, 4e al., LCD). En vertu de l'article 36, la poursuite pénale incombe aux cantons (1er al.), tout comme c'est le cas dans la loi actuelle (art. 16, 18, 3e al., et 20e, 5e al.). Le 2^e alinéa enjoint les autorités cantonales de communiquer tous les jugements, les prononcés administratifs et les ordonnances de non-lieu en matière d'indication des prix au consommateur et de liquidations au Ministère public de la Confédération, à l'intention du Département fédéral de l'économie publique. Cette communication obligatoire constitue la base de la légitimation du Ministère public fédéral à user d'une voie de droit pour attaquer des décisions pénales cantonales dans les domaines précités. L'article 37 règle la prescription de la poursuite pénale. Le délai de prescription qui est de cinq ans concorde avec celui qui est prévu par le CP (art. 70).

Dispositions finales Dans le cadre des dispositions finales, on a renoncé à faire une mention explicite concernant la relation au droit cantonal. En effet, la réserve figurant à l'article 22 de la LCD actuelle en faveur des prescriptions de droit cantonal sur la police du commerce et de l'industrie et en faveur du pouvoir des cantons de légiférer en matière de police du commerce et de l'industrie découle sans autre de l'article 31, 2e al., est. et de l'article 335 CP. 1124

L'article 38 règle l'abrogation du droit fédéral. L'article 39 contient les formules finales usuelles concernant le référendum facultatif auquel est soumis la présente loi ainsi que la compétence du Conseil fédéral de fixer la date de l'entrée en vigueur. 3 Conséquences financières et répercussions sur l'effectif du personnel pour la Confédération et les cantons

E. 31

Répercussions sur l'effectif du personnel L'instauration d'un droit d'intenter action en faveur de la Confédération et la création d'enquêtes qu'un office fédéral pourra mener n'auront pas de répercussion sur l'effectif du personnel. En effet, ces tâches seront accomplies par le personnel déjà à disposition. L'introduction d'une procédure de conciliation ou d'une procédure judiciaire simple et rapide dans les cantons pourra, dans certaines circonstances, représenter une certaine charge supplémentaire dans le domaine judiciaire, mais il est difficile d'en estimer l'ampleur. En revanche, la libération des ventes spéciales du régime de l'autorisation obligatoire apportera aux cantons un soulagement dans le secteur de la police du commerce.

E. 32

Conséquences financières La révision de la LCD n'aura pas de conséquence financière directe ni pour la Confédération ni pour les cantons. Le fait que les ventes spéciales ne seront plus soumises à la délivrance d'une autorisation entraînera la suppression des émoluments correspondants dans les cantons.

E. 33

Grandes lignes de la politique gouvernementale Ce projet figure dans les grandes lignes de la politique gouvernementale durant la législature 1979-1983 (FF 1980 I 586, 2e partie, ch. 311); il n'a pas d'incidence sur le budget de la Confédération et n'a donc pas sa place dans le plan financier. 4 Constitutionnalité Le présent projet de loi s'appuie sur quatre dispositions constitutionnelles: L'article 64 est., selon lequel la Confédération est habilitée à légiférer en matière de droit privé, constitue la base des dispositions de droit civil et de procédure. Selon la doctrine dominante et la jurisprudence, cet article autorise également la Confédération à édicter les dispositions de procédure, dans la mesure où celles-ci sont nécessaires à la concrétisation du droit privé fédéral (cf. Jur. adm. 1982, n° 21, ch. III). Les dispositions de droit civil et de procédure s'appuient encore sur l'ar-

ticle 31bis, 2e alinéa, est., car il s'agit de prescriptions concernant l'exercice du commerce et de l'industrie. Les dispositions de droit administratif s'appuient de même sur l'article 31bis, 2e alinéa, est. Lorsqu'elle légifère en matière de droit privé, la Confédération est liée par la liberté du commerce et de l'industrie (cf. message concernant l'initiative populaire «pour une prolongation des vacances payées» et pour la révision de la réglementation des vacances dans le code des obligations, FF 1982 III 197). Il en va de même des prescriptions qui se fondent sur l'article 31bis, 2e alinéa, est. Par conséquent, la LCD ne doit pas contenir de dispositions qui dérogent à la liberté du commerce et de l'industrie. Cela signifie qu'il

n'est pas auto-risé d'y inclure des dispositions qui visent en premier lieu des buts de politique structurelle, car celles-ci constituent, selon la doctrine unanime, une dérogation à la liberté du commerce et de l'industrie. Comme on l'a vu ci-avant, le projet de loi renonce à établir un protectionnisme structurel. Comme par le passé, il part de l'idée qu'il y a lieu de protéger la bonne foi dans les relations commerciales. Il s'agit là d'un impératif de la police du commerce qui, selon la doctrine unanime, est compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie. Cependant, le projet de révision ne vise pas seulement à protéger la bonne foi dans les relations d'affaires, mais il tend aussi et surtout à protéger la concurrence loyale. Selon la terminologie en usage, cet objectif est un impératif de la politique économique et une telle politique économique est compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie. D'ailleurs, le Conseil fédéral l'a déjà relevé dans son message à l'appui de la révision de la loi sur les cartels (FF 1981 II 1322 ss). Les dispositions du projet de loi qui concernent les consommateurs ont une base constitutionnelle supplémentaire dans l'article 31SCMCS i 1er alinéa, est. De surcroît, le droit d'intenter action qui est conféré aux organisations de consommateurs s'appuie sur le 2e alinéa de cette disposition constitutionnelle. Enfin, les prescriptions de droit pénal reposent sur l'article 64b's est.

Annexe Liste des participants aux auditions 1. Dentier SA 2. Usego-Trimerco SA 3. Fédération des coopératives Migros (Migros) 4. Coop Suisse (Coop) 5. Colgro 6. Association des grands magasins suisses 7. Association suisse des entreprises à succursales 8. Communauté d'action de détaillants indépendants de Suisse (ASD) 9. Association suisse des détaillants en alimentation (Veledes) 10. Société Suisse de l'industrie des biens de consommation (Promarca) 11. Association Suisse des Droguistes 12. Howeg 13. Association Suisse des Détaillants en Textiles (ASDT) 14. Union professionnelle Suisse de l'Automobile (UPSA) 1127

Loi fédérale Projet contre la concurrence déloyale (LCD) L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse, vu les articles 31bis, 2e alinéa, SI8TM0, 64 et 64bis de la constitution; vu le message du Conseil fédéral du 18 mai 1983", arrête: Titre premier: But Article premier La présente loi vise à garantir une concurrence loyale et authentique, dans l'intérêt de toutes les parties concernées. Titre deuxième : Dispositions de droit civil et de procédure Chapitre premier: Illicéité de la concurrence déloyale Art. 2 Principe Sont déloyaux et illicites tous comportements ou pratiques commerciales qui sont fallacieux ou qui contreviennent de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influent sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Art. 3 Méthodes déloyales de publicité et de vente et autres comportements illicites Agit de façon déloyale, celui qui, notamment, a. Dénigre autrui, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes; b. Donne des indications inexactes ou fallacieuses sur lui-même, son entreprise, sa raison de commerce, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix, ses stocks ou ses affaires ou qui, par de telles allégations, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents; c. Porte ou utilise des titres et dénominations professionnelles inexacts, qui sont de nature à faire croire à des distinctions ou capacités particulières; »FF 1983 II 1037 117R

Concurrence déloyale d. Prend des mesures de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les œuvres, les prestations ou les affaires d'autrui; e. Compare, de façon inexacte, fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire sa personne, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations ou ses prix avec celles ou ceux d'un concurrent ou qui, par de telles comparaisons, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents; f. Offre à bas prix de façon

réitérée un choix de marchandises, d'œuvres ou de prestations, trompant ainsi la clientèle sur ses propres capacités • ou celles de ses concurrents; la tromperie est présumée lorsque le prix de vente est inférieur au prix coûtant usuel dans le commerce; si le défendeur apporte la preuve du prix coûtant effectif, celui-ci est déterminant pour la présomption de tromperie; g. Offre des primes, trompant ainsi la clientèle sur la valeur effective de son offre; h. Porte atteinte au libre arbitre de la clientèle en usant de méthodes de vente ou de publicité particulièrement agressives; i. Trompe la clientèle en dissimulant la qualité, la quantité, les possibilités d'utilisation, l'utilité ou les dangers éventuels de marchandises, d'œuvres ou de prestations; k. Omet, dans des annonces publiques en matière de ventes par acompte ou de contrats qui leur sont assimilés, de désigner nettement sa raison de commerce, de donner des indications claires sur le prix de vente au comptant ou le prix de vente global ou de chiffrer exactement, en francs et en pour cent par année, le supplément de prix résultant du paiement par acomptes; l. Omet, dans des annonces publiques en matière de petits crédits, de désigner nettement sa raison de commerce, de donner des indications claires sur le montant du crédit ou le maximum de la somme globale remboursable ou de chiffrer exactement, en francs et en pour cent par année, les intérêts maximums; m. Offre ou conclut, dans le cadre d'une activité professionnelle, des contrats régis par les dispositions sur la vente à paiements partiels ou sur le petit crédit en utilisant des formules de contrat qui contiennent des indications incomplètes ou inexactes sur l'objet du contrat, le prix, les conditions de paiement, la durée du contrat, le droit de révocation ou de dénonciation du client ou sur son droit au paiement anticipé du solde. Art. 4 Incitation à violer ou à résilier un contrat Agit de façon déloyale, celui qui, notamment, a. Incite un client à rompre un contrat en vue de conclure de son côté un tel contrat avec lui; b. Accorde ou offre à des travailleurs, mandataires ou auxiliaires d'un tiers des avantages illégitimes et de nature à procurer un profit, soit à 1129

Concurrence déloyale lui-même soit à autrui, en les faisant manquer à leur devoir dans l'accomplissement de leurs obligations; c. Induit des travailleurs, mandataires ou auxiliaires à trahir ou surprendre des secrets de fabrication ou d'affaires de leur employeur ou mandant; d. Incite un acheteur ou un preneur qui a conclu une vente par acomptes, une vente avec paiements préalables ou un contrat de petit crédit à révoquer ce contrat, ou un acheteur qui a conclu une vente avec paiements préalables à dénoncer celle-ci, pour conclure de son côté un tel contrat avec lui. Art. 5 Exploitation d'une prestation d'autrui Agit de façon déloyale, celui qui, notamment, a. Exploite, sans y être autorisé, le résultat d'un travail qui lui a été confié, par exemple des offres, des calculs ou des plans; b. Exploite le résultat du travail d'un tiers, par exemple des offres, des calculs ou des plans, bien qu'il sache que ce résultat lui a été remis ou rendu accessible de façon indue; c. Reprend tel quel par des moyens techniques de reproduction, sans dépenses personnelles appropriées, et exploite le résultat du travail d'un tiers, prêt à être mis sur le marché. Art. 6 Violation des secrets de fabrication et d'affaires Agit de façon déloyale, celui qui, notamment, exploite ou divulgue des secrets de fabrication ou d'affaires qu'il a surpris ou dont il a eu autrement connaissance de manière illégitime. Art. 7 Violation des conditions de travail Agit de façon déloyale, celui qui, notamment, n'observe pas les conditions de travail légales, réglementaires ou contractuelles qui sont également applicables au concurrent ou les conditions de travail conformes aux usages professionnels ou locaux. Art. 8 Utilisation de conditions commerciales abusives Agit de façon déloyale, celui qui, notamment, utilise, au détriment d'une partie contractante, des conditions générales commerciales préalablement formulées, 1130

Concurrence déloyale a. Qui dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou b. Qui prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat. Chapitre 2 : Qualité pour agir Art. 9 Principe 1 Celui qui, par un acte de concurrence déloyale, subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général, peut demander au juge: a. De l'interdire, si elle est imminente; b. De la faire cesser, si elle dure encore; et c. D'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste. 2 Il peut en particulier demander qu'une rectification ou que le jugement soit communiqué à des tiers ou publié. 3 Il peut en outre, selon le droit des obligations", intenter des actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi qu'exiger la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires. Art. 10 Actions de clients et d'organisations 1 Les actions prévues à l'article 9 peuvent aussi être intentées par les clients atteints dans leurs intérêts économiques par un acte de concurrence déloyale. 2 Les actions prévues à l'article 9, 1er et 2e alinéas, peuvent en outre être intentées par: a. Les associations professionnelles et économiques que leurs statuts autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres; b. Les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs. Art. 11 Actions de la Confédération Lorsqu'une enquête au sens de l'article 25 confirme des indices de concurrence déloyale, la Confédération peut intenter les actions prévues à l'article 9, 1er et 2e alinéas, pour autant que l'intérêt public que revêt le maintien d'une concurrence loyale l'exige. Art. 12 Actions contre l'employeur Lorsque l'acte de concurrence déloyale a été commis par un travailleur ou par un autre auxiliaire dans l'accomplissement de leur travail, les actions prévues à l'article 9, 1er et 2e alinéas, peuvent également être intentées contre l'employeur. » RS 220 1131

Concurrence déloyale Chapitre 3: Dispositions de procédure Art. 13 For 1 Les actions en concurrence déloyale doivent être intentées au domicile ou au siège du défendeur. 2 S'il existe une connexité entre une action civile fondée sur la concurrence déloyale et une contestation de droit civil découlant d'une loi fédérale qui prévoit une seule instance cantonale ou d'autres fors, l'action en concurrence déloyale peut également être intentée devant cette instance ou à ces fors. Lorsqu'une seule instance cantonale est prévue, le recours au Tribunal fédéral est recevable sans égard à la valeur litigieuse. 3 L'autorité cantonale de dernière instance est compétente pour connaître des actions intentées par la Confédération. Art. 14 Procédure de conciliation ou procédure judiciaire simple et rapide Pour connaître des litiges portant sur la concurrence déloyale, les cantons prévoient, jusqu'à concurrence d'une valeur litigieuse à fixer par le Conseil fédéral, une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide. Cette procédure s'applique également aux contestations sans valeur litigieuse. Art. 15 Mesures provisionnelles Les articles 28c à 28/du code civil suisse⁰ s'appliquent par analogie aux mesures provisionnelles. Chapitre 4: Application du code civil suisse Art. 16 Le code civil suisse¹, notamment le code des obligations^{2*}, est applicable en tant que la présente loi n'y déroge pas. Titre troisième: Dispositions de droit administratif Chapitre premier: Indication des prix Section 1: Indication des prix au revendeur Art. 17 1 Celui qui offre à la revente des marchandises aux grossistes et aux commerçants de détail doit leur communiquer les prix et conditions usuels dans le commerce. » RS 210 2 » RS 220 1132

Concurrence déloyale 2 Celui qui offre des marchandises exclusivement aux magasins de vente appartenant à son groupe, doit communiquer aux grossistes et aux commerçants de

détail les prix de transfert et les conditions. 3 Le Conseil fédéral règle les détails. Section 2: Indication des prix au consommateur Art. 18 Obligation d'indiquer les prix 1 Le prix à payer effectivement pour les marchandises offertes au consommateur doit être indiqué, à moins que le Conseil fédéral ne prévoie des exceptions. La même obligation s'applique aux prestations de services désignées par le Conseil fédéral. 2 Le Conseil fédéral règle l'indication des prix et des pourboires. 3 Les dispositions de l'article 11 de la loi fédérale du 9 juin 1977^o sur la métrologie s'appliquent en outre aux biens et services mesurables. Art. 19 Indication des prix dans la publicité Lorsque des prix ou des réductions de prix sont mentionnés dans la publicité, leur indication doit être conforme aux règles édictées par le Conseil fédéral. Art. 20 Indication de prix fallacieuse 11 est interdit: a. D'indiquer des prix, b. D'annoncer des réductions de prix ou c. De mentionner d'autres prix en sus du prix à payer effectivement, en usant de procédés pouvant induire en erreur. Art. 21 Obligation de renseigner 1 Dans la mesure où l'établissement des faits l'exige, les organes compétents des cantons peuvent demander des renseignements et exiger des documents. 2 Sont soumises à l'obligation de renseigner: a. Les personnes et entreprises qui offrent des marchandises au consommateur ou produisent de telles marchandises, en font le commerce ou les achètent; b. Les personnes et entreprises qui offrent des services, les fournissent, les procurent ou en font usage; c. Les organisations de l'économie. D RS 941.20 74 Feuille fédérale. 133-anrnic.Vol.il 1133

Concurrence déloyale 3 L'obligation de renseigner devient caduque si les déclarations peuvent être refusées en vertu de l'article 42 de la loi fédérale de la procédure civile fédérale¹». 4 Les dispositions cantonales concernant la procédure administrative et pénale sont réservées. Art. 22 Exécution 1 L'exécution incombe aux cantons; la Confédération exerce la haute surveillance. 2 Le Conseil fédéral édicte les prescriptions d'exécution. Chapitre 2: Liquidations Art. 23 Obligation de demander un permis ' Aucune liquidation totale ou partielle ne peut être annoncée ou exécutée publiquement sans une autorisation du service cantonal compétent. 2 Selon que l'exige le maintien d'une concurrence loyale, le permis sera refusé ou soumis à des conditions restrictives; une liquidation totale ou partielle ne pourra être autorisée, hormis les cas où le refus du permis serait une mesure particulièrement rigoureuse, qu'après un établissement d'un an au moins. 3 Lors d'une liquidation totale, il sera, hormis les cas où l'interdiction serait une mesure particulièrement rigoureuse, interdit au requérant d'ouvrir une entreprise de même nature ou de participer à une telle entreprise d'une manière quelconque pendant une période de un à cinq ans. Si cette interdiction est violée, l'entreprise pourra être fermée. Le présent alinéa s'applique par analogie aux liquidations partielles. 4 Le Conseil fédéral édictera par voie d'ordonnance les dispositions d'exécution nécessaires. 11 consultera au préalable les gouvernements cantonaux et les associations professionnelles et économiques intéressées, ainsi que les organisations de consommateurs d'importance nationale et régionale. Art. 24 Compétence des cantons Les cantons peuvent percevoir des émoluments pour les liquidations totales et partielles, > » RS 273 1134

Concurrence déloyale Chapitre 3 : Enquêtes de la Confédération Art. 25 Enquêtes Lorsqu'il existe des indices de concurrence déloyale touchant une branche économique tout entière, la Confédération peut enquêter d'office. Elle décide s'il convient d'intenter action selon l'article 11. Art. 26 Obligation de renseigner Les entreprises participant à la concurrence économique ainsi que les tiers concernés ont l'obligation de fournir à la Confédération tous les renseignements et documents nécessaires aux enquêtes. Art. 27 Obligation de coopérer

La Confédération peut exiger des services cantonaux ainsi que des organisations de l'économie et de consommateurs qu'ils coopèrent aux enquêtes et fournissent les documents nécessaires. Art. 28 Exécution Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution. Titre quatrième: Dispositions pénales Chapitre premier: Infractions poursuivies sur plainte Art. 29 Concurrence déloyale Celui qui, intentionnellement, se sera rendu coupable de concurrence déloyale au sens des articles 3, 4, 5 ou 6, sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement ou de l'amende jusqu'à 100 000 francs. Peut porter plainte celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les articles 9 et 10. Art. 30 Violation de l'obligation d'indiquer les prix aux revendeurs Celui qui, intentionnellement, aura violé l'obligation d'indiquer les prix et les conditions (art. 17) sera, sur plainte, puni de l'amende. Les grossistes et les commerçants de détail ont qualité pour porter plainte. Chapitre 2: Infractions poursuivies d'office Art. 31 Violation de l'obligation d'indiquer les prix au consommateur 1 Celui qui, intentionnellement, aura violé l'obligation d'indiquer les prix (art. 18), 1135

Concurrence déloyale aura contrevenu aux prescriptions sur l'indication des prix dans la publicité (art. 19), aura indiqué des prix de manière fallacieuse (art. 20), n'aura pas satisfait à l'obligation de renseigner concernant l'indication des prix (art. 21), aura contrevenu aux prescriptions d'exécution édictées par le Conseil fédéral au sujet de l'indication des prix (art. 18 et 22), sera puni des arrêts ou de l'amende jusqu'à 20 000 francs. 2 La tentative et la complicité sont punissables. 3 Si l'auteur a agi par négligence, la peine sera l'amende. Art. 32 Infraction aux prescriptions sur les liquidations 1 Celui qui, intentionnellement, aura commis une infraction aux prescriptions sur les liquidations (art. 23), sera puni des arrêts ou de l'amende jusqu'à 20 000 francs. 2 La tentative et la complicité sont punissables. 3 Si l'auteur a agi par négligence, la peine sera l'amende. Art. 33 Violation de l'obligation de renseigner lors d'enquêtes de la Confédération Celui qui, intentionnellement, n'aura pas satisfait à l'obligation de renseigner lors d'enquêtes de la Confédération (art. 26), sera puni des arrêts ou de l'amende jusqu'à 20 000 francs. Art. 34 Infractions continues ou répétées à la concurrence loyale 1 Lorsque quelqu'un se sera rendu, de manière continue ou répétée, gravement coupable de concurrence déloyale au sens des articles 3, 4, 5 ou 6, le juge peut lui interdire ou interdire à la personne responsable au sens de l'article 6 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif", pour une durée de six mois à cinq ans, d'exercer l'activité professionnelle dans le cadre de laquelle les infractions ont été commises. 2 Celui qui aura enfreint cette interdiction sera puni des arrêts ou d'une amende de 100 000 francs au plus. Chapitre 3 : Infractions commises dans une entreprise Art. 35 Les articles 6 et 7 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif" sont applicables. n RS 313.0 1136

Concurrence déloyale Chapitre 4: Poursuite pénale et prescription Art. 36 Poursuite pénale 1 La poursuite pénale incombe aux cantons. 2 Les autorités cantonales sont tenues de communiquer en expédition intégrale immédiatement et sans frais les jugements, les prononcés administratifs et les ordonnances de non-lieu en matière d'indication des prix au consommateur et de liquidations au Ministère public de la Confédération, à l'intention du Département fédéral de l'économie publique, Art. 37 Prescription La poursuite pénale est prescrite par cinq ans. La suspension de la procédure ne peut pas proroger de plus de la moitié le délai de prescription. Si une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide (art. 14) est pendante, le délai de prescription est suspendu. Titre cinquième : Dispositions finales Art. 38 Abrogation du droit fédéral La loi fédérale du 30 septembre 1943" sur la concurrence déloyale est abrogée. Art. 39 Référendum et entrée en vigueur 1

La présente loi est sujette au référendum facultatif. 2 Le Conseil fédéral fixe l'entrée en vigueur. » RS 2 945: RO 1962 1082,1970 308,1978 2057 1137

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 18 mai 1983 In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 1983 Année Anno Band 2 Volume Volume Heft 28 Cahier Numero Geschäftsnummer 83.038 Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 19.07.1983 Date Data Seite 1037-1137 Page Pagina Ref. No 10 103 763 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert. Le document a été digitalisé par les. Archives Fédérales Suisses. Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.