



Révision de l'ordonnance sur la protection des marques

***Annexe I au rapport explicatif relatif au droit
d'exécution « Swissness »***

Berne, 20.06.2014

Table des matières

1.	Généralités	3
2.	Base légale	4
3.	Commentaire article par article	4
4.	Conséquences	21

1. Généralités

La révision partielle de l'ordonnance du 23 décembre 1992 sur la protection des marques (OPM)¹ vise à préciser les points suivants :

- **Critères de provenance suisse (art. 47 ss LPM²)**

L'OPM contient les précisions utiles pour définir la provenance suisse des produits et des services. Ces dispositions concernent en particulier la catégorie des produits industriels (art. 48c LPM) et des services (art. 49 LPM). Certains articles ont une portée plus large et s'appliquent aux indications de provenance, toute catégorie confondue. Pour les denrées alimentaires (art. 48b LPM), connexes au domaine agricole, une ordonnance indépendante a été élaborée (cf. annexe II).

Lors des travaux d'élaboration de l'ordonnance, une première étude³ a été menée par le professeur Thomas Rautenstrauch, directeur du « Center for Accounting & Controlling », Hochschule für Wirtschaft Zürich, sur la notion de « coût de revient » de l'art. 48c LPM. Cette notion, empruntée au vocabulaire économique, est déterminante pour définir la provenance d'un produit industriel. L'objectif de cette étude est d'assurer que cette notion, telle que définie dans l'ordonnance, reflète correctement la pratique en matière économique. Une deuxième étude⁴, réalisée par le professeur Beat Hulliger, maître à la Haute Ecole spécialisée de la Suisse du Nord-Ouest (FHNW), fournit les bases pour l'examen de la représentativité d'une ordonnance de branche (cf. art. 50, al. 2, LPM).

Les dispositions précisant la provenance des produits industriels ont été élaborées en vue de soutenir les entreprises lors du calcul de la part suisse de leurs produits ou services. La consultation externe permettra de mesurer l'utilité de ces précisions. En l'absence de toute règle, il incomberait exclusivement aux tribunaux de se prononcer sur ces questions.

- **Procédure de radiation d'une marque pour défaut d'usage (art. 35 ss LPM)**

La procédure de radiation d'une marque pour défaut d'usage devant l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI) constitue une nouvelle procédure simplifiée réclamée par les milieux intéressés. Elle prévoit que toute personne peut présenter une demande de radiation totale ou partielle d'une marque à l'IPI si la marque n'est pas utilisée pendant une période consécutive de cinq ans. Les modalités de la procédure sont précisées dans l'OPM.

- **Autres points de la révision**

- L'OPM a subi quelques autres adaptations liées au nouvel instrument de la **marque géographique**, qui vise notamment à faciliter la mise en œuvre de la protection d'indications de provenance à l'étranger. Pour rappel, la LPM permet le dépôt d'une marque géographique correspondant à une appellation d'origine ou une indication géographique inscrite dans un registre fédéral, ou encore à une appellation viticole protégée par un canton (voir art. 27a LPM). La même possibilité est prévue pour les indications de provenance faisant l'objet d'une ordonnance de branche (par ex. l'actuelle ordonnance « Swiss made » pour les montres).

¹ RS 232.111

² Loi du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (LPM, RS 232.11).

³ Rautenstrauch, Thomas (2013), *Gutachterliche Stellungnahme zu den Umsetzungsvorschlägen betreffend die Berechnung des notwendigen Anteils, der ein Produkt zu einem Schweizer Produkt macht*. Zürich: Hochschule für Wirtschaft HWZ.

⁴ Hulliger, Beat; Bill, Marc (2013), *Repräsentativität von Unternehmens-Gruppen als Vertreter von Branchen. Bericht im Auftrag des Instituts für Geistiges Eigentum*. Arbeitsbericht der Hochschule für Wirtschaft FHNW Nr. 33. Olten: Fachhochschule Nordwestschweiz.

- L'IPI a également prévu la possibilité d'**informer le public** quant aux motifs d'un refus d'enregistrement d'une marque (cf. art. 38 OPM).

2. Base légale

En-dehors de l'art. 73 LPM rappelant la compétence générale du Conseil fédéral pour édicter le droit d'exécution de ladite loi, la révision de l'OPM se fonde sur deux normes de délégation expresses :

- l'art. 50 LPM qui octroie au Conseil fédéral la faculté de préciser les exigences prévues aux art. 48, al. 2, et 48a à 49 LPM;
- l'art. 35c LPM qui permet au Conseil fédéral de régler les modalités de la procédure de radiation d'une marque pour défaut d'usage.

3. Commentaire article par article

Chapitre 2 Enregistrement des marques

Section 1 Procédure d'enregistrement

Art. 9, al. 2, let. c^{bis} *Demande d'enregistrement*

Cet article traite du contenu de la demande d'enregistrement d'une marque. L'ajout de la let. c^{bis} découle de la création de la marque géographique. Lors du dépôt de la marque, le déposant doit indiquer la catégorie de marque qu'il souhaite enregistrer (à l'instar de la let. c pour les marques collectives et de garantie).

Art. 12, al. 3 *Priorité au sens de la Convention de Paris*

Cet alinéa peut être abrogé. Il prévoit que l'IPI tient une liste des Etats qui accordent la réciprocité à la Suisse s'agissant du droit de priorité d'une marque (cf. art. 7, al. 2, LPM; art. 4 Convention de Paris⁵). Une pratique constante de l'IPI a rendu la tenue de cette liste inutile : lorsque le pays concerné est membre de la Convention de Paris ou de l'Organisation mondiale du commerce⁶, il convient de partir du principe que la réciprocité est garantie. En revanche, l'IPI examine l'existence ou l'absence de réciprocité dans un cas concret lorsque l'Etat concerné n'est membre ni de la CUP, ni de l'OMC. Ce dernier cas de figure a pratiquement disparu.

Art. 14, al. 1 *Dispositions communes à la déclaration de priorité et au document de priorité*

Il est nécessaire d'adapter l'OPM à la nouvelle mouture de l'art. 9 LPM : la remise du document de priorité n'est plus obligatoire. Si le déposant ne produit pas le ou les document(s) demandé(s), le droit de priorité s'éteint.

⁵ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (CUP, RS **0.232.04**).

⁶ Pour les Etats membres de l'Organisation mondiale du commerce, les prescriptions matérielles de la CUP sont contraignantes conformément à l'art. 2, al. 1, de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC, RS **0.632.20**, [Accord instituant l'organisation mondiale du commerce]).

Art. 17 *Examen matériel*

Al. 1 : Le rajout de la let. e (art. 30, al. 2, let. c à e, LPM) est nécessaire en raison de la création de la marque géographique. Elle fournit la base légale pour un rejet de l'enregistrement de la marque si les conditions des art. 27a ss LPM ne sont pas remplies.

Al. 2 : Lors du dépôt d'une marque contenant une appellation viticole étrangère, il faut examiner si l'appellation viticole étrangère remplit les conditions spécifiques définies dans la législation suisse en matière viticole. Conformément au message⁷ (p. 7754), la collectivité publique étrangère (ou le groupement) doit s'adresser à l'Office fédéral de l'agriculture (OFAG) avant même de déposer une marque géographique. Ce contact est assuré par l'IPI pendant la procédure d'enregistrement, puisqu'il consulte l'OFAG. Celui-ci examine si l'appellation viticole étrangère satisfait aux conditions spécifiées dans la législation suisse en matière viticole. Dès que l'OFAG constate que ces conditions sont remplies, la procédure d'enregistrement de la marque peut se poursuivre.

Al. 3 : L'ajout de l'al. 2 rend cette modification d'ordre linguistique nécessaire.

Section 2 Procédure d'opposition

Art. 23, al. 4 *Pluralité d'oppositions; suspension de la procédure*

Cet alinéa est consacré à la suspension de la procédure d'opposition. La suspension intervient lorsqu'une procédure de radiation d'une marque ou une procédure civile ont été introduites et que l'on s'attend à qu'elles aient une influence sur la décision d'opposition.

Section 2a Procédure de radiation d'un enregistrement pour défaut d'usage

Art. 24a *Forme et contenu de la demande*

Le requérant de la radiation doit rendre vraisemblable le défaut d'usage de la marque (art. 35b, al. 1, let. a, LPM). Il doit donc présenter les documents à titre de preuve en même temps que la demande (let. e). Pour établir la vraisemblance du défaut d'usage, les exigences seront variables en fonction des faits à évaluer. Si le titulaire de la marque est par exemple radié du registre du commerce suite à une faillite, les exigences en la matière ne seront pas élevées.

Art. 24b *Domicile de notification en Suisse*

Toute personne qui n'a ni domicile ni siège en Suisse au sens de l'art. 42 LPM et qui participe à une procédure administrative au sens de la LPM doit indiquer un domicile de notification en Suisse.

Al. 1 : L'al. 1 règle les cas où le requérant doit indiquer un domicile de notification. S'il ne le fait pas dans le délai imparti, l'IPI déclare la demande de radiation irrecevable.

Al. 2 : L'al. 2 règle les cas où la partie adverse doit indiquer un domicile de notification. Si elle ne satisfait pas à cette obligation, elle est exclue de la procédure, et l'envoi des décisions subséquentes a lieu, conformément à l'art. 36 PA⁸, par publication dans la Feuille fédérale.

⁷ Message du 18 novembre 2009 relatif à la modification de la loi sur la protection des marques et à la loi fédérale sur la protection des armoiries de la Suisse et autres signes publics (message relatif au projet « Swissness »), FF 2009 7711.

⁸ Loi du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021).

Art. 24c *Echanges d'écritures*

Al. 1 : Lorsqu'une demande de radiation n'est pas manifestement irrecevable, l'IPI en donne connaissance à la partie adverse. Une demande de radiation est par exemple manifestement irrecevable si elle est déposée avant l'échéance du délai de cinq ans prévu à l'art. 35a, al. 2, LPM. Dans sa réponse, la partie adverse rendra en particulier vraisemblable l'usage de la marque ou l'existence de justes motifs pour le défaut d'usage (al. 3).

Al. 4 : En général, il est procédé à d'autres échanges, car la partie adverse déposera des documents remis à titre de preuve à cet effet qui seront envoyés au requérant pour prise de position, afin de préserver le droit d'être entendu.

Art. 24d *Pluralité de demandes*

Lorsque plusieurs demandes de radiation sont introduites contre une même marque, l'IPI peut réunir les demandes dans une seule procédure. L'art. 23 al. 2 OPM, auquel il est fait référence, prévoit en outre la possibilité que l'IPI traite d'abord l'une des demandes de radiation, pour des raisons d'économie de procédure, et qu'il suspende les procédures des autres demandes.

Art. 24e *Restitution de la taxe de radiation pour défaut d'usage*

Al. 1 : Si la demande de radiation est déposée avant l'échéance du délai de carence prévu à l'art. 35a, al. 2, LPM ou si la taxe n'est pas payée dans les délais, la demande de radiation est réputée ne pas avoir été déposée. L'IPI ne perçoit aucuns frais.

Al. 2 : Cet alinéa prévoit la restitution de la moitié de la taxe aux parties lorsque la demande est sans objet ou qu'elle est close à la suite d'une transaction ou d'un désistement. Il ne règle pas la question de savoir comment ce montant doit être réparti entre les parties. En cas d'accord complet et dans la mesure où les conditions visées à l'art. 33b PA sont remplies, la totalité de la taxe est restituée.

Section 5 Radiation de l'enregistrement

Art. 35

Conformément à l'art. 35, let. e, LPM, une taxe est perçue pour la procédure de radiation d'une marque selon l'art. 35a LPM. Dans les autres cas énumérés à l'art. 35 LPM, la radiation est gratuite.

Chapitre 3 Dossier et registre des marques

Section 1 Dossier

Art. 36, al. 1 et 2 *Contenu*

Cet article précise le contenu du dossier que l'IPI tient pour chaque marque déposée ou enregistrée. En raison de l'introduction de la procédure de radiation pour défaut d'usage prévue à l'art. 35a LPM, il a fallu compléter l'al. 1. La modification de l'al. 2 tient compte de la création de la marque géographique.

Art. 38, al. 2 *Renseignements sur des demandes d'enregistrement*

Dans le cadre de son devoir d'information, l'IPI souhaite renseigner les tiers de manière plus étendue qu'à l'heure actuelle. Nouvellement, il sera possible d'obtenir des renseignements sur les demandes rejetées (mais non sur les demandes retirées). Ces informations ne sont pas

destinées à apparaître dans le registre en ligne Swissreg (www.swissreg.ch), mais sur la plateforme « Aide à l'examen » (<https://ph.ige.ch>).

Section 2 Registre des marques

Art. 40, al. 2, let. d^{bis} *Contenu du registre*

Le registre des marques mentionnera dorénavant également les marques géographiques.

Chapitre 6 Enregistrements internationaux

Section 2 Effets de l'enregistrement international en Suisse

Art. 50a *Procédure de radiation d'un enregistrement international pour défaut d'usage de la marque*

Selon l'art. 35a, al. 2, LPM, une demande de radiation d'une marque pour défaut d'usage peut être introduite à la fin du délai de carence. L'art. 50a précise les modalités de calcul du délai de carence s'agissant d'enregistrements internationaux désignant la Suisse. Le calcul du délai diffère selon que l'enregistrement international a fait l'objet ou non d'un refus de protection en Suisse. En cas de refus provisoire (pour des motifs absolus ou relatifs d'exclusion), le délai commence à courir lorsque la procédure est close par une décision entrée en force. En l'absence de refus de protection, le délai commence à courir à l'expiration du délai pour émettre un refus de protection qui est de douze ou de 18 mois, selon que l'on applique l'Arrangement de Madrid⁹ ou le Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid¹⁰. Si une déclaration d'acceptation de la protection a été émise, par exemple lorsque la procédure d'examen accélérée a été requise, le délai commence à courir avec l'émission de l'acceptation (voir également le message relatif au projet « Swissness »¹¹, p. 7786 s).

Art. 52 *Refus de protection et invalidation*

Al. 1

Let. a : Le titulaire d'une marque enregistrée dans un pays membre du Système de Madrid (AM/PM) peut demander, sur cette base, une protection internationale, par l'intermédiaire de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI). Dans ce système, le Bureau de l'OMPI est compétent pour vérifier chaque enregistrement de base au niveau de la forme et par rapport à la classification des produits et services effectué, avant de le notifier au pays désigné dans la demande.

A l'instar des offices des Etats-Unis, de l'Allemagne ou encore de l'Union européenne, l'IPI doit pouvoir émettre un refus de protection pour une marque internationale avec extension à la Suisse au seul motif que l'indication des produits et des services est trop vague ou pas assez précise selon les dispositions nationales suisses (et ceci malgré la vérification du Bureau de l'OMPI). Cette nouvelle possibilité permettrait d'éviter de protéger des marques dont la classification n'est manifestement pas correcte. Cette nouvelle pratique se fonde sur l'exception

⁹ Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques, révisé à Stockholm le 14 juillet 1967 (AM; RS **0.232.112.3**).

¹⁰ Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques (PM; RS **0.232.112.4**).

¹¹ Cf. note de bas de page 7.

de l'ordre public contenue à l'art. 6^{quinquies}, let. b, ch. 3, CUP¹² et vise à traiter de façon équitable les enregistrements de marques suisses et les enregistrements internationaux.

Let. b : Le renvoi à l'art. 35, let. d, LPM permet d'invalider un enregistrement international devenu sans fondement en raison de la radiation d'une appellation d'origine ou d'une indication géographique sur laquelle il se base.

S'agissant du renvoi à l'art. 35, let. e, LPM, la procédure de radiation pour défaut d'usage peut également avoir pour objet un enregistrement international. Le cas échéant, l'IPI doit être en mesure de communiquer l'invalidation de cette marque au Bureau de l'OMPI.

Al. 2 : Cet alinéa n'est pas modifié.

Chapitre 6a Indications de provenance

Remarques préliminaires :

1. Différence entre les indications de provenance géographique et les indications d'origine selon le droit douanier

Les indications de provenance géographique et les indications d'origine selon le droit douanier étant souvent confondues, il convient, au préalable, de les délimiter.

Les indications de provenance géographique font partie du droit des signes distinctifs et font référence, directement ou indirectement, à la provenance géographique des produits ou des services. Les dispositions en matière de droit des indications de provenance visent à garantir que seuls les produits provenant d'une région géographique spécifique soient désignés avec l'indication de provenance correspondante. Les indications de provenance, en tant que dispositions du droit des signes distinctifs, contribuent à la protection des consommateurs et à la libre concurrence sans tromperie.

Les règles d'origine douanière, quant à elles, permettent d'appliquer les mesures en matière de commerce extérieur et de tarifs douaniers, dans le but, entre autres, de calculer les droits de douane. Les preuves ou les déclarations d'origine attestent qu'une marchandise a été entièrement produite dans un pays donné ou y a subi une « ouvraison suffisante ». Distinction est faite entre l'origine préférentielle et non préférentielle. Les règles pour déterminer l'origine préférentielle des marchandises (conformément aux accords de libre-échange conclus bilatéralement ou sous l'égide de l'AELE) et les règles pour déterminer l'origine non préférentielle (conformément à l'ordonnance y relative du DEFR¹³) s'appliquent indépendamment du droit sur la protection des indications de provenance.

En d'autres mots, il n'est pas exclu qu'un produit ne puisse pas être vendu avec la mention « Made in Switzerland », bien qu'il satisfasse aux critères d'origine selon le droit douanier suisse. Selon le droit des douanes, par exemple, un poisson de mer pêché par un bateau portant pavillon suisse est considéré comme « intégralement fabriqué en Suisse ». Si les critères déterminant la désignation de provenance « Suisse » étaient alignés sur les règles sur l'origine douanière, un poisson pêché dans l'Océan indien par un chalutier panaméen battant

¹² Cf. note de bas de page 5.

¹³ Ordonnance du 9 avril 2008 sur l'attestation de l'origine non préférentielle des marchandises (OOr-DEFR; RS 946.311).

pavillon suisse pourrait ainsi arborer la croix suisse et être vendu sous la désignation « Swiss Delice » ou « Swiss Sea Food ».

2. Indications de provenance régionales ou locales

Pour rappel, la législation « Swissness » protège tout autant les indications de provenance faisant référence au territoire d'un pays (par ex. « Suisse »; « Allemagne ») qu'à un territoire infranational (local ou régional, ex. « Lucerne », « Berner Oberland », etc.). En effet, par « indication de provenance », on entend toute référence directe ou indirecte à la provenance géographique d'un produit ou service, sans que soient exclus de cette définition certains lieux géographiques (cf. art. 47, al. 1, LPM, qui n'a pas été modifié).

3. Gamme de produits

L'art. 49a LPM précise dorénavant qu'une indication de provenance peut être utilisée dans la publicité, si tous les produits et services concernés remplissent les critères de provenance. Par exemple, chaque produit doit être suisse pour pouvoir arborer la mention « Suisse ». Il ne suffit pas qu'un seul produit au sein d'une gamme de cinq produits soit suisse pour que toute cette gamme soit vendue sous la bannière suisse.

Une exception vient nuancer ce principe : la provenance d'une denrée alimentaire est examinée sur la base des flux de marchandises d'une année civile pour le produit considéré (art. 5, al. 2, de l'ordonnance sur l'utilisation de l'indication de provenance « Suisse » pour les denrées alimentaires).

Section 1 Principes

Art. 52a Généralités

Les al. 1, 2 et 3 permettent de mieux cerner le champ d'application des différentes catégories de produits (produits naturels, denrées alimentaires et produits industriels). En outre, les notions de « produits naturels » et de « matières » y sont définies.

Al. 1 : Les produits issus de la nature comprennent tant les produits nutritifs que d'autres produits comme le bois ou la pierre. Pour les distinguer des denrées alimentaires et des produits industriels, le critère de la transformation est déterminant. La notion de « transformation » n'est pas toujours aisée à déterminer. A titre illustratif, un fruit « à l'état pur » est un produit naturel (art. 48a, let. b, LPM), même si ce fruit doit être récolté, lavé, peut-être traité, emballé, etc. avant d'être livré au consommateur. Ces étapes ne sont pas comprises comme une « transformation » du produit. En revanche, si ce fruit est utilisé pour un yaourt, alors le yaourt est un produit naturel transformé appartenant à la catégorie des denrées alimentaires. Le message relatif au projet « Swissness »¹⁴ (p. 7764) indique qu'un produit est un produit naturel transformé s'il a acquis de nouvelles propriétés essentielles par la transformation. Voir à ce sujet également, l'art. 2, al. 1, let. h de l'ordonnance du 23 novembre 2005 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (ODAIUs¹⁵), qui définit la notion de transformation *comme étant toute action entraînant une modification essentielle du produit initial, par exemple par chauffage, fumaison, salaison, maturation, dessiccation, marinage, extraction ou extrusion, y compris par une combinaison de ces procédés; une denrée alimentaire n'est pas réputée transformée lorsqu'elle a été divisée, séparée, découpée,*

¹⁴ Cf. note de bas de page 7.

¹⁵ RS 817.02

tranchée, désossée, hachée, dépouillée, broyée, coupée, nettoyée, taillée, décortiquée, moulue, réfrigérée, congelée, surgelée ou décongelée. Cette définition permet de cerner davantage la notion de transformation, sans être pour autant décisive dans chaque cas. En effet, l'art. 48a LPM s'interprète indépendamment du droit des denrées alimentaires, même s'il est clair que ce droit joue un rôle important dans ce contexte. S'agissant de la distinction entre un produit naturel et un produit industriel, un tronc d'arbre coupé dans la forêt est un produit naturel; si le bois est utilisé pour en faire des meubles, le meuble constitue alors un produit naturel transformé tombant sous le coup des produits industriels.

Cas spéciaux :

- Le cuir est un produit industriel au sens de l'art. 48c LPM, puisqu'il s'agit d'un produit naturel non nutritif et transformé. Cette solution comporte un certain potentiel de confusion auprès des consommateurs qui pourraient penser que du « cuir suisse » est fait à partir d'un animal « suisse ». Toutefois, dans la plupart des cas, les consommateurs auront affaire à des produits fabriqués à base de cuir (par ex. chaussures ou sacs) où l'indication de provenance se réfère à tout le produit et correspond ainsi à leurs attentes.
- Les éléments nutritifs pour les animaux ne tombent pas sous le coup de l'art. 48b LPM, puisque la définition de la loi sur les denrées alimentaires (LDAI)¹⁶ n'englobe pas les éléments nutritifs non humains. Par défaut, l'art. 48c LPM s'applique.

AI. 2 : Il s'agit d'un renvoi à la nouvelle ordonnance sur l'utilisation de l'indication de provenance « Suisse » pour les denrées alimentaires, qui a pour but de rappeler à l'utilisateur, par souci de transparence, qu'il trouvera des précisions sur les denrées alimentaires dans cette ordonnance.

AI. 3 : Les autres produits sont avant tout des produits industriels et artisanaux, qui ne sont ni des produits naturels (art. 48a LPM) ni ne constituent des denrées alimentaires (art. 48b LPM).

AI. 4 : Le message relatif au projet « Swissness » (p. 7770) précise la définition de la notion de « matières premières » visée à l'art. 48c, al. 3, let. b, LPM : « la notion de matière première doit [...] être prise au sens large. Sont concernés par ces dispositions les matières premières au sens strict et les composants du produit, comme des puces électroniques ». Ces puces sont des produits semi-finis et constituent, avec les matières premières et les matières auxiliaires, ce qu'on appelle les matières d'un produit (« *Materialien* »). Dans le monde actuel, fortement basé sur la division du travail, les entreprises ne fabriquent en général pas leurs produits avec des matières premières, mais utilisent des produits semi-finis et des matières auxiliaires, qu'elles achètent à des tiers avant de les transformer. Quels buts le législateur poursuit-il avec cette interprétation intentionnellement large de la notion de « matières premières » ? Son intention est de ne pas contraindre un producteur à transformer lui-même les matières premières éventuellement disponibles en Suisse en produits semi-finis, ni de pénaliser celui qui souhaite produire en Suisse, mais qui n'y trouve pas les composants correspondants.

Il faut toutefois éviter que cette interprétation extensive favorise un contournement des exigences liées à l'apposition de la croix suisse ou d'une désignation suisse. Le rapport entre les « matières qui ne proviennent pas de Suisse » et la « prestation propre fournie en Suisse

¹⁶ RS 817.0

intervenant dans la production » doit se situer à un niveau raisonnable (cf. art. 52b Interdiction d'application abusive).

Art. 52b *Interdiction d'application abusive*

L'interdiction d'application abusive est un principe cardinal du système juridique suisse (cf. art. 2 du code civil¹⁷). La raison pour laquelle ce principe est rappelé dans cette ordonnance est la suivante : en cherchant à élaborer des règles « Swissness » qui soient pragmatiques et suffisamment souples pour s'adapter à toutes les situations économiques rencontrées dans la pratique, il a été constaté que certaines dispositions avaient un potentiel d'abus, dans la mesure où les critères de provenance pouvaient être contournés. Cette disposition s'adresse particulièrement aux tribunaux à qui revient la tâche de juger un cas concret et aux entreprises qui choisissent de faire usage d'une indication de provenance suisse.

Une telle clause permet également de rappeler le but de la nouvelle législation, qui est de renforcer la protection de la désignation « Suisse » et de la croix suisse face aux nombreux abus commis dans ce domaine.

La formulation de cette disposition s'inspire de l'art. 8 de l'ordonnance du 15 février 2006 sur les instruments de mesure¹⁸.

AI. 1 : Les critères de provenance sont formulés de manière générale à dessein de sorte qu'ils soient applicables à tous les produits et services. Sont particulièrement visées par le principe d'interdiction d'application abusive, les dispositions formant la base du calcul du poids des matières premières ou du coût de revient, mais aussi celles octroyant des exceptions. Evidemment, les abus commis peuvent également s'étendre à d'autres dispositions comme celles visant à éviter toute tromperie en lien avec une raison de commerce, à définir la zone de provenance suisse dans les régions frontalières ou encore à définir un réel site administratif d'un prestataire de service.

AI. 2 : Le législateur a renoncé à prescrire un standard de comptabilité pour procéder au calcul du coût de revient d'un produit, sachant que les sociétés utilisent des standards différents. Ce faisant, il serait par exemple abusif d'en profiter en changeant systématiquement de standards pour un même produit ou pour une gamme de produits dans le but de gagner quelques parts de « provenance suisse », par-ci, par-là.

L'interprétation de la notion de « matières premières » dans le sens de « matières » recèle elle aussi un potentiel d'abus (art. 52a, al. 4, OPM). Axée sur la pratique, elle ne doit pas favoriser un contournement des exigences liées à l'apposition de la croix suisse ou d'une désignation suisse. Dans le but de prévenir les éventuels abus, le rapport entre les « matières qui ne proviennent pas de Suisse » et la « prestation propre fournie en Suisse intervenant dans la production » doit se situer à un niveau raisonnable, mesuré à l'aune de chaque branche. En d'autres mots, la prestation propre fournie par le producteur final doit être suffisante par rapport à l'ensemble du produit et proportionnellement aux matières « étrangères ». Cette prestation propre peut, par exemple, comprendre des matières qui satisfont aux critères déterminant la provenance suisse et/ou les coûts de transformation correspondants qui ont été réalisés en Suisse (coûts de processus). Par exemple, la simple soudure de fiches et de câbles achetés à l'étranger ne suffira pas à produire des « câbles suisses ». En revanche, si les câbles sont

¹⁷ RS 210

¹⁸ RS 941.210

achetés auprès d'un producteur suisse qui, de son côté, les a fabriqués dans le respect des critères d'utilisation de la désignation « Suisse » et que ceux-ci sont ensuite transformés en Suisse, la prestation propre fournie en Suisse est significativement plus élevée. Un autre abus lié à l'interprétation extensive de la notion de matières (premières) serait de ne pas utiliser un produit semi-fini disponible en Suisse sans raison valable (par ex. couleur « erronée » des vis utilisées), alors que ce composant est pertinent pour le fonctionnement du produit.

Section 2 Indications de provenance pour les produits au sens de l'art. 48c LPM, notamment les produits industriels

Art. 52c *Coût de revient déterminant*

Pour déterminer la provenance d'un produit industriel, deux critères sont déterminants (art. 48c LPM) : au moins 60 % du *coût de revient* doivent être générés en Suisse et une étape significative de la fabrication du produit doit avoir été effectuée en Suisse. La notion de « coût de revient » (*Herstellungskosten*) est empruntée à la comptabilité financière, autrement dit une comptabilité établie pour des buts externes à l'entreprise. Dans la comptabilité de gestion qui, elle, est établie pour des buts internes à l'entreprise, le terme usuel est celui de « coûts de production » (*Herstellkosten*). La principale différence entre les deux types de comptabilités réside dans le fait que la première ne tient compte que de ce qu'on appelle les coûts payés, à savoir les flux de paiement qui ont effectivement eu lieu, alors que la seconde prend aussi en considération les coûts calculés ou les coûts d'opportunité. Ces derniers ne se rapportent pas à des flux de paiement concrets, mais s'appliquent par exemple à démontrer ce qui aurait pu être atteint avec les moyens correspondants s'ils avaient été utilisés différemment¹⁹.

S'agissant des coûts pour déterminer la provenance d'un produit, seuls les paiements réellement effectués sont pertinents. C'est pourquoi les calculs relatifs à la présente législation se basent sur la notion de coût de revient, empruntée à la comptabilité financière, et sur ses sous-catégories²⁰. Autrement dit, seuls les coûts réellement réalisés dans le processus de fabrication peuvent et doivent être pris en considération dans le calcul déterminant la provenance suisse. Le montant d'amortissement d'une machine correspond par exemple à la valeur réelle d'acquisition et non pas à la valeur supposée (calculée) de remplacement. Pour obtenir les données nécessaires, il suffit de consulter la comptabilité de l'entreprise. Il est toutefois fondamental d'appliquer toujours les mêmes normes comptables pour établir les données utilisées dans l'ensemble du calcul visant à déterminer la provenance suisse.

Les frais d'emballage et de transport, les coûts d'administration et de distribution, ainsi que les coûts de marketing et de service liés aux produits fabriqués par les différentes entreprises ne sont pas pris en considération dans le coût de revient. Ils sont par conséquent exclus du calcul visé à l'art. 48c, al. 3, LPM (**al. 2**). Les frais financiers (par ex. les intérêts) relatifs, par exemple, à des projets de recherche ou de développement ne font pas non plus partie du coût de revient.

Le coût de revient est composé de trois types de coûts : les coûts de recherche et de développement, les coûts des matières et les coûts de fabrication [y compris les coûts liés à l'assurance de la qualité et à la certification], qui se subdivisent eux-mêmes en sous-catégories

¹⁹ Par ex., le rendement sur le capital investi dans une nouvelle halle de production doit au moins équivaloir au taux d'intérêt du marché. Au cas contraire, il aurait mieux valu renoncer à la construction de la halle et placer l'argent sur le marché des capitaux.

²⁰ Voir à ce sujet Rautenstrauch, Thomas (2013) : cf. note de bas de page 3.

(al. 1). Les commentaires ci-après s'attachent à décrire dans le détail les différentes notions, présentées sous forme de tableau.

	Coûts de recherche
	Coûts de développement
①	Total des coûts de recherche et de développement (coûts R&D)
	Coûts des matières premières
	Coûts des matières auxiliaires
	Coûts des produits semi-finis - part des coûts des matières
	Coûts des produits semi-finis - part des coûts de processus
②	Total des coûts directs des matières
	Frais d'emballage et de transport des produits en production
	Coûts de stockage des produits en production
	Autres coûts de processus
③	Total des coûts indirects sur matières
②+③	Total des coûts des matières
	Salaires et coûts de fabrication liés aux salaires
	Coûts de fabrication liés aux machines
	Autres coûts de fabrication
	Coûts liés à l'assurance de la qualité et à la certification prescrites par la loi ou réglementées de façon homogène à l'échelle d'une branche
	Coût pour prestations de tiers et licences axées sur un produit
④	Total des coûts de fabrication
①+②+③+④	TOTAL DU COÛT DE REVIENT (coûts R&D incl.)

Source : Expertise Rautenstrauch, 2013 (cf. note de bas de page 3).

Art. 52d *Coûts de recherche et de développement*

Cet article traite des coûts de recherche et de développement visés à l'art. 48c, al. 2, let. b, LPM.

Comme il est d'usage dans les normes comptables (internationales), il faut considérer séparément la recherche et le développement (R&D). En règle générale, la recherche ne porte pas sur un produit ou un procédé spécifique, mais sert des fins plus abstraites de recherche de connaissances scientifiques et/ou techniques²¹. La recherche fournit des résultats qui ne présentent généralement pas de possibilités de mise en œuvre commerciale directe. Au contraire, le développement est lui axé sur un produit ou sur un procédé.

Art. 52e *Prise en considération des coûts de recherche et de développement*

Il faut distinguer la recherche non axée sur les produits, de la recherche axée sur les produits. Les coûts de la recherche non axée sur les produits doivent être répartis sur le coût de revient des produits correspondants par le biais d'une clé de répartition appropriée. En revanche, les coûts de la recherche axée sur les produits, tout comme les coûts de développement, peuvent être imputés directement au coût de revient de chaque produit.

²¹ Dans la recherche pharmaceutique, par ex., une seule substance parmi une multitude d'autres parviendra sur le marché sous forme de médicament. La recherche de substances fait typiquement partie de la **recherche**. Si dans le cadre des premiers tests l'une ou l'autre des substances produit un effet escompté, le **développement** s'attachera à créer, à partir de cette substance et par le biais de processus appropriés, un médicament utilisable pour les humains qui pourra, au final, être mis sur le marché.

Al. 1 : Les coûts générés par la recherche axée sur les produits et les coûts de développement sont directement imputés au coût de revient de chaque produit.

Al. 2 : Les coûts générés par la recherche non axée sur les produits sont répartis sur le coût de revient de chaque produit, par exemple, selon l'une des clés suivantes :

- a. clé appliquée habituellement par l'entreprise (« *üblicher betrieblicher Schlüssel* »);
- b. hypothèses formulées dans le plan d'exploitation (« *Annahmen im Businessplan* »);
- c. usages de la branche manifestement vérifiables (« *Branchenusanzen* »).

On recourt à la « *clé appliquée habituellement par l'entreprise* » lorsque le produit qui doit arborer l'indication de provenance « Suisse » ne se distingue pas de façon essentielle des autres produits s'agissant de l'intensité de la recherche et doit donc être traité exactement comme les autres produits en termes d'imputation des coûts de recherche²². Si, durant la phase de planification, il est déjà évident qu'un produit spécifique requerra des dépenses de recherche supplémentaires (ou clairement inférieures) par rapport aux autres produits, on utilise comme clé de répartition des coûts de recherche les « *hypothèses formulées dans le plan d'exploitation* »²³. S'il existe des « *usages de branche* » en la matière, il est également possible de les utiliser comme clé de répartition.

Al. 3 : Il arrive parfois qu'un produit, après que les coûts R&D initiaux aient été entièrement amortis, n'atteigne plus le taux minimum de 60 % du coût de revient nécessaire pour prétendre à la provenance suisse. Il serait gênant qu'un produit perde son statut de produit « suisse » pour cette raison. Pour éviter de telles situations, il est permis de continuer à tenir compte des coûts d'amortissement annuels moyens (Total coûts R&D ① divisés par le nombre d'années d'amortissement).

Art. 52f *Coûts des matières*

Al. 1 : La notion de « coût de revient » recouvre trois types de coûts : les coûts de recherche et de développement, les *coûts des matières* et les coûts de fabrication. Distinction est faite entre coûts directs des matières et coûts indirects sur matières.

Al. 2 : Les coûts directs des matières se composent des coûts des matières premières, des matières auxiliaires et des produits semi-finis. Ils sont directement imputables aux produits.

Al. 3 : Les coûts indirects sur matières englobent par exemple les coûts relatifs au stockage temporaire des produits en production ou à leur transport, dans la mesure où il a lieu en Suisse et qu'il est nécessaire pour la production.

Art. 52g *Prise en considération des coûts des matières*

Les coûts des matières sont imputés au produit soit par le biais d'une clé appropriée (coûts indirects sur matières), soit directement (coûts directs des matières). Il faut en tous les cas faire la différence entre les coûts générés par des matières suisses et ceux générés par des

²² Exemple : coûts de recherche un million de francs suisses, quatre produits, 250 000 de francs sont affectés à chaque produit.

²³ Exemple : coûts de recherche un million de francs suisses, quatre produits, mais le produit « Swissness » est une variante d'un produit existant qui profite déjà, selon le plan d'exploitation, d'une recherche amortie. 100 000 francs suisses seront imputés au produit « Swissness », et 300 000 francs suisses seront imputés à chacun des trois autres produits.

matières étrangères. Par matières suisses, on entend par exemple les matières premières obtenues en Suisse, comme le bois ou la pierre. Les matières auxiliaires ou les produits semi-finis qui remplissent les critères d'utilisation de la désignation « Suisse » ou de la croix suisse sont également considérés comme des matières suisses (art. 52a, al. 4, OPM) : imaginons, par exemple, l'intégration d'une courroie de transmission fabriquée en Suisse sur un vélo ou l'utilisation de vis spéciales fabriquées en Suisse.

Conformément aux règles des normes comptables appliquées, les redevances de licence sont incluses dans le calcul du coût de revient déterminant.

Al. 1 : On peut envisager différentes possibilités pour prendre en considération les coûts directs des matières dans le coût de revient. Cet article n'énumère pas de manière exhaustive les différentes méthodes.

La **let. a** précise que les produits semi-finis, indépendamment du fait qu'ils remplissent ou non les critères d'utilisation de la désignation « Suisse », sont imputés au coût de revient du produit fini dans la proportion exacte du coût de revient suisse qu'ils contiennent²⁴. Si un produit semi-fini présente par exemple 40 % de part suisse, alors 40 % serait incorporé dans la part du coût de revient suisse du produit fini, alors que 60 % de ce coût devrait être considéré comme une part étrangère. Cette approche pourrait se révéler compliquée à appliquer si les informations sur la provenance des produits semi-finis ne sont pas mises à disposition par les fournisseurs.

En vertu de la **let. b**, un produit semi-fini qui remplit les critères d'utilisation de la désignation « Suisse » est pris à 100 % en considération dans le calcul déterminant la provenance suisse du produit fini, sinon il en est exclu (0 %).

Il importe que l'entreprise applique l'approche choisie pour calculer le pourcentage de parts suisses de ses produits de manière rigoureuse et qu'elle ne mélange pas diverses méthodes de calcul. En cas de litige, elle doit pouvoir fournir au tribunal des éléments prouvant que les dispositions légales ont été respectées, et ceci selon une méthode de calcul unitaire.

Al. 2 : Voir le commentaire de l'art. 52e, al. 2, OPM.

Art. 52h *Prise en considération des coûts des matières auxiliaires*

Les matières auxiliaires (petites pièces comme des clous et vis, adhésifs, agents de nettoyage, etc.) ne revêtent qu'une importance très mineure pour les propriétés caractéristiques d'un produit et pour son coût de revient global; elles sont normalement réparties sur chaque produit par le biais d'une clé. Pour des raisons de simplification, les matières auxiliaires peuvent être soit entièrement exclues, soit entièrement prises en considération dans le calcul déterminant la provenance suisse. Il n'est par contre pas admis d'intégrer uniquement les matières auxiliaires qui satisfont aux critères d'utilisation de la désignation « Suisse » et d'exclure toutes les autres. De plus, les matières auxiliaires peuvent être exclues uniquement si elles occupent une importance vraiment mineure par rapport à l'ensemble du produit (**let. a**) et qu'elles sont également négligeables par rapport aux coûts de l'ensemble du produit (**let. b**). Les matières auxiliaires ont certes, par définition, une importance mineure, mais cette double exigence – à l'instar du domaine des denrées alimentaires (art. 4, al. 5 de l'ordonnance sur l'utilisation de l'indication de provenance « Suisse » pour les denrées alimentaires) – est nécessaire pour

²⁴ Voir à cet effet notamment Day Stefan & Ludvigsen Kai (2010), *Swissmade – oder doch nicht?*, in: sic! 482, 6/2010.

souligner le caractère d'exception de cet article. Elle n'est en aucun cas pensée pour permettre le contournement de l'exigence des 60 % du coût de revient, mais vise à une simplification pragmatique du calcul des coûts.

Art. 52i *Matière disponible en quantité insuffisante en Suisse*

Cette disposition met en place un système alternatif à l'art. 48c, al. 3, let. b, LPM pour tenir compte des matériaux disponibles en quantité insuffisante pour le calcul des 60 % de coût de revient.

A la différence du domaine agricole, il n'existe pas, dans le secteur industriel, des données relatives à la disponibilité de matières. La Confédération n'a dès lors pas les moyens de vérifier les données spécifiques aux branches, dans le cadre de l'examen d'une l'ordonnance de branche. C'est pourquoi les branches pourront, au vu de leurs connaissances spécialisées, publier et actualiser elles-mêmes (électroniquement) des informations sur les quantités disponibles des matières en Suisse (liste positive ou négative). La liste de la branche crée la présomption qu'une certaine matière n'est pas disponible en quantités suffisantes (c'est-à-dire disponible seulement dans les quantités indiquées par le taux publié). Un producteur pourra invoquer cette présomption pour justifier l'usage de l'indication « Suisse ». Il n'est dès lors pas nécessaire, pour la faire valoir, que le sous-approvisionnement en une matière soit reconnu dans une ordonnance de branche. La présomption pourra être renversée lors d'une procédure judiciaire. Cas échéant, les indications publiées par les branches devront être adaptées en conséquence.

Pour que le système soit transparent, cette information de l'association de branche doit être naturellement mise à la disposition de tous, par exemple par le biais d'une publication sur son site Internet. Il est également envisageable qu'une plate-forme Internet soit créée sur une initiative privée pour une ou plusieurs branches. Elle permettrait aux demandeurs de publier leurs besoins en matières « suisses » et aux offrants de placer à leur tour les matières dont ils disposent. Afin qu'une telle plate-forme publique soit assimilée à une publication d'une branche, la disponibilité d'une matière doit être clairement présentée à une date déterminée, mais pouvoir être consultée aussi rétroactivement (par un tribunal par ex.). La prise en considération d'une matière partiellement insuffisante en Suisse se fait au prorata de sa disponibilité. Si le calcul des coûts pour une matière se fait selon le taux de disponibilité clairement publié par une branche, il peut être présumé qu'une matière déterminée a été exclue à raison (ou à tort) par un producteur.

Cette présomption ne délie pas le producteur de sa responsabilité dans l'utilisation d'une indication de provenance. Si les informations au sein d'une branche sont manifestement inexacts ou contradictoires, la présomption pourra être renversée, préteritamment le producteur qui s'y serait référé. Il est donc dans l'intérêt des branches concernées de fournir des données fiables et de les actualiser régulièrement. Cette possibilité supplémentaire reflète la volonté du législateur d'utiliser sa marge de manœuvre pour une mise en œuvre de la loi révisée simple et adaptée aux besoins des utilisateurs.

Art. 52j *Coûts de fabrication*

Al. 1 : Le coût de revient est composé de trois types de coûts : les coûts de recherche et de développement, les coûts des matières et les *coûts de fabrication*. Les coûts de fabrication comprennent les coûts directs de fabrication et les coûts indirects de fabrication.

Al. 2 : Dans les coûts de fabrication sont notamment inclus les salaires et les coûts de fabrication liés aux salaires, les coûts de fabrication liés aux machines et les coûts liés à l'assurance de la qualité et à la certification prescrites par la loi ou réglementées de façon homogène à l'échelle d'une branche. Ici aussi, il convient de distinguer les coûts réalisés en Suisse de ceux réalisés à l'étranger. Les coûts de fabrication sont, selon qu'ils sont variables ou fixes, imputables au produit directement ou par le biais d'une clé. Il est en outre possible d'intégrer dans le calcul les coûts liés à la l'assurance de la qualité et à la certification, dans la mesure où ces deux étapes ont lieu dans le cadre de procédures prescrites par la loi ou réglementées à l'échelle d'une branche.

Si l'on recourt, pour les coûts des matières et les coûts de fabrication, à des données selon des normes comptables nationales ou internationales, il convient d'appliquer toujours les mêmes normes comptables pour établir ces chiffres (voir ci-dessus le commentaire de l'art. 52b OPM).

Art. 52k *Prise en considération des coûts de fabrication*
Voir le commentaire de l'art. 52e OPM.

Art. 52l *Calcul du coût de revient réalisé à l'étranger*

Pour éviter que la quote-part suisse du coût de revient d'un produit tombe en-dessous de la barre des 60 % uniquement en raison d'un taux de change à la baisse, on préfère se baser, pour les matières importées, sur un taux de change qui correspond à la moyenne des trois dernières années (**let. b**). Les entreprises doivent en outre être libres d'utiliser, pour le calcul, le taux de change appliqué le jour du paiement (**let. a**).

Ici aussi, il importe d'utiliser soit la moyenne des trois dernières années, soit le taux de change au jour du paiement, mais pas une forme mixte entre le taux de change ponctuel et le taux de change moyen (voir art. 52b OPM).

Section 3 Indications de provenance pour les services

Art. 52m

Aux termes de la révision législative, la provenance suisse d'un service dépend de deux conditions cumulatives : elle doit correspondre au siège du fournisseur et il doit exister un réel site administratif en Suisse. On retrouve le rattachement de certaines conséquences légales au siège et au « réel site administratif » déjà dans le code civil²⁵ (art. 56 CC), dans le droit fiscal (art. 50 ss LIFD²⁶ et art. 20 ss LHID²⁷) ou dans le droit international privé (art. 21, al. 2, LDIP²⁸).

Si la disposition portant sur le siège ne soulève aucun problème particulier, la notion de « réel site administratif » nécessite d'être concrétisée. Par rapport au lien étroit avec le « réel centre administratif » prévu dans le message et le projet du Conseil fédéral, il est plus correct de parler de « réel *site* administratif » puisque cette notion est déjà ancrée dans le paysage réglementaire suisse. Le législateur a examiné cette notion dans le cadre de la législation sur le droit fiscal et l'a définie, dans son message, en ces termes « le lieu où s'exerce l'administration effective se trouve à l'endroit où sont conduites les affaires sociales et où sont prises les

²⁵ Cf. note de bas de page 17.

²⁶ Loi du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD, RS **642.11**)

²⁷ Loi du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID, RS **642.14**).

²⁸ Loi du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP, RS **291**).

décisions importantes concernant l'entreprise »²⁹. Le Tribunal fédéral a également développé, notamment en ce qui concerne les dispositions du droit fiscal, une jurisprudence riche pour interpréter cette notion dont il faut tenir compte aussi pour le droit des indications de provenance pour des raisons de cohérence de l'ordre juridique. Le rattachement dérivé par le Tribunal fédéral au lieu « où sont conduites les affaires sociales et où sont prises les décisions importantes concernant l'entreprise »³⁰ a dès lors été repris et adapté de manière adéquate dans le droit des indications de provenance.

Aussi, dans le droit des indications de provenance, les personnes morales et les personnes physiques (par ex. entrepreneur individuel) doivent être traitées sur un pied d'égalité. Il n'est dès lors pas possible, comme c'est le cas dans le droit fiscal, de se fonder sur l'*objet social* en tant que critère de rattachement pour déterminer la provenance. Le réel « site » administratif d'une personne physique correspond au centre de ses activités professionnelles³¹, mais là aussi il importe de laisser une certaine marge de flexibilité.

Contrairement à d'autres sources légales, il y a lieu de souligner qu'on ne parle pas ici d'un réel site administratif unique, mais d'un réel site administratif. C'est ce qui découle déjà de l'art. 49 LPM et permet une certaine flexibilité³². Ainsi une entreprise agissant au niveau mondial pourra indiquer *plusieurs* sites réels administratifs. Les cas d'abus sont toutefois réservés. La restriction (**let. b**) aux « décisions importantes concernant la fourniture des services » a pour but d'empêcher que des secteurs de l'entreprise sans lien aucun avec la provenance des services relevant du but social soient pris en considération pour définir la provenance. Par conséquent, si une entreprise internationale de services informatiques implante son centre de compétences pour la logistique et la sécurité en Suisse, elle ne pourra pas utiliser une indication de provenance suisse pour les services informatiques qu'elle propose.

Les exigences requises pour remplir la condition du rattachement au « réel site administratif » doivent être plutôt strictes. En cas de litige, il appartiendra au juge de déterminer s'il existe une activité administrative réelle suffisante³³. Si les critères de l'art. 52m OPM sont remplis, il est présumé que ce lieu est le site réel site administratif. Cette présomption est réfragable.

Pour pouvoir intégrer la nouvelle disposition dans l'examen des marques, une limitation de la liste des produits ou des services aux services du lieu de provenance correspondant est introduite, comme c'est déjà le cas actuellement pour les indications de provenance des produits dans l'examen des marques. Dans sa pratique en matière de limitation, l'IPI tient compte de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral³⁴. L'utilisation, par le titulaire des droits, mais aussi par le preneur de licence, d'une marque de service contenant l'élément « Suisse » est soumise au respect des critères du droit des indications de provenance « Swissness ». Si cette limitation n'est pas respectée dans l'usage de la marque, celui-ci est non seulement trompeur par rapport aux services ainsi proposés, mais il ne permettrait pas non plus de maintenir le droit à la marque, ce qui pourrait entraîner la radiation de la marque pour défaut d'usage. La limitation de la liste des produits ou des services accroît la responsabilité des titulaires de la marque d'utiliser celle-ci de façon juridiquement conforme.

²⁹ Cf. message sur l'harmonisation fiscale, 83.043 (FF 1983 III 114).

³⁰ Cf. ATF 50 I 100 consid. 2; ATF 54 I 301 consid. 2; décision TF 2A.321/2003 du 4 décembre 2003 consid. 3; décision TF 2C_259/2009 du 22 décembre 2009 consid. 2.1.

³¹ Cf. message concernant une loi fédérale sur le droit international privé, 82.072 (FF 1983 I 255) sur la notion d'établissement des personnes physiques.

³² Message relatif au projet «Swissness», p. 7773, cf. note de bas de page 7.

³³ Message relatif au projet «Swissness», p. 7773, cf. note de bas de page 7.

³⁴ Directives de l'IPI en matière de marques, édition du 1.7.2012, p. 133, notamment note de bas de page 294 avec renvois aux arrêts déterminants rendus par le Tribunal fédéral.

- **Régime de groupe (art. 49, al. 2, LPM)**

Les nouvelles dispositions prennent également en considération les diverses structures des entreprises. Une filiale ou une succursale étrangère d'une société mère suisse peut utiliser l'indication de provenance « Suisse », si les critères cumulatifs suivants sont remplis :

1. la société mère a son siège en Suisse;
2. la société mère ou une filiale réellement contrôlée par elle ou domiciliée dans le même pays possède un réel site administratif en Suisse; et
3. la filiale ou la succursale étrangère fournit des services de même nature.

Il est ainsi garanti que la société mère, qui exerce elle-même une activité opérationnelle, possède un contrôle réel suffisant sur les services fournis par la filiale étrangère. En effet, la fourniture de services de moindre qualité par cette dernière nuirait également à la réputation de la société mère.

Dans le cas d'une structure holding (la société mère est une simple société holding sans activité commerciale), au moins une filiale domiciliée dans le même pays que le groupe mère doit fournir des services de même nature (= régime de groupe).

- **Eventuelles exigences supplémentaires (art. 49, al. 3, LPM)**

La notion d'« éventuelles exigences supplémentaires » devant « également être remplies » pour qu'une indication de provenance puisse être utilisée doit être comprise comme une clause générale. Elle permet d'englober une multitude d'éventuelles exigences supplémentaires pouvant différer de pays à pays ou de branche à branche. S'il n'est pas aisé de concrétiser ce type d'exigences supplémentaires au niveau de l'ordonnance, il est toutefois possible d'attirer l'attention sur les exigences particulières liées aux indications de provenance qualifiées. Ainsi, par exemple, le contrôle de l'Etat tel qu'il est défini à l'art. 1, al. 4, LB³⁵ pourrait figurer dans une ordonnance de branche comme exigence supplémentaire au sens de l'art. 49, al. 3, LPM pour le secteur des banques. Enfin, avec l'art. 49, al. 3, LPM en relation avec l'art. 50, al. 2, LPM, les branches se voient confier un instrument pour concrétiser les exigences supplémentaires judicieuses à leurs yeux dans une ordonnance de branche.

Section 4 Ordonnance de branche au sens de l'art. 50, al. 2, LPM

Art. 52n

Al. 1 : En vertu de l'art. 50, al. 2, LPM, le Conseil fédéral peut, sur demande et sur la base d'un avant-projet d'une branche, édicter des ordonnances de branche réglant l'emploi d'indications de provenance suisses pour une ou plusieurs branches. L'ordonnance de branche ne doit toutefois pas servir abusivement les intérêts particuliers d'une partie de la branche. Au contraire, il est fondamental qu'une part représentative des entreprises de la branche soutienne une telle ordonnance. Pour ce faire, les branches seront contraintes, en vue d'aboutir à une direction commune, de mener des discussions préalables en leur sein. Une prise de contact avec des groupements de plus petite taille au sein de la branche est indiquée, même lorsqu'une association économique de plus grande envergure remplit les exigences de représentativité. Une large participation permet, en effet, le développement de solutions constructives et soutenues par le plus grand nombre. Une ordonnance peut être élaborée par une association ou par plusieurs associations d'une branche, puis être soumise au Conseil fédéral. L'organisation ou les organisations ayant déposé un projet d'ordonnance de branche doivent

³⁵ Loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB, RS 952.0).

rendre vraisemblable, sous une forme appropriée, qu'elle(s) est/sont représentative(s) de la branche en question.

Al. 2 : Sont représentatives la ou les organisations qui rendent notamment vraisemblable que 60 % au moins des entreprises de la branche approuvent l'*ordonnance de branche* et que ces entreprises couvrent au minimum 60 % des effectifs (en équivalents temps pleins) de la branche. Ce pourcentage correspond à l'exigence formulée à l'art. 5, al. 1^{bis}, let. b, de l'ordonnance sur les AOP et les IGP³⁶ comme valeur-seuil en termes de représentativité.

Al. 3 : Il est également possible de procéder à d'autres subdivisions des entreprises de la branche correspondante en fonction de critères qui marquent le caractère de chaque branche comme les divers niveaux de qualité ou les segments de prix. Pour ces groupes également, il importe de rendre vraisemblable qu'une majorité qualifiée des entreprises de ces groupes soutiennent l'ordonnance de branche. La répartition géographique des entreprises, si elle est pertinente pour une branche, peut également revêtir une importance. Ces critères supplémentaires peuvent aussi être proposés par les associations de branche. La décision finale concernant les critères supplémentaires à appliquer est du ressort du Conseil fédéral ou du département compétent. L'ordonnance de branche est en tous les cas contraignante pour l'ensemble de la branche.

La classification NOGA de l'Office fédéral de la statistique (OFS) fournit une aide pour délimiter les diverses branches. Après la définition exacte de la branche, il est possible de trouver les adresses et la taille de tous les membres d'une branche grâce au registre des entreprises et des établissements de l'OFS. L'expertise Hulliger/Bill de 2013³⁷ fournit d'autres informations et propose des méthodes affinées en matière de preuves statistiques de représentativité.

En complément de ces justificatifs « numériques », il est également possible de présenter d'autres documents permettant de rendre vraisemblable la représentativité, qui montrent par exemple la représentation de la branche au sein de groupes internationaux ou dans le cadre de négociations de la Confédération. Des recherches indépendantes de tiers peuvent constituer une autre source d'informations.

Chapitre 8 Intervention de l'Administration des douanes

Art. 55, al. 1 *Demande d'intervention*

Cette disposition concrétise l'art. 71 LPM qui traite de la demande d'intervention auprès de l'Administration des douanes. Comme cette disposition a été modifiée, il s'agit de refléter cette modification dans l'ordonnance.

Art. 56, al. 3 *Rétention*

Cet article renvoie à l'art. 72, al. 2 et al. 2^{bis}, LPM. L'al. 2^{bis} n'existant plus et ayant été remplacé par l'al. 3, une mise à jour est nécessaire.

³⁶ RS 910.12

³⁷ Cf. Hulliger, Beat; Bill, Marc (2013): cf. note de bas de page 4.

Chapitre 9 Dispositions finales

Section 2 Dispositions transitoires

Art. 60a *Disposition transitoire concernant la modification du...*

La LPM ne contient pas de délai transitoire, si bien qu'il n'est pas possible, sous l'angle de la légalité, de prévoir un délai transitoire dans l'ordonnance pour continuer à produire selon l'ancien droit après l'entrée en vigueur de la loi révisée. Pour donner suite aux doléances de plusieurs acteurs économiques dans le cadre de l'élaboration de l'ordonnance, la réglementation « Swissness » entrera en vigueur à une date unique, au 1^{er} janvier 2017. La décision du Conseil fédéral de mise en vigueur devrait intervenir encore en 2015, si bien que les entreprises ont près d'une année pour s'adapter aux nouvelles dispositions législatives. De plus, il est prévu un délai de deux ans dès l'entrée en vigueur pour mettre en circulation les denrées alimentaires et les produits industriels qui remplissent les conditions de provenance valables avant la révision et qui ont été fabriqués avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance (délai d'utilisation des stocks disponibles). Au final, la nouvelle réglementation « Swissness » ne déploiera tous ses effets qu'à partir du 1^{er} janvier 2019, soit cinq ans et demi après l'adoption du projet par le Parlement (21 juin 2013).

4. Conséquences

Comme il a déjà été expliqué de manière approfondie dans l'analyse d'impact de la réglementation rédigée pour le message relatif au projet « Swissness » (p. 7836 ss)³⁸, la révision vise en premier lieu à concrétiser des instruments destinés à empêcher les fraudeurs d'utiliser le label « Made in Switzerland »³⁹. La bonne réputation véhiculée par cette indication de provenance génère une plus-value considérable, notamment pour les produits suisses typiques. Cette plus-value, qu'il s'agit de préserver sur le long terme, est de l'ordre de 1 % du produit intérieur brut suisse.

L'ordonnance vise à aménager de la manière la plus simple possible pour les entreprises concernées la mise en œuvre des dispositions prévues par la loi et à leur fournir des lignes directrices fiables.

4.1. Conséquences sur les finances et le personnel de la Confédération

Comme il ressort du message relatif au projet « Swissness », l'IPI couvrira les dépenses occasionnées par les tâches supplémentaires (notamment la tenue du nouveau registre des indications géographiques pour les produits non agricoles et la procédure d'examen et d'enregistrement des nouvelles marques géographiques). Etant donné qu'il jouit d'une autonomie financière (art. 1 LIPI⁴⁰), le projet n'a pas de conséquences sur le budget de la Confédération.

La seule exception est la précision, requise au cours des débats parlementaires, des critères de provenance pour les denrées alimentaires en ce qui concerne le taux d'auto-provisionnement (art. 48b, al. 4, LPM). L'élaboration de l'ordonnance correspondante est du ressort de l'Office

³⁸ Cf. note de bas de page 7.

³⁹ Les règles édictées dans le projet « Swissness » couvrent aussi toutes les autres indications de provenance suisses.

⁴⁰ Loi du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (RS 172.010.31).

fédéral de l'agriculture (OFAG) qui possède les compétences, les données et l'expérience dans le secteur agroalimentaire. Il faut s'attendre à ce que la mise en œuvre par l'OFAG engendre un surcroît de travail qui devra être supporté par le département dont il dépend.

4.2. Conséquences sur les finances et le personnel des cantons et des communes

Dans ce cas également, on peut se référer au message relatif au projet « Swissness ». Les poursuites pénales pour emploi d'indications de provenance inexactes incombaient déjà aux cantons, et leur tâche s'en trouvera facilitée grâce à une réglementation plus précise. Cette remarque est également valable pour les chimistes cantonaux qui, grâce à la nouvelle ordonnance dans le domaine des denrées alimentaires, pourront s'appuyer sur des exigences claires. Dans ce cas également, on ne s'attend pas à des dépenses supplémentaires.

4.3. Conséquences économiques

Le résultat des débats parlementaires différant très peu du projet proposé par le Conseil fédéral (exceptions : pour les produits laitiers exigence de 100 % de la matière première « lait », possibilité d'inclure les coûts liés à l'assurance qualité et à la certification réglementés de façon homogène dans le calcul pour déterminer la provenance suisse), les conséquences présumées sur les divers acteurs économiques demeurent à peu de choses près identiques. Quelques simplifications ont toutefois été introduites dans l'ordonnance en ce qui concerne le calcul de la quote-part nécessaire pour prétendre à la provenance suisse (par ex. exception en faveur des matières auxiliaires). Il a été en outre expressément renoncé à édicter des règles détaillées sur les normes applicables pour effectuer ces calculs. La mise à disposition d'informations et d'exemples supplémentaires à l'occasion de ce rapport explicatif constituera une aide additionnelle pour les entreprises. En cas de litige, il appartiendra au juge d'apprécier si le principe de l'interdiction d'application abusive a été respecté ou non.

Grâces aux latitudes prévues dans la concrétisation du régime « Swissness », un plus grand nombre d'entreprises, notamment les PME, devraient y gagner à produire leurs biens dans le respect des critères définis dans la nouvelle législation et pouvoir ainsi les munir des labels « Made in Switzerland ».

4.4. Conséquences pour différents groupes de la société

Par rapport à l'analyse d'impact de la réglementation faite dans le message « Swissness », les conséquences pour les différents groupes de la société n'ont pas beaucoup changé non plus. La concrétisation relativement ouverte des impératifs dans les ordonnances a suscité des inquiétudes quant à la difficulté, pour les consommateurs, de se faire une idée rapide du contenu réel d'un produit en termes de provenance suisse. Mais en comparaison avec la solution bien plus vague prévalant avant la révision « Swissness », les nouvelles dispositions relatives aux critères contraignants applicables constituent un véritable bond en avant. La liberté laissée aux entreprises dans l'application de ces critères contrebalance dès lors largement le petit désavantage en termes d'information pour les consommateurs.