

LIDC – CONGRÈS D'AMSTERDAM
QUESTION B

Rapport pour la Suisse

Amédée KASSER, dr en droit, avocat, Kasser Schlosser Avocats, Lausanne

I. GÉNÉRALITÉS

1.a. Les pratiques commerciales considérées comme déloyales par la loi

Les pratiques commerciales considérées comme déloyales par le droit suisse sont celles qui violent la Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (la LCD)¹. Entrée en vigueur le 1^{er} mars 1988, cette loi a abrogé celle du 30 septembre 1943 sur la concurrence déloyale.

En 1981, le peuple et les cantons suisses avaient accepté d'introduire dans la Constitution fédérale une disposition sur la protection des consommateurs². Le souci de protection des consommateurs a été pris en considération dans l'élaboration de la loi de 1986³.

Dans son Message au Parlement à l'appui du projet de loi, le Conseil fédéral soulignait l'aspect tridimensionnel, ou la « tridimensionnalité » du droit de la concurrence : égale valeur des intérêts de l'économie, des consommateurs et de la collectivité⁴. Ce caractère tridimensionnel du droit de la concurrence a encore été récemment souligné par le Tribunal fédéral⁵.

¹ Recueil systématique du droit fédéral/RS 241.

² Art. 31sexies de la Constitution fédérale du 29 mai 1874: « La Confédération prend des mesures pour protéger les consommateurs tout en respectant les intérêts généraux de l'économie nationale et en respectant le principe de la liberté du commerce et de l'industrie (al. 1). Les organisations de consommateurs bénéficient, dans les limites de la législation sur la concurrence déloyale, des mêmes droits que les associations professionnelles et économiques (al. 2). Les cantons établissent une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide s'appliquant, jusqu'à concurrence d'une valeur litigieuse à fixer par le Conseil fédéral, aux différends qui découlent de contrats conclus entre consommateurs finals et fournisseurs (al. 3) ».

La protection des consommateurs est actuellement prévue par l'art. 97 de la Constitution fédérale du 18 août 1999 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, qui a abrogé celle du 29 mai 1974: « La Confédération prend des mesures destinées à protéger les consommateurs et les consommatrices (al. 1). Elle légifère sur les voies de droit ouvertes aux organisations de consommateurs. Dans les domaines relevant de la législation sur la concurrence déloyale, ces organisations bénéficient des mêmes droits que les associations professionnelles et économiques (al. 2). Les cantons prévoient une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide pour les litiges dont la valeur litigieuse ne dépasse pas un montant déterminé. Le Conseil fédéral fixe ce montant (al.3) ».

³ Message du Conseil fédéral du 18 mai 1983, Feuille fédérale/FF 1983 II 1037 ss, spéc. 1091.

⁴ Message, *ibid.*

⁵ ATF 129 III 426 consid. 2.2.

L'article 1 LCD illustre l'approche fonctionnelle de la loi⁶. Il précise son but, qui est de « garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée ». Le Tribunal fédéral a précisé que la LCD avait ainsi un double but : d'une part, elle vise à garantir une concurrence loyale et non faussée et, d'autre part, elle tend à assurer par là la protection des intéressés, notamment des concurrents et des consommateurs⁷. Pour le Tribunal fédéral, ces deux buts sont étroitement liés ; la réglementation de la concurrence n'est pas une fin en soi, mais, comme cela ressort du texte de l'article 1^{er}, a elle-même pour but de protéger les intérêts des parties concernées, parmi lesquelles les consommateurs⁸.

La LCD commence par poser le principe de l'illicéité de la concurrence déloyale dans une disposition conçue comme une clause générale⁹. Elle comporte ensuite une liste exemplative de méthodes déloyales et de comportements illicites¹⁰.

La clause générale de l'article 2 LCD a la teneur suivante :

« Est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commercial qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients ».

La liste des cas de concurrence déloyale des articles 3 à 8 LCD concrétise la clause générale.

Ces dispositions distinguent les méthodes déloyales de publicité et de vente et les autres comportements illicites (art. 3), l'incitation à violer ou à résilier un contrat (art. 4), l'exploitation d'une prestation d'autrui (art. 5), la violation des secrets de fabrication ou d'affaires (art. 6), l'inobservation des conditions de travail (art. 7) et l'utilisation de conditions commerciales abusives (art. 8).

Ces dispositions constituent un catalogue de pratiques commerciales déloyales. Toutefois, l'énumération des articles 3 à 8 LCD n'est pas exhaustive, un comportement qui n'y est pas mentionné pouvant être déloyal et illicite en tombant sous le coup de la clause générale, laquelle est d'application directe.

En matière de protection des consommateurs, le souci principal du législateur est d'éviter que ceux-ci ne soient trompés, de n'importe quelle façon ; aussi la tromperie

⁶ Message, *ibid.*

⁷ ATF 120 IV 287, consid. 2f.

⁸ *Ibid.*

⁹ Art. 2 LCD ; voir Troller, p. 925-926.

¹⁰ Art. 3 à 8 LCD.

est-elle mentionnée comme élément caractéristique de la concurrence déloyale dans la clause générale de l'article 2 LCD, dans les dispositions particulières des lettres a à g et i à m de l'article 3 LCD, ainsi qu'à l'article 8 LCD sur les conditions commerciales abusives¹¹.

La liste de ces pratiques, qui concrétisent la clause générale de l'article 2 LCD, est la suivante :

« **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 oeuvres, 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 oeuvres, ses prestations, ses prix, ses stocks, ses méthodes de vente ou ses affaires ou qui, par de telles allégations, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents;
- c. Porte ou utilise des titres ou des dénominations professionnelles inexacts, qui sont de nature à faire croire à des distinctions ou capacités particulières;
- d. Prend des mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les oeuvres, les prestations ou les affaires d'autrui;
- e. Compare, de façon inexacte, fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire sa personne, ses marchandises, ses oeuvres, 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, de façon réitérée, au-dessous de leur prix coûtant, un choix de marchandises, d'oeuvres ou de prestations et met cette offre particulièrement en valeur dans sa publicité, 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 pour des achats comparables de marchandises, d'oeuvres ou de prestations de même nature; si le défendeur peut établir le prix coûtant effectif, celui-ci est déterminant pour le jugement;
- g. Trompe, par des primes, la clientèle sur la valeur effective de son offre;
- h. Entrave la liberté de décision de la clientèle en usant de méthodes de vente particulièrement agressives;

¹¹ Dessemontet, p. 349.

i. Trompe la clientèle en faisant illusion sur la qualité, la quantité, les possibilités d'utilisation, l'utilité de marchandises, d'oeuvres ou de prestations ou en taisant les dangers qu'elles présentent;

k. omet, dans des annonces publiques en matière de crédit à la consommation, de désigner nettement sa raison de commerce, ou de donner des indications claires sur le montant net du crédit, le coût total du crédit et le taux annuel effectif global;

l. omet, dans des annonces publiques en matière de crédit à la consommation portant sur des marchandises ou des services, de désigner nettement sa raison de commerce, ou de donner des indications claires sur le prix de vente au comptant, le prix de vente résultant du contrat de crédit et le taux annuel effectif global;

m. offre ou conclut, dans le cadre d'une activité professionnelle, un contrat de crédit à la consommation ou une vente avec paiements préalables 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 le droit qu'a celui-ci de payer le solde par anticipation;

n. omet dans des annonces publiques en matière de crédit à la consommation (let. k) ou en matière de crédit à la consommation portant sur des marchandises ou des services (let. l) de signaler que l'octroi d'un crédit est interdit s'il occasionne le surendettement du consommateur.

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 d'en conclure un autre avec lui;
- b. Cherche à se procurer, ou à procurer à autrui, des profits, en accordant ou en offrant à des travailleurs, des mandataires ou des auxiliaires d'un tiers des avantages illégitimes qui sont de nature à inciter ces personnes à manquer à leurs devoirs dans l'accomplissement de leur travail;
- c. Incite des travailleurs, mandataires ou auxiliaires à trahir ou à 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 avec paiements préalables ou un contrat de crédit à la consommation 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 de façon indue 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 grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant le résultat de travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et l'exploite comme tel.

Art. 6 Violation des secrets de fabrication ou 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 indûment connaissance d'une autre manière.

Art. 7 Inobservation des conditions de travail

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, n'observe pas les conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux.

Art. 8 Utilisation de conditions commerciales abusives

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées, qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et qui:

- a. Dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou
- b. Prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat. »

La LCD sera prochainement modifiée en ce sens que sera supprimé l'article 4 lettre b et introduit un article 4a nouveau. En effet, le 1^{er} juillet 2006 entreront en vigueur de nouvelles dispositions pénales relatives à la corruption, qui permettront à la Suisse de ratifier la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, ainsi que le protocole additionnel¹².

Ces dispositions modifieront la LCD de la façon suivante¹³ :

¹² Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention (Modification du code pénal et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), FF 2004, 6549.

« Art. 4, let. b

Abrogée

Art. 4a (nouveau) Corruption active et passive

- 1 Agit de façon déloyale celui qui, notamment:
 - a. aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à un employé, un associé, un mandataire ou un autre auxiliaire d'un tiers du secteur privé, en faveur de cette personne ou en faveur d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation ;
 - b. en tant qu'employé, en tant qu'associé, en tant que mandataire ou en tant qu'autre auxiliaire d'un tiers du secteur privé, aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté, en sa faveur ou en faveur d'un tiers, un avantage indu pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation.
- 2 Ne constituent pas des avantages indus ceux qui sont convenus par contrat de même que ceux qui, de faible importance, sont conformes aux usages sociaux. »

1.b. La jurisprudence

Dresser la liste des pratiques commerciales que la jurisprudence considère comme déloyales, car contraires à la clause générale de l'article 2 LCD, dépasserait la portée du présent rapport¹⁴.

Plusieurs arrêts du Tribunal fédéral portent sur l'imitation de produits ou services qui ne sont pas protégés par un droit de propriété intellectuelle, étant entendu que la clause générale de la LCD ne peut pas être invoquée pour monopoliser des biens qui ne sont ou ne peuvent pas être protégés par la propriété intellectuelle.

A titre d'exemples :

¹³ Art. 2 ch. 2 de l'Arrêté fédéral sur l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention, FF 2004, 6607.

¹⁴ Pour la présentation de la clause générale dans la doctrine et la classification des décisions rendues en application de l'article 2 LCD, voir Baudenbacher, p. 56. ss et 100 ss, Müller, p. 59 ss, David/Jacobs, p. 15 ss.

L'imitation de la marchandise d'autrui heurte les règles de la bonne foi lorsque le contrefacteur y est parvenu par des procédés astucieux ou incorrects ou lorsqu'il cherche de manière systématique et raffinée à tirer profit de la réputation d'un concurrent¹⁵. Un acte d'imitation, en soi non critiquable, accompagné de circonstances telles qu'elles lui confèrent un caractère illicite ; tel le fait de commander des échantillons, afin non seulement de les examiner à l'essai, mais aussi de les imiter¹⁶. L'imitation d'une chaise conçue et dessinée par Le Corbusier et distribuée par un preneur de licence constitue un acte de concurrence déloyale, si elle s'inscrit dans une suite d'imitations systématiques, en l'espèce la copie servile d'une série de meubles¹⁷. Un rapprochement systématique des produits ou services d'autrui a été qualifié de déloyal, par exemple lorsqu'un concurrent planifie de se raccrocher subrepticement à la présentation des marchandises d'autrui, pour exploiter leur renommée ou leur succès sur le marché¹⁸.

Agit aussi de façon déloyale celui qui, après la fin de leur collaboration, fait enregistrer comme marque le signe utilisé en premier lieu par son partenaire commercial et continue à l'utiliser, créant ainsi un risque de confusion entre les deux entreprises¹⁹. Le dépôt comme marque d'un slogan utilisé depuis des années par un tiers immédiatement après avoir été sommé par celui-ci de ne plus l'utiliser fait présumer l'existence d'une intention déloyale²⁰.

¹⁵ ATF 105 II 297, JdT 1980 I 271.

¹⁶ ATF 113 II 319, JdT 1988 I 308.

¹⁷ ATF 113 II 190, JdT 1988 I 300.

¹⁸ ATF 104 II 322, JdT 1979 I 264; ATF 108 II 69, JdT 1982 I 528; ATF 116 II 365, JdT 1991 I 613.

¹⁹ ATF 129 III 353, JdT 2003 I 382 consid. 3. 4.

²⁰ sic! 2005, 463, TF du 2 mars 2005.

2. *La réglementation dans votre pays contient-elle une liste noire de pratiques commerciales considérées comme déloyales per se ?*

En dehors de l'énumération des articles 3 à 8 LCD, concrétisant la clause générale de l'article 2 LCD, il n'existe pas de liste noire de pratiques déloyales considérées comme déloyales per se.

Pour le Tribunal fédéral, pour qu'il y ait acte de concurrence déloyale, il ne suffit pas que le comportement apparaisse déloyal au regard de la liste d'exemples figurant aux articles 3 à 8 LCD ; il faut encore, comme le montre la définition générale de l'article 2 LCD, qu'il influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Autrement dit, il doit influencer le jeu de la concurrence, le fonctionnement du marché. Certes, il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'acte soit lui-même un concurrent. Il n'empêche que l'acte doit être objectivement propre à avantager ou désavantager une entreprise dans sa lutte pour acquérir de la clientèle, ou à accroître ou diminuer ses parts de marché. L'acte doit être dirigé contre le jeu normal de la concurrence et propre à influencer le marché ; il doit être objectivement apte à influencer la concurrence. La LCD ne protège donc pas la bonne foi de manière générale, mais tend seulement à garantir une concurrence loyale²¹.

Une liste noire de pratiques commerciales considérées comme déloyales, à l'instar de l'Annexe 1 de la Directive 2005/29/CE, ne serait probablement pas compatible avec la conception de la LCD telle que précisée ci-dessus par le Tribunal fédéral.

²¹ ATF 126 III 198, consid. 2c/aa et les références.

II. RÈGLES MATÉRIELLES

1. *Existe-t-il a priori des règles différentes concernant les pratiques commerciales au préjudice des consommateurs et au préjudice des entreprises ? Existe-t-il, en particulier, des dispositions générales différentes pour les consommateurs et pour les entreprises prohibant les pratiques commerciales déloyales ?*

En principe non, compte tenu de l'approche dite fonctionnelle de la loi, qui est de garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée²².

Ainsi, la clause générale de l'article 2 LCD vise indifféremment les pratiques commerciales au détriment des consommateurs de celles au détriment des concurrents.

L'approche dite fonctionnelle de la loi ne rend donc a priori pas nécessaire l'existence de règles différentes concernant les pratiques commerciales déloyales au préjudice des consommateurs et au préjudice des entreprises ou des concurrents. Est déterminant le point de savoir qui a la qualité pour exercer les actions civiles ou pénale ouvertes par la loi.

L'article 8 LCD par exemple, déclare déloyale l'utilisation de conditions commerciales abusives. Une telle disposition est en soi destinée à protéger le consommateur, mais celui-ci ne sera pas automatiquement habilité à se plaindre de la violation de cette disposition s'il n'est pas lui-même menacé ou lésé dans ses intérêts économiques. A l'inverse, un concurrent qui subirait une atteinte dans sa clientèle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général ou qui serait menacé d'une telle atteinte, aurait la qualité pour agir du chef d'une violation de cette disposition.

Outre les règles de droit civil, qui consacrent l'approche fonctionnelle de la loi, la LCD comporte des dispositions administratives relatives à l'indication des prix²³. Parmi celles-ci, l'article 16 alinéa 2, qui charge le Conseil fédéral de régler la matière. En exécution de ce mandat a été adoptée l'Ordonnance sur l'indication des prix du 11

²² Art. 1 LCD.

²³ Art. 16 à 20 LCD.

décembre 1978, destinée à « assurer une indication claire des prix, permettant de les comparer et d'éviter que l'acheteur ne soit induit en erreur »²⁴.

L'article 18 LCD interdit d'user de procédés propres à induire en erreur pour indiquer des prix, annoncer des réductions de prix ou mentionner d'autres prix en sus du prix à payer effectivement. Cette disposition semble destinée à la seule protection des consommateurs.

De fait, les dispositions de droit administratif de la LCD semblent dévolues à la seule protection des consommateurs.

²⁴ OIP, RS 942.211, art. 1.

2. *Existe-t-il des critères différents d'évaluation des pratiques commerciales déloyales selon quelles sont examinées du point de vue du consommateur ou du concurrent ? Ou alors, l'accent est-il mis sur la pratique commerciale en tant que telle, laquelle doit, évidemment, être examinée en relation avec toutes circonstances pertinentes, pouvant inclure la cible (le public en général, les jeunes, les professionnels, etc...)?*

Les critères d'évaluation des méthodes commerciales ne diffèrent pas selon qu'elles sont examinées du point de vue du consommateur ou du concurrent. L'accent sera en effet mis sur la pratique commerciale en tant que telle.

Parmi les dispositions de procédure civile, il faut signaler l'article 13 a LCD, qui prévoit un renversement du fardeau de la preuve, en ce sens que le juge peut exiger que l'annonceur apporte des preuves concernant l'exactitude matérielle des données de fait contenues dans la publicité si, compte tenu des intérêts légitimes de l'annonceur et de toute autre partie à la procédure, une telle exigence paraît appropriée en l'espèce (al. 1^{er}) ; le juge peut considérer des données de fait comme inexactes si les preuves ne sont pas apportées ou sont estimées insuffisantes (al. 2).

3. Existe-t-il, en droit de la concurrence déloyale, des définitions pertinentes des consommateurs par opposition aux non consommateurs, si tel est le cas, quelles sont-elles ?

La loi ne contient pas de définition du consommateur.

Dans le catalogue des comportements qualifiés de déloyaux par les articles 3 à 8 LCD, elle utilise les termes suivants : « clientèle »²⁵, « client »²⁶, « consommateur »²⁷ ou « acheteur »²⁸.

Au chapitre de la qualité pour agir, l'article 10 alinéa 1^{er} LCD parle de « clients » dont les intérêts économiques sont menacés ou lésés par un acte de concurrence déloyale²⁹. Le législateur avait principalement à l'esprit les consommateurs³⁰. Il n'en a toutefois pas donné de définition³¹.

Le terme « clients » utilisé à l'article 10 alinéa 1^{er} LCD comprend aussi les clients du concurrent lésé, ceux du concurrent commettant un acte de concurrence déloyale, de même que les clients actuels ou potentiels ; sont considérés comme des « clients » non seulement les personnes ayant déjà acquis des prestations, mais aussi des acquéreurs potentiels³².

Sont aussi considérés comme des clients au sens de cette disposition les personnes qui acquièrent des biens ou services à titre professionnel³³.

La jurisprudence fédérale n'a pas eu l'occasion de préciser ces notions.

En revanche, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser la notion d' « organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent

²⁵ Art. 3 let. f, g, h, i ; art. 4 let. a. En application de cette dernière disposition, la Cour de justice de Genève a jugé qu'étaient des « clients » non seulement le consommateur final, mais aussi tous les intervenants successifs dans le processus économique, sic! 2000, 646.

²⁶ Art. 3 let. m.

²⁷ Art. 3 let. n.

²⁸ Art. 4 let. d.

²⁹ A son al. 2 let. b, cette même disposition parle en revanche d'organisations de protection des consommateurs ; quant au Message du Conseil fédéral, il utilise uniquement le terme de consommateurs, FF 1983 II 1101-1111.

³⁰ FF 1983 II 1101-1111.

³¹ La doctrine définit le consommateur comme une personne qui acquiert à titre privé des biens ou des services ; par acquisition à titre privé, il faut entendre celle à usage personnel ou familial ; Baudenbacher, n. 9 ad art. 10. Quant à l'avant-projet du 16 mars 2004 de loi fédérale sur l'information et la protection des consommatrices et des consommateurs, retiré par le Conseil fédéral en novembre 2005, il définissait à son art. 2 let. a le consommateur par « toute personne qui se procure un bien ou un service pour un usage personnel ou familial ».

³² Baudenbacher, n. 11-12 ad art. 10.

³³ Borer, p. 560, n. 13.106.

statutairement à la protection des consommateurs », autorisées par l'article 10 alinéa 3 lettre b LCD à agir sur le plan civil³⁴. Tel n'est ainsi pas le cas d'une association qui se voue à la protection des animaux³⁵.

³⁴ A l'exclusion de la réclamation de dommages-intérêts, de la réparation du tort moral ou de la remise du gain ; art. 9 al. 1 et 2 applicable par renvoi de l'art. 10 al. 2 LCD.

³⁵ JdT 1994 I 369 ; Cf. Troller, p. 1100-1102 et note 19.

III. ASPECTS NON ÉCONOMIQUES

Dans quelle mesure les aspects autres qu'économiques (par exemple, la responsabilité sociale de la commercialisation, la protection de l'enfance, contre la discrimination, les sentiments religieux, le droit à l'intimité de la vie privée...) jouent-ils un rôle en droit de la concurrence déloyale et peuvent-ils entraîner l'interdiction d'une pratique commerciale qui ne porte pas préjudice aux intérêts économiques des entreprises ou des consommateurs ?

Pour qu'il y ait acte de concurrence déloyale, il ne suffit pas que le comportement apparaisse déloyal au regard de la liste d'exemples figurant aux articles 3 à 8 LCD ; il faut encore, comme le montre la définition générale de l'article 2 LCD, qu'il influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Autrement dit, il doit influencer le jeu de la concurrence, le fonctionnement du marché. L'acte doit être objectivement propre à avantager ou désavantager une entreprise dans sa lutte pour acquérir de la clientèle, ou à accroître ou diminuer ses parts de marché. L'acte doit être dirigé contre le jeu normal de la concurrence et propre à influencer le marché ; il doit être objectivement apte à influencer la concurrence. La LCD ne protège donc pas la bonne foi de manière générale, mais tend seulement à garantir une concurrence loyale³⁶.

Récemment, le Tribunal fédéral a rappelé que selon l'article 1 LCD, cette loi vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée. La LCD ne concerne ainsi que le domaine de la concurrence ; cette notion vise une compétition, une rivalité sur le plan économique entre des personnes qui offrent leurs prestations³⁷.

³⁶ ATF 126 III 198, consid. 2c/aa et les références.

³⁷ ATF du 15.12.2005, 4C.295/2005, consid. 3.1.

IV. ASPECTS PROCÉDURAUX

1. *Votre droit prévoit-il des sanctions différentes de la concurrence déloyale selon qu'elle affecte prioritairement les consommateurs ou les entreprises ?*

La LCD ne distingue pas les sanctions civiles selon qu'elles portent sur des actes de concurrence déloyale affectant des consommateurs ou des entreprises. En revanche, en cas d'action civile exercée par une organisation de défense des consommateurs, la sanction ne pourra pas être le versement de dommages-intérêts, la réparation du tort moral ou la remise du gain.

Tous les actes de concurrence déloyale mentionnés aux articles 2 à 8 LCD ne donnent pas lieu à une sanction pénale. Les sanctions pénales peuvent être différentes selon les cas, en particulier suivant les intérêts ou les personnes protégées.

Les actes de concurrence déloyale sont pour l'essentiel sanctionnés par la voie civile, en second lieu par la voie pénale. Quant à la voie administrative, elle n'a qu'une application marginale, limitée à la sanction de l'obligation d'indication des prix prévue aux articles 16 à 20 LCD³⁸.

La Constitution fédérale confie à la Confédération la lutte contre la concurrence déloyale³⁹ et la protection des consommateurs⁴⁰. Toutefois, les cantons sont compétents pour régler l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice en matière de droit civil⁴¹. En matière pénale, l'organisation judiciaire, l'administration de la justice et l'exécution des peines appartiennent aux cantons⁴².

Sur le plan civil, les sanctions prévues par la loi résultent de l'article 9 LCD. Cette disposition figure dans la section de la loi consacrée à la qualité pour agir, avec les articles 10 et 11⁴³.

³⁸ Borer, p. 555. n. 13.93.

³⁹ Art. 96 al. 2 let. b Cst.

⁴⁰ Art. 97 Cst.

⁴¹ Art. 122 Cst.

⁴² Art. 123 Cst.

⁴³ L'art. 10 LCD concerne les actions de clients, d'organisations, ainsi que de la Confédération; l'art. 11 les actions contre l'employeur du chef d'un acte de concurrence déloyale commis par un travailleur ou par un autre

Selon l'alinéa 1^{er} de cette disposition, 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 ou celui qui en est menacé, peut demander au juge :

- a. de l'interdire si elle est imminente ;
- b. de la faire cesser, si elle dure encore ;
- c. d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste.

A l'alinéa 2 est prévue la possibilité de demander au juge qu'une rectification ou que le jugement soit communiqué à des tiers ou au public.

Enfin, l'alinéa 3 permet au lésé, conformément au Code des obligations, d'intenter en outre des actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi que d'exiger la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires.

S'agissant des consommateurs, l'article 10 LCD dispose que les actions prévues à l'article 9 peuvent aussi être intentées par les « clients » dont les intérêts économiques sont menacés ou lésés par un acte de concurrence déloyale.

Comme déjà mentionné, les actions civiles intentées par des organisations de défense des consommateurs ne peuvent pas aboutir au versement de dommages-intérêts, à la réparation du tort moral ou à la remise du gain. En effet, l'article 10 alinéa 2 LCD limite aux seules sanctions prévues à l'article 9 alinéas 1 et 2 – à l'exclusion de celles de l'alinéa 3 – les actions intentées par : les associations professionnelles et les associations économiques que leurs statuts autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres (lettre a) ; les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs (lettre b)⁴⁴ ; la Confédération, lorsqu'elle le juge nécessaire pour protéger la réputation de la Suisse à l'étranger et que les personnes qui ont le droit d'intenter action résident à l'étranger (lettre c)⁴⁵.

S'agissant des sanctions pénales, l'article 23 LCD punit les infractions intentionnelles aux articles 3, 4, 5, ou 6 LCD et l'article 24 LCD réprime la violation de l'obligation d'indiquer les prix au consommateur.

auxiliaire dans l'accomplissement de son travail.

⁴⁴ Par exemple: JdT 1994 I 368.

⁴⁵ Par exemple : ATF 126 III 198.

Les infractions intentionnelles aux articles 3, 4, 5 et 6 LCD sont poursuivies exclusivement sur plainte ; peut porter plainte celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les articles 9 et 10 LCD. La peine encourue est l'emprisonnement⁴⁶ ou l'amende jusqu'à CHF 100'000.- ; ces deux peines peuvent être cumulées⁴⁷.

L'article 4a nouveau LCD, qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2006 sera dès cette date ajouté à la liste de l'article 23 LCD. La corruption active et passive réprimée par l'article 4a LCD sera ainsi poursuivie exclusivement sur plainte⁴⁸.

Quant à l'article 24 LCD, il puni des arrêts⁴⁹ ou de l'amende jusqu'à CHF 20'000.-, peines qui peuvent aussi être cumulées, celui qui intentionnellement : aura violé l'obligation d'indiquer les prix (art. 16) ; aura contrevenu aux prescriptions sur l'indication des prix dans la publicité (art. 17) ; aura indiqué des prix de manière fallacieuse (art. 18) ; n'aura pas satisfait à l'obligation de renseigner en vue de l'établissement des faits (art. 19) ; aura contrevenu aux dispositions édictées par le Conseil fédéral au sujet de l'indication des prix (art. 16 et 20) ; si l'auteur a agi par négligence, la peine sera l'amende.

La violation de la clause générale de l'article 2 LCD n'a pas de sanction pénale. Il en est de même de la violation des articles 7 (Inobservation des conditions de travail) et 8 LCD (Utilisation de conditions commerciales abusives).

Cette dernière disposition tend tout particulièrement à la protection des consommateurs et une poursuite pénale est exclue, conformément aux cas de concurrence déloyale énumérés aux articles 23 et 24 LCD⁵⁰.

La voie administrative est aussi ouverte en cas de violation de l'obligation d'indiquer les prix.

⁴⁶ Selon l'art. 36 du Code pénal, la durée de l'emprisonnement est de 3 jours au moins et, sauf disposition expresse et contraire de la loi, de 3 ans au plus.

⁴⁷ Art. 50 du Code pénal.

⁴⁸ Art. 2 ch. 2 de l'Arrêté fédéral sur l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention, FF 2004, 6607.

⁴⁹ La durée des arrêts est d'un jour au moins et de 3 mois au plus ; art. 39 du Code pénal.

⁵⁰ Art. 1 du Code pénal : « Nul ne peut être puni s'il n'a commis un acte expressément réprimé par la loi ».

2. *Existe-t-il, en particulier, des procédures ou autorités différentes pour l'application des règles contre les pratiques commerciales déloyales affectant les consommateurs ?*

Dans la pratique, il n'existe pas de traitement différent des pratiques commerciales déloyales, qu'elles affectent les consommateurs ou les concurrents.

La disposition relative à la protection des consommateurs introduite en 1981 dans la Constitution fédérale de 1874, imposait une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide pour les litiges entre consommateurs et fournisseurs dont la valeur litigieuse ne dépasse pas un certain montant⁵¹. Cette obligation n'existait pas dans l'ancienne loi sur la concurrence déloyale.

Lors de l'adoption de l'actuelle LCD, le législateur a souhaité une harmonisation⁵². Il a étendu aux litiges en matière de concurrence déloyale l'obligation de prévoir une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide jusqu'à concurrence d'une valeur litigieuse déterminée ; une même obligation a été prévue pour les contestations sans valeur litigieuse⁵³. Depuis le 1^{er} avril 2003, la limite est de CHF 20'000.-⁵⁴. Elle était de CHF 8'000.- auparavant⁵⁵.

Dans cette limite, il n'existe ainsi pas des procédures ou des autorités différentes pour l'application des règles contre les pratiques commerciales déloyales affectant les consommateurs, le traitement particulier aux litiges entre consommateurs et fournisseurs introduit dans la Constitution fédérale en 1981 ayant été étendu aux litiges de concurrence déloyale.

Dans les autres cas, c'est-à-dire dans les litiges relevant soit de la protection des consommateurs soit de la concurrence déloyale dont la valeur litigieuse est supérieure à CHF 20'000.-, les règles de compétence judiciaire et de procédure se déterminent suivant les principes généraux. Qu'il s'agisse de protection des consommateurs ou de concurrence déloyale, l'application des règles de compétence aboutira à la désignation du même tribunal, suivant la valeur litigieuse.

⁵¹ Art. 31sexies a. 3 aCst.

⁵² Message, FF 1983 II 1116-1117.

⁵³ Art. 13 LCD.

⁵⁴ Art. 1 de l'Ordonnance du Conseil fédéral fixant la valeur litigieuse déterminante dans les procédures en matière de protection des consommateurs et de concurrence déloyale, du 7 mars 2003 ; RS 944.8. La valeur litigieuse se détermine d'après le montant de la demande, quelles que soient les conclusions reconventionnelles, art. 1 i.f.

⁵⁵ Rauber, p. 273.

3. *Est-il possible pour des entreprises de poursuivre un concurrent en raison de la violation de règles spécifiques prévues pour la protection des consommateurs, par exemple des règles exigeant la communication d'informations aux consommateurs ?*

La LCD vise la protection non seulement des concurrents, mais aussi de la collectivité et des consommateurs⁵⁶. Cette conception tridimensionnelle a été récemment soulignée par le Tribunal fédéral, appelé à se prononcer en matière de publicité comparative. Pour les juges fédéraux, la spécificité de la LCD revêt toute son importance dans le domaine de la publicité comparative, où l'accent est mis au premier chef sur la protection du consommateur et la transparence des informations qu'elle suppose⁵⁷ ; or, il va sans dire qu'une action intentée par un concurrent contre un autre concurrent en vue de faire respecter les règles de la concurrence, intéresse indirectement la collectivité en général et les consommateurs en particulier⁵⁸.

La réponse à cette question dépend aussi de la qualité pour agir, traitée par les articles 9 et 10 LCD s'agissant de la voie civile, 23 et 24 en ce qui concerne la voie pénale. S'agissant de la procédure administrative, le droit fédéral exige un intérêt digne de protection⁵⁹.

Est fondé à agir sur le plan civil tout concurrent 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 ou qui en est menacé, de même que tout consommateur dont les intérêts économiques sont menacés ou lésés par un acte de concurrence déloyale. La nature de l'acte de concurrence déloyale ne joue pas de rôle à cet égard.

En d'autres termes, un concurrent souhaitant agir sur le plan civil n'aura pas d'autre preuve à apporter que celle d'une atteinte ou menace d'une atteinte dans le sens indiqué ci-dessus⁶⁰. On peut donc imaginer qu'il soit en mesure de le faire par exemple en cas de tromperie de la clientèle sur la valeur effective d'une offre au

⁵⁶ Art. 1 LCD.

⁵⁷ Selon l'art. 3 let. e LCD, agit de façon déloyale celui qui 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.

⁵⁸ ATF 129 III 426 consid. 2.2.

⁵⁹ TF du 14 novembre 2005, 2A.359/2005.

⁶⁰ S'il demande préalablement des mesures provisionnelles, tendant par exemple à la cessation de l'atteinte, la vraisemblance de l'atteinte suffit ; art. 28c du Code civil par renvoi de l'art. 14 LCD.

moyen de primes⁶¹, ou d'entrave à la liberté de décision de la clientèle par l'utilisation de méthodes de vente particulièrement agressives⁶².

Sur le plan pénal, peut déposer plainte pour infraction intentionnelle aux articles 3, 4, 5 et 6 LCD celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les articles 9 et 10 LCD.

La qualité pour agir est donc la même qu'en matière civile.

On l'a vu, des actes de concurrence déloyale ne suffisent pas pour fonder la légitimation active selon la LCD ; le demandeur doit en plus établir qu'il existe une menace ou une violation de ses intérêts économiques.

⁶¹ Art. 3 let. g LCD.

⁶² Art. 3 let. h LCD.

V. OPINIONS

1. *Devrait-il y avoir a priori des règles de droit différentes pour régir la loyauté des comportements commerciaux fondées sur le fait qu'une pratique commerciale influence au premier chef la prise de décision du consommateur (et seulement, de manière indirecte, l'intérêt économique des entreprises) ?*

Ou, devrait-il, selon vous, y avoir un standard uniforme de déloyauté, mettant l'accent sur le comportement lui-même (et prenant en compte toute circonstance pertinente, par exemple la cible du comportement) ?

La LCD et son approche dite fonctionnelle semble faire obstacle à l'adoption de règles différentes selon les personnes protégées.

De l'avis du Prof. François Dessemontet⁶³:

« Cependant, le droit suisse accuse un certain retard par rapport à celui de l'Union européenne en ce qui concerne les mesures générales de protection des consommateurs. Il n'est pas exagéré d'affirmer que le droit européen a placé la protection des consommateurs au centre des dispositions européennes sur la concurrence déloyale ; par opposition, le droit suisse protège essentiellement les concurrents. On le voit aux actions en justice : d'une part, les actions des consommateurs individuels sont quasi inexistantes, d'autre part, les actions des associations de consommateurs se comptent sur les doigts d'une seule main. Enfin, la seule action qu'a intenté la Confédération – autorisée depuis le 20 mars 1992 à ester en justice pour protéger la réputation de la Suisse à l'étranger « lorsque les personnes qui ont le droit d'intenter action résident à l'étranger » (art. 10 al. 2 *litt. c* LCD) – a été rejetée par le Tribunal fédéral dans un récent arrêt du 28 février 2000. »

⁶³ Dessemontet, p. 350 et les références.

2. *Les règles concernant les pratiques commerciales déloyales devraient-elles être définies à titre principal du point de vue du consommateur ou devraient-elles également prendre en compte les intérêts de tous les autres acteurs du marché ? La réglementation internationale ou européenne devrait-elle avoir pour objectif de mettre en place des règles cohérentes et globales de prohibition des pratiques commerciales déloyales dans l'intérêt de tous les acteurs du marché ?*

La loi suisse contre la concurrence déloyale ne fait pas de la protection des consommateurs une priorité ; reste prioritaire la protection d'une concurrence loyale. Les actions judiciaires intentées par des consommateurs sont rarissimes, en dépit de la possibilité d'agir non seulement en cas de lésion de leurs intérêts économiques, mais aussi en cas de menace. La crainte des coûts et de la durée d'une procédure semble être à l'origine de cette situation. Les actions judiciaires menées par des associations de consommateurs sont aussi rares. Le constat est qu'il était illusoire d'imaginer que le consommateur puisse prendre une part active dans la réalisation d'une concurrence loyale et non faussée telle que le postule l'article 1 LCD.

La tendance n'est pas d'accorder une place privilégiée au consommateur. A titre d'exemple, le Conseil fédéral vient de renoncer à deux projets de lois destinées à la protection des consommateurs.

En novembre 2005, il a ainsi retiré un projet de loi fédérale sur le commerce électronique, projet législatif datant de 2001 et impliquant la modification de la LCD par la création de nouveaux cas de concurrence déloyale en relation avec les achats sur Internet, ainsi que celle du Code des obligations au sujet de la garantie des défauts. Le Conseil fédéral a estimé qu'une extension de la protection des consommateurs ne se justifiait pas en l'état.

S'agissant de la LCD, les modifications prévues étaient les suivantes :

« **Art. 3 let. b bis** (*nouvelle*)

Agit de façon déloyale celui qui notamment:

b bis. Offre à distance, y compris par la voie du commerce électronique, des marchandises, des œuvres ou des prestations et omet de donner des indications claires et complètes sur son identité, son siège social ou son domicile, son adresse, les caractéristiques essentielles des produits offerts, les prix, l'ensemble des frais à la charge du client ou les conditions de paiement;

Art. 6a Inobservation des devoirs particuliers d'information en matière de commerce électronique (*nouveau*)

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, omet, en offrant par la voie du commerce électronique des marchandises, des œuvres ou des prestations :

- a. de fournir les coordonnées exactes d'une adresse de contact, y compris celle du courrier électronique ;
- b. de mentionner les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat ;
- c. de mettre à disposition les moyens techniques permettant à la clientèle, d'identifier et de corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande soit enregistrée. »

En décembre 2005, le Conseil fédéral a renoncé à un projet de modification de la Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs. Cette révision, qui avait évolué en un projet d'adoption d'une loi fédérale sur l'information et la protection des consommatrices et des consommateurs, tendait, entre autres buts, à assurer à tout moment la protection du consommateur, tant au moment de la mise sur le marché d'un bien ou d'un service qu'avant ou après et à instaurer un réseau de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation⁶⁴. Pour la majorité des milieux économiques et des partis politiques qui ont participé à la procédure de consultation, les exigences de cette loi allaient trop loin.

3. *Les réparations en cas de pratiques commerciales déloyales devraient-elle être les mêmes que celles prévues par la Directive n° 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle (JOUE n° L-157, 30 avril 2004, p. 45) ?*

⁶⁴ Avant-projet de loi fédérale sur l'information et la protection des consommatrices et des consommateurs (LIPC) et rapport explicatif, du 16 mars 2004, par P. Pichonnaz, <http://www.consomption.admin.ch/imperia/md/content/pressemitteilungen/begleitberichte/begleitberichtfrpdf.pdf>

D'une façon générale, une adéquation des voies de droit prévues par la législation contre la concurrence déloyale avec celles du droit de la propriété intellectuelle est souhaitable.

Si l'on s'en tient aux réparations, plus particulièrement aux dommages-intérêts, l'extrême difficulté, pour ne pas dire l'impossibilité, de calculer le préjudice, devrait conduire à un allègement du fardeau de la preuve de celui-ci. Les dommages-intérêts forfaitaires pourraient peut-être inspirer le législateur.

Abréviations

aCst.	Constitution fédérale du 29 mai 1874
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
Cst.	Constitution fédérale du 18 août 1999
FF	Feuille fédérale
JdT	Journal des Tribunaux et Revue judiciaire
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986
RS	Recueil systématique du droit fédéral
sic !	Revue du droit de la propriété intellectuelle de l'information et de la concurrence
TF	Tribunal fédéral

Bibliographie

- Baudenbacher Carl, *Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Basel, Genf, München 2001
- Borer Jürg, in: Geiser/Krauskopf/Münch, *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Basel 2005
- David Lucas / Jacobs Reto, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, Bern 2005
- Dessemontet François, *La propriété intellectuelle*, Lausanne 2000
- Müller Jürg, in: SIWR V/1, *Lauterkeitsrecht*, Basel 1998
- Rauber Georg, in: SIWR V/1, *Lauterkeitsrecht*, Basel 1998
- Troller Kamen, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996