

Indications géographiques :
Perspectives globales et locales

*Geographical Indications:
Global and Local perspectives*

Felix Addor/Nicolas Guyot, Jürg Simon, Jacques Larrieu,
Olivier Vrins, Irene Calboli, Antony Taubman



Indications géographiques : Perspectives globales et locales

Geographical Indications: Global and Local perspectives

Felix Addor/Nicolas Guyot, Jürg Simon, Jacques Larrieu,
Olivier Vrins, Irene Calboli, Antony Taubman

Actes de la Journée de Droit de la Propriété Intellectuelle du 11 février 2016

Citation suggérée de l'ouvrage: JACQUES DE WERRA (éd.), «Indications géographiques: Perspectives globales et locales / *Geographical Indications: Global and Local perspectives*», collection «propriété intellectuelle – *intellectual property*», Genève / Zurich 2016, Schulthess Éditions Romandes.

ISBN 978-3-7255-8622-6

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2016

www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex, www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119,
B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur : +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Table des matières / *Table of contents*

Avant-propos	V
Sommaire / <i>Contents</i>	VII
Table des abréviations / <i>Table of abbreviations</i>	XIII

La réglementation « Swissness » : objectifs et principes

Felix Addor/Nicolas Guyot

I. Introduction	1
II. Contexte	2
III. Objectifs de la révision	7
A. Mettre un terme aux abus	7
B. Préciser les critères de provenance	7
C. Renforcement de la protection de la marque suisse	10
D. Légalisation de l'usage de la croix suisse	12
E. Protection et attentes des consommateurs quant à la provenance	13
F. Incitation à produire en Suisse	14
IV. Chronologie et élaboration de la réglementation	15
A. Avant-Projet de 2007	16
B. Projet de 2009	18
C. Débats parlementaires	19
D. Interventions parlementaires	23
V. Réglementation « Swissness »	29
A. Principes	29
B. Critères de provenance	33
C. Possibilité de mettre en avant des activités spécifiques (art. 47 al. 3 ^{ter} nLPM)	54
D. Registre AOP/IGP pour les produits non agricoles (art. 50a nLPM)	58
E. Utilisation de la croix suisse et des armoiries fédérales (LPAP) ..	59
F. Entrée en vigueur	61
VI. Renforcement de la protection à l'étranger	61
VII. Conclusion	64

La nouvelle marque géographique et le statut des indications de provenance étrangères en Suisse

Jürg Simon

I.	Ce qu'il faut savoir	67
II.	Un mot sur la fonction économique de l'origine géographique	67
III.	Les solutions traditionnelles des législateurs	68
IV.	La nouvelle marque géographique du droit suisse	70
	A. Motifs et buts du législateur suisse pour la création de la marque géographique	71
	B. Le système de la nouvelle marque géographique	72
V.	Les indications de provenance étrangères sur le marché suisse	75

Indications géographiques et marques en droit français

Jacques Larrieu

I.	La prééminence de l'indication géographique	81
	A. Le contrôle ex ante des marques	81
	B. Le contrôle ex post des marques	85
II.	Alliance de l'indication géographique et de la marque	88
	A. La possibilité d'intégrer l'IG dans la marque	89
	B. Les limites à l'intégration	90
III.	Résistance de la marque	90
	A. Invalidation de l'IG postérieure	90
	B. Coexistence des signes	94

Indications géographiques et marques en droit de l'Union européenne

Olivier Vrins

I.	Introduction	97
II.	Cadre juridique régissant les indications de provenance, les mentions traditionnelles et les spécialités traditionnelles garanties dans l'Union européenne	100
	A. Appellations d'origine protégées (AOP) et indications géographiques protégées (IGP)	100
	B. Mentions traditionnelles pour les vins (MTV) et spécialités traditionnelles garanties (STG)	106
III.	Conflits en matière d'usage	108
	A. Conflits entre AOP/IGP antérieures et marques postérieures ..	108

B.	Conflits entre MTV et STG antérieures et marques postérieures	123
C.	Conflits entre marques, d’une part, et AOP/IGP, MTV ou STG postérieures, d’autre part	125
IV.	Conflits en matière d’enregistrement	125
A.	Conflits entre marques, d’une part, et AOP/IGP, STG et MTV postérieures, d’autre part	125
B.	Conflits entre AOP/IGP, STG et MTV, d’une part, et marques postérieures, d’autre part	127
V.	Conclusion	157

Geographical Indications in the Global Arena: Observations and Recent Developments

Irene Calboli

I.	Introduction	159
II.	From France, to Europe, to the World: Geographical Indications at the Crossroads of International Trade and Trade Negotiations	164
III.	The Promise of Geographical Indications for Economic Development in Developed and Developing Countries	170
IV.	The Loosening Territorial Linkage and the Rise of “Reputation-Based” Geographical Indications	176
V.	The Case for System Focused on Promoting “Geographical Accuracy” in the Global Arena	181
VI.	Conclusion	186

The variable geometry of geography: multilateral rules and bilateral deals on geographical indications

Antony Taubman

I.	Saussure’s Geneva lectures — the mutability and immutability of the sign	191
II.	The multilateral legal framework: stability or stasis?	193
III.	Bilateral dealmaking: reinforcing or fracturing the multilateral framework?	196
IV.	The TRIPS Agreement as a multilateral platform	204
V.	Centrifugal trends and the challenge of coherence	208
VI.	Practical transparency as a precursor to the coherence agenda	212

La réglementation « Swissness » : objectifs et principes

*Felix Addor/Nicolas Guyot*¹

I. Introduction

Le 1^{er} janvier 2017 entreront en vigueur les modifications législatives du projet « Swissness » adoptées par le Parlement le 23 juin 2013. Le projet « Swissness » consiste, d'une part, en une modification de la loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (loi sur la protection des marques, LPM) et, d'autre part, en une révision totale de la loi fédérale du 5 juin 1931 pour la protection des armoiries publiques et autres signes publics qui est abrogée et remplacée par la loi fédérale du 21 juin 2013 sur la protection des armoiries de la Suisse et des autres signes publics (loi sur la protection des armoiries, LPAP).

La révision « Swissness » pose les bases permettant d'assurer à long terme la plus-value représentée par le fort potentiel commercial du « Swissness ». Les modifications adoptées introduisent de nouveaux critères dans la LPM qui définissent la provenance des produits et services de manière plus exacte que la loi de 1992. L'établissement de critères précis renforce en outre la protection de l'indication de provenance « suisse » et de la croix suisse, tant au niveau national que dans la perspective d'une mise en œuvre à l'étranger.

1 Felix Addor, Dr. iur. et avocat, est professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Berne ainsi que directeur adjoint et jurisconsulte à l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle. Nicolas Guyot, M. Sc. Biologie, M. A. HSG in Law & Economics et avocat, est juriste au Service juridique Droit de Propriété industrielle de l'IPI. F. Addor était le responsable, au sein de l'IPI, de la révision de la réglementation « Swissness » dès les premiers travaux (2006). N. Guyot traite les divers aspects de la mise en œuvre de cette révision.

Le nouveau droit propose des règles nuancées et adaptées aux cas concrets. La LPM révisée (nLPM) différencie trois catégories de produits, à savoir les produits naturels, les denrées alimentaires et les produits industriels, et prévoit des critères spécifiques visant à déterminer le lieu de provenance pour chacune de ces catégories. La nouvelle LPM renforce également le critère de rattachement pour les indications de provenance relatives aux services.

Parallèlement, la révision consolide la protection des indications de provenance en Suisse et à l'étranger. Elle prévoit à cet effet la création d'un registre des indications géographiques qualifiées (appellation d'origine protégée [AOP] et indication d'origine protégée [IGP]) pour les produits non-agricoles. Ce nouveau registre doit assurer qu'à l'avenir non seulement les produits agricoles puissent faire l'objet d'un enregistrement en tant qu'AOP/IGP, mais que les produits non agricoles puissent aussi bénéficier d'une protection similaire. Il sera en outre possible d'enregistrer à titre de *marques géographiques* les appellations d'origine et les indications géographiques inscrites dans un registre, les indications de provenance faisant l'objet d'une ordonnance de branche édictée par le Conseil fédéral ainsi que les appellations viticoles protégées par les cantons.

Enfin, la nouvelle LPAP (nLPAP) définit et distingue clairement, d'une part, les armoiries officielles de la Confédération (consistant en une croix suisse placée dans un écusson triangulaire) et, d'autre part, le drapeau suisse et la croix suisse. La principale nouveauté introduite par la révision de la LPAP est d'autoriser l'apposition de la croix suisse sur les produits de provenance Suisse. L'usage des armoiries de la Confédération sera en revanche exclusivement réservé à la Confédération ou à ses unités.

II. Contexte

De nombreux produits et services suisses bénéficient d'une excellente réputation tant au niveau national qu'international en raison des valeurs qu'ils véhiculent, telles la qualité, la précision et la tradition². Cette répu-

2 STEPHAN FEIGE *et al.*, *Swissness Worldwide*, Etude de l'Université de Saint-Gall et al. 2008, p. 32 (ci-après : FEIGE *et al.* 2008); STEPHAN FEIGE *et al.*, *Swissness Worldwide* 2013, htp St. Gallen, Saint-Gall 2013, p. 28 (ci-après : FEIGE *et al.* 2013); Message du Conseil fédéral du 18 novembre 2009 relatif à la modification de la loi sur

tation permet de positionner les produits et services associés à la Suisse dans un segment de prix plus élevé.

Par exemple, les consommateurs suisses dépensent en moyenne 4,50 francs de plus par kilo pour de la viande de volaille provenant de Suisse; par ailleurs 75 % des Suisses sont prêts à déboursier 30 % de plus pour acheter des pommes suisses plutôt que des pommes provenant de l'étranger³. Selon une étude internationale réalisée en 2008, les consommateurs sont prêts à payer environ 20 % de plus pour des biens de consommation portant le label «Suisse», par exemple des montres, des bijoux ou du fromage.

Si on prend l'exemple de l'industrie horlogère, qui a exporté pour 17 milliards de francs en 2008, cela équivaldrait à une plus-value de 3 à 3,5 milliards de francs pour l'année 2008⁴. Pour la même année de référence et sur la base du même calcul fondé sur les exportations, on arrive à une plus-value de 960 millions pour l'industrie des bijoux et de 200 millions pour l'industrie du chocolat générée par l'indication de provenance suisse, soit pour ces trois branches un total de 4,5 milliards de francs⁵.

En se fondant sur différentes études, l'Association suisse des AOC-IGP estime que les produits suisses enregistrés en tant qu'AOC ou IGP génèrent actuellement, grâce à l'indication de provenance suisse, une

la protection des marques et à la loi fédérale sur la protection des armoiries de la Suisse et autres signes publics (Projet «Swissness»), FF 2009 7711 (ci-après: Message Swissness), p. 7835.

- 3 Voir CONRADIN BOLLIGER/SOPHIE RÉVIRON, Consumer Willingness to Pay for Swiss Chicken Meat: An In-store Survey to Link Stated and Revealed Buying Behaviour, Paper presented at 12th European Association of Agricultural Economists (EAAE) Congress, 26 à 30 août 2008, Gand, Belgique. Des études à propos de pommes et de fraises ont livré des résultats semblables, voir CONRADIN BOLLIGER, *Produkt Herkunft Schweiz: Schweizer Inlandkonsumenten und ihre Assoziationen mit und Präferenzen für heimische Agrarerzeugnisse*, Tagungsband der 18. Jahrestagung der Österreichischen Gesellschaft für Agrarökonomie, 2008, et Gruppe Agrar-, Lebensmittel- und Umweltökonomie am Institut für Umweltscheidungen, Les consommateurs choisissent leurs fruits, in: *Info Agrar Wirtschaft* (bulletin du Groupe d'économie agraire, agroalimentaire et environnementale de l'Institut interdépartemental pour les décisions environnementales, EPFZ), 2008, n° 3, p. 3.
- 4 FEIGE *et al.* 2008, *supra* n. 2, p. 57; Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7835.
- 5 Les volumes d'exportation ont été tirés de la statistique du commerce extérieur suisse de l'Administration fédérale des douanes (base de données Swiss-Impex). Pour l'année 2008, le volume d'exportation pour l'industrie des bijoux s'est élevé à 4,8 milliards de francs et pour l'industrie du chocolat à près d'un milliard de francs (Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7835 s.)

plus-value proche de 20 % sur le marché intérieur et à l'étranger. Sur la base d'un chiffre d'affaires de près d'un milliard de francs, la plus-value équivaut à 200 millions⁶.

Les branches économiques considérées comme typiquement suisses, à savoir les montres/bijoux, le fromage et le chocolat, ne sont pas les seules à en profiter de manière substantielle. Par exemple, pour l'industrie suisse des machines, cette plus-value représenterait 1 à 2 % du chiffre d'affaires⁷, autrement dit 1,2 milliard de francs (soit 1,5 % des 80 milliards de francs d'exportations de machines enregistrées en 2008 selon Swissmem). Au total pour les branches mentionnées ci-avant (montres, bijoux, chocolat, AOP/IGP et machines), la plus-value induite par l'utilisation de l'indication de provenance « Suisse » s'élève à près de 6 milliards de francs pour l'année 2008, soit environ 1 % du produit intérieur brut⁸.

Le « Swissness price premium »⁹ diffère significativement d'un pays à l'autre et selon le type de produit. Pour une tablette de chocolat par exemple, il s'élève à 65 % en Inde, alors qu'il est de 3 % en Allemagne; pour une montre quartz en acier, ce premium atteint 112 % au Japon alors qu'il n'est que de 8 % en Corée du Sud¹⁰.

Redécouverte comme instrument marketing au début des années 2000, dans un contexte de globalisation, de repli identitaire et de préoccupations environnementales accrues, le « Swissness » a incité un nombre croissant d'entreprises à apposer la croix suisse et des désignations telles que « Suisse », « qualité suisse », « made in Switzerland » sur leurs produits et les utiliser pour désigner leurs services et pour faire de la publicité en Suisse ou à l'étranger¹¹.

6 Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7836.

7 FEIGE *et al.* 2008, *supra* n. 2, p. 57.

8 PIB 2007 aux prix courants: 512,1 milliards de francs suisses; Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7836.

9 Différence de prix que les consommateurs sont prêts à payer par rapport à un produit sur lequel n'est pas affichée une indication de provenance suisse.

10 FEIGE *et al.* 2013, *supra* n. 2, p. 42 ss et ill. 47 et 49, qui présentent aussi le cas de la crème de jour « anti-aging », de la souris sans fil et de l'aspirateur.

11 Rapport du Conseil fédéral du 15 novembre 2006 relatif à la protection de la désignation « suisse » et de la croix suisse en réponse aux postulats Hutter et Fetz (ci-après: Rapport CF 2006), p. 6. Le rapport est disponible sur le site Internet de l'IPI à l'adresse suivante: https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/f/j10802f.pdf (dernière visite le 30 septembre 2016).

Un sondage réalisé en 2005 auprès des membres de l'Union suisse de l'article de marque (Promarca) a montré que plus de la moitié des entreprises questionnées utilisent la désignation « Suisse » à côté de leur propre marque (co-branding) et que 40 % entendaient davantage y recourir au cours des cinq années suivantes¹².

Cette tendance s'illustre aussi par l'adoption en Suisse en 1998 du système de registre pour les indications de provenances qualifiées pour les produits agricoles¹³ basé sur le modèle mis en place par l'UE¹⁴. Plusieurs marques de garantie et marques collectives visant à garantir la provenance suisse de produits alimentaires ont été déposées durant les années 1990 et 2000¹⁵. En outre, les dépôts de nouvelles marques contenant l'indication « Suisse » ont plus que quadruplé entre 1995 et 2008¹⁶.

Corollairement, les utilisations perçues comme abusives se sont multipliées. De nombreuses entreprises utilisent la croix suisse ou le « Swiss Made » sur leurs produits ou en relation avec leurs services, même lorsque ces produits ou services n'ont aucun lien avec la Suisse. Ces

12 Voir MARCO CASANOVA, *Die Marke Schweiz – Gefangen in der Mythosfalle zwischen Heidi und Willhelm Tell: Aktuelle Herausforderung im Zusammenhang mit der Verwendung der Marke Schweiz als Co-Branding-Partner*, in: Arndt Florack/Martin Scarabis/Ernst Primosch (éd.), *Psychologie der Markenführung*, Vahlen, Munich 2007, pp. 541 à 550.

13 Art. 16 de la loi fédérale sur l'agriculture du 28 avril 1998 (LAgri); Message concernant le paquet agricole 95 (FF 1995 IV 621).

14 Règlement (CEE) n° 2081/92 du Conseil, du 14 juillet 1992 relatif à la protection des indications géographiques et des indications géographiques des produits agricoles et des denrées alimentaires, publié au JO n° L208/1 du 24 juillet 1992.

15 Ainsi notamment les marques de garantie: «IP – SUISSE (fig.)» CH-2P442640 (dépôt le 06.10.1994); «IP – SUISSE (fig.)» CH-P466562 (dépôt le 18.05.1999); «Suisse Garantie (fig.)» CH-P522327 (dépôt le 11.12.2003); «Suisse Garantie (fig.)» CH-P550773 (dépôt le 24.03.2005) et les marques collectives: «cerises suisses (fig.)» CH-P514201 (dépôt le 07.02.2003); «miel suisse (fig.)» CH P556048 (dépôt le 03.05.2006); «bio suisse» CH-564135 (dépôt le 06.07.2007).

16 En chiffres absolus, le nombre de marques verbales en vigueur contenant la mention « Suisse », « Swiss », etc. est passé de 635 à plus de 1253 en cinq ans (du 31 août 1994 au 31 août 1999). Le 31 août 2008, le nombre de ces marques était de 3098; un an plus tard, on en dénombre 5463. On constate donc une augmentation de huit fois et demie en l'espace de quinze ans (recherche effectuée le 8 octobre 2009 dans le registre suisse des marques sur Swissreg). Six ans et demi plus tard, ce nombre est de 5249 (recherche effectuée le 12 mai 2016 dans le registre suisse des marques sur Swissreg). Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7828.

abus ont conduit à des plaintes des milieux économiques¹⁷ et à une plus grande sensibilité de la population et de la presse à l'utilisation de la désignation « suisse » et de la croix suisse¹⁸. Les associations de consommateurs ont dénoncé les abus¹⁹ et certains secteurs économiques, tels que la Fédération de l'industrie horlogère suisse (FH)²⁰ ou l'association suisse

17 Par exemple la plainte déposée par Trybol AG devant la Commission suisse pour la loyauté contre la société Juvena (International) AG concernant l'usage par cette dernière de l'indication de provenance suisse pour des produits cosmétiques intégralement fabriqués à l'étranger mais pour lesquels la recherche et le développement étaient réalisés en Suisse. La plainte a été rejetée par la Commission (Rapport CF 2006, *supra* n. 11, p. 7). La presse a relayé le cas, notamment: NZZ, *Etiketten-Schwindel mit «Swissness»?*, 19.02.2006.

La société Trybol AG a également porté ce litige devant les juridictions pénales du canton de Bâle-Ville (Tribunal pénal Bâle-Ville, décision du 20.07.2009 [non publiée]; Tribunal pénal Bâle-Ville, décision du 11.09.2012, *sic!* 2013, p. 233; voir également THOMAS WIDMER, *Indications de provenance «Suisse»: analyse de la jurisprudence récente et réflexions de lege ferenda*, *sic!* 2013, p. 222).

18 S'agissant des réactions populaires et de la presse, l'affaire de la ligne de casseroles «Sigg Switzerland Casa», vendues en masse dans le cadre d'une action de la Coop dans le courant de l'année 2003 a été la plus retentissante. Les casseroles en question et leur emballage étaient munis de la désignation «Switzerland» et de la croix suisse alors qu'elles étaient fabriquées en Chine (Message *Swissness*, *supra* n. 2, p. 7726; Rapport CF 2006, *supra* n. 11, p. 7 et annexe 1). Les médias en ont fait un large écho, notamment: L'émission *Kassensturz* diffusé sur SF1, *Pfannen-Trophy geht doch noch weiter*, 23.12.2003; *Swissinfo*, l'année de la casserole, 27.01.2004.

Kassensturz a proposé plusieurs autres émissions dénonçant les abus dans l'utilisation de l'indication de provenance «Suisse», par exemple: *Kassensturz, Etiketten-Schwindel: «Swiss Made» aus aller Welt*, 16.09.2009, concernant les «Berner Rösti» de la marque Hero fabriqués à partir de pommes de terre provenant de l'Union Européenne et les vêtements de la marque Hanro of Switzerland fabriqués au Portugal; *Kassensturz, Der Bschiss mit der «Swissness» geht weiter*, 06.03.2012, dénonçant la viande des Grisons provenant d'Argentine et le miel suisse produit par des abeilles au Mexique.

Du 09.03.2010 au 26.06.2010, le forum politique de la Confédération (Käftigturm) a organisé différents débats et conférences sur le thème de la provenance suisse sous le titre «Labellisé <suisse>... vraiment suisse?».

19 Liste de produits portant une indication de provenance suisse inexacte («Bschiss-Liste») publiée en 2009 par la Fondation pour la protection des consommateurs (FPC).

20 En juin 2007, l'assemblée générale de la FH a décidé de demander à la Confédération la révision de l'ordonnance sur le «Swiss made» afin de renforcer celui-ci. Ces doléances ont été relayées au parlement par le conseiller national Didier Berberat (Interpellation 07.3666 Berberat [PS/NE] du 04.10.2007 «Renforcement du <Swiss made> en matière horlogère»).

des cosmétiques et des détergents (SKW)²¹, se sont mobilisés pour une meilleure protection du «Swiss Made».

Ces contestations ont trouvé un écho politique et ont donné lieu à plusieurs interventions parlementaires²², parmi lesquelles les postulats de la conseillère aux États, M^{me} Anita Fetz, du Parti Socialiste (PS)²³ et de l'ancienne conseillère nationale, M^{me} Jasmin Hutter, du parti Union Démocratique du Centre (UDC)²⁴, que le Parlement adoptera en juin 2006 signifiant ainsi le coup d'envoi de la révision «Swissness».

III. Objectifs de la révision

A. Mettre un terme aux abus

Le premier objectif de la révision Swissness est de mettre un terme aux abus dans l'utilisation de l'indication de provenance suisse, du moins au niveau national. Cet objectif ressort clairement des postulats Hutter et Fetz. Dans son postulat, M^{me} Fetz mentionne du reste la décision de la Commission suisse pour la loyauté du 13 juin 2005 dans le cas Juvena, qualifiant cette décision d'«incompréhensible»²⁵. Dans cette décision, la Commission avait considéré qu'il n'était pas déloyal d'utiliser l'indication de provenance suisse en lien avec des produits cosmétiques développés en Suisse mais fabriqués intégralement à l'étranger²⁶.

B. Préciser les critères de provenance

La lutte contre les abus requiert préliminairement l'établissement de critères permettant de déterminer clairement la provenance suisse des pro-

21 BERNARD CLOËTTA, «Swissness»: l'industrie cosmétique suisse passe à l'offensive, *La Vie économique Revue de politique économique*, 10-2014, p. 23.

22 Interpellation 05.3211 Zuppiger (UDC/ZH) du 18.03.2005 «Utilisation abusive de la croix suisse»; Postulat 06.3056 Hutter (UDC/SG) du 16.03.2006 «Protection de la marque suisse» (ci-après: Postulat Hutter); Postulat 06.3174 Fetz (PS/BS) du 24.03.2006 «Renforcer la marque Made in Switzerland» (ci-après: Postulat Fetz); Question 07.1001 Reymond (UDC/GE) du 06.03.2007 «L'importance d'un vrai «Swiss made» pour l'horlogerie» et Interpellation 07.3666 Berberat (PS/NE) du 04.10.2007 «Renforcement du «Swiss made» en matière horlogère».

23 Postulat Fetz, *supra* n. 22.

24 Postulat Hutter, *supra* n. 22.

25 Postulat Fetz, *supra* n. 22.

26 Affaire Juvena, voir *supra* n. 17; Rapport CF 2006, *supra* n. 11, p. 7.

duits et des services. La loi en vigueur jusqu'à la fin de l'année 2016 protège déjà les indications de provenance, ainsi notamment la désignation « Suisse ». Cependant, c'est en des termes très généraux qu'elle énonce les conditions régissant la provenance des produits et services.

L'art. 48 al. 1 aLPM (LPM en force jusqu'au 31 décembre 2016), qui s'applique indistinctement à tous les produits, prévoit que la provenance d'un produit est déterminée par le lieu de fabrication ou par la provenance des matières de base et des composants utilisés. Aux termes de la loi et selon le message du 21 novembre 1990²⁷, il n'est pas nécessaire que le lieu de fabrication et la provenance des matières de base, respectivement des composants utilisés concordent²⁸.

L'art. 48 al. 2 aLPM réserve les cas dans lesquels des conditions supplémentaires sont requises, celles-ci pouvant résulter de la loi²⁹, du cahier de charge d'une AOP/IGP ou d'un règlement applicable à une marque de garantie ou encore résulter de principes de fabrication ou d'exigences de qualité usuelles au lieu de fabrication et dont le respect est attendu par les milieux concernés³⁰.

Dans l'examen de la provenance de produits, la tendance suivie jusqu'ici par la doctrine et la jurisprudence était de distinguer les produits naturels bruts, les produits naturels transformés et les produits industriels³¹.

La jurisprudence rendue sur la base de l'art. 48 aLPM en matière d'indication de provenance relative aux produits industriels considérait que pour se prévaloir d'une provenance suisse, l'étape qui confère au produit

27 Message du Conseil fédéral du 21 novembre 1990 concernant la loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance, p. 37.

28 SIMON HOLZER in: Michael Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin (éd.), *Markenschutzgesetz Handkommentar*, Stämpfli, Bern 2009, *ad art. 48 LPM*, p. 894, N° 14.

29 Notamment l'ordonnance du 23 décembre 1971 réglant l'utilisation du nom « Suisse » pour les montres et les dispositions de droit cantonal concernant la protection des appellations et désignations pour les vins.

30 PHILIPPE GILLIÉRON in: Jacques de Werra/Philippe Gilliéron (éd.), *Commentaire romand propriété intellectuelle*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2013, *ad art. 48 LPM* N° 10; HOLZER *supra* n. 28, *ad art. 48 LPM*, p. 898, N° 34; ROLAND MÜLLER/THOMAS GEISER/MÉLISSA DUFOURNET, *Swissness bei Produktionsgütern und beim Film*, PJA 12/2013, p. 1743.

31 CHRISTOPH WILLI, *Markenschutzgesetz Kommentar*, Orell Füssli, Zurich 2002, *ad art. 48 LPM*, p. 362 ss, N° 4 ss; HOLZER, *supra* n. 28, *ad art. 48 LPM*, p. 898, N° 34.

ses caractéristiques essentielles doit avoir lieu en Suisse et au moins 50 % des coûts de revient du produit en question doivent avoir été générés en Suisse³². Le seuil des 50 % des coûts de revient n'a toutefois jamais été confirmé par le Tribunal fédéral, lequel, dans un *obiter dictum* de 1971, ne parle que d'une part adéquate des coûts de revient (« ein angemessener Teil der Gestehungskosten »)³³, sans définir concrètement ce que représente une « part adéquate ».

En outre, la question de savoir précisément quels sont les coûts qui peuvent être inclus, respectivement exclus, dans le calcul des 50 % est restée ouverte³⁴. Selon la pratique établie par les juridictions cantonales, il ne faudrait prendre en compte que les coûts des matières premières, des produits semi-finis, des accessoires, des salaires et des coûts de fabrication, à l'exclusion des coûts de vente, de publicité et de distribution³⁵. L'endroit où ont été effectués la recherche et le développement ne peut à lui seul déterminer la provenance d'un produit³⁶. En 2012, le tribunal pénal de Bâle-Ville a toutefois relativisé cette pratique en admettant que dans le cas des cosmétiques, qui ne sont pas des marchandises pour lesquelles le caractère manuel de la fabrication joue un rôle central dans la détermination de la provenance, la recherche et le développement pouvaient être considérés comme une étape essentielle de fabrication, parmi d'autres³⁷.

Concernant les produits naturels transformés (fromage, saucisses, chocolats), la situation juridique actuelle est encore plus floue. Pour ceux-ci, le facteur déterminant peut être la provenance de la matière première utilisée et/ou le lieu de la transformation, selon la perception des milieux concernés. La jurisprudence a développé certains critères dans des cas d'espèces³⁸. Toutefois, des critères généraux permettant de déterminer

32 HGer Zurich, arrêt du 31.08.1933, SJZ 1933/34, Heft 21, p. 329; HGer Saint-Gall, arrêt du 24.04.1968, RSJ, 1972, p. 207; HGer Saint-Gall, arrêt du 06.11.1992, GVP 1992 N° 39, p. 100; Tribunal pénal Bâle-Ville, décision du 20.07.2009 [non publiée]; Tribunal pénal Bâle-Ville, décision du 11.09.2012, sic! 2013, p. 233.

33 TF, arrêt du 08.06.1971, PBMMI, 1971, p. 84.

34 HOLZER, *supra* n. 28, *ad* art. 48 LPM, p. 894, N° 16.

35 HGer Saint-Gall, arrêt du 24.04.1968, RSJ, 1972, p. 207.

36 ATF 89 I 49; TC NE, arrêt du 07.07.1969, RSPI 1971, p. 210; Tribunal pénal Bâle-Ville, décision du 20.07.2009 [non publiée].

37 Tribunal pénal Bâle-Ville, décision du 11.09.2012, sic! 2013, p. 233.

38 Voir WILLI, *supra* n. 31 *ad* art. 48 LPM, p. 362s, N° 6 ss; HOLZER, *supra* n. 28, *ad* art. 48 LPM, p. 896, N° 23 ss.

clairement la provenance des produits alimentaires ne peuvent pas être déduits de l'art. 48 aLPM.

Les critères de provenance en vigueur jusqu'à la fin de l'année 2016 sont donc vagues et s'adaptent difficilement aux différents produits. Il en résulte une insécurité juridique importante pour les producteurs ainsi que pour les consommateurs. La nouvelle législation y remédie en clarifiant les critères de provenance.

C. Renforcement de la protection de la marque suisse

Le troisième objectif, qui va de pair avec les deux premiers, consiste à renforcer la protection du «Swiss Made». Cet objectif était motivé par des considérations politico-économiques. L'interpellation de l'ancien conseiller national, Bruno Zuppiger (UDC) et les postulats Hutter et Fetz mettent en avant le risque pour l'économie suisse et ses emplois que représente l'utilisation abusive de la désignation «Swiss Made» sur des produits de provenance étrangère³⁹.

Bien que la loi reconnaisse aux concurrents, mais aussi aux associations économiques et professionnelles ainsi qu'aux organisations de consommateurs la qualité pour agir lors d'usage d'une indication de provenance inexacte ou trompeuse⁴⁰, la pratique a montré que trop souvent les utilisations abusives, même manifestes, restent sans conséquence parce qu'aucun particulier, ni aucune organisation n'engage d'actions civiles ou de poursuites pénales⁴¹. Quant à l'apposition intentionnelle de la croix suisse sur des produits dans un but commercial, elle constitue une infraction poursuivie d'office⁴² et tout un chacun peut dénoncer ces violations. Les instances cantonales, compétentes pour la poursuite de ces infractions⁴³, n'ont cependant ouvert que très peu de procédures. Le caractère collectif attaché à l'usage des indications de provenance explique cette situation; aucun particulier ne voulant défendre à sa charge un bien collectif⁴⁴.

39 *Supra* n. 22.

40 Art. 55 et 56 aLPM.

41 L'usage d'une indication de provenance inexacte n'est poursuivi que sur plainte selon la aLPM (art. 64 al. 1 aLPM).

42 Art. 13 LPAP.

43 Art. 15 al.1 LPAP.

44 Message Swisness, *supra* n. 2, p. 7740. Dans certains cas, des particuliers ont tenté de dénoncer les abus aux autorités pénales, mais les poursuites n'ont pas abouti:

Afin de renforcer la protection des indications de provenance, la nouvelle LPM prévoit la poursuite d'office non seulement de tout emploi par métier, mais également de tout emploi intentionnel d'indications de provenance inexactes (art. 64 al. 1 nLPM). En outre, la nouvelle législation habilite l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI) à dénoncer ces infractions et à faire valoir les droits d'une partie plaignante dans la procédure (art. 64 al. 3 nLPM). Ces droits comprennent le droit d'être entendu au sens de l'art. 107 CPP, celui de recourir contre les ordonnances de classement (art. 322 al. 2 CPP) et les décisions (art. 382 al. 1 CPP). Cette nouveauté permet à l'IPI, le cas échéant, d'intervenir dans une procédure pénale pendante afin d'éviter que celle-ci soit abandonnée si les plaignants se désistent.

Sur le plan civil, la révision «Swissness» élargit la qualité pour agir et confère à l'IPI et aux cantons la possibilité d'agir contre l'utilisation abusive d'indications de provenance se référant à leur territoire respectif (art. 56 al. 1 let. c et d nLPM). Ainsi, dans des cas d'abus manifestes, qui ne sont pas liés à une branche spécifique, l'IPI pourra intervenir en Suisse et, à l'étranger, procéder par voie diplomatique avec le soutien des ambassades suisses sur le terrain.

Le renforcement de la protection intervient également dans le cadre du déroulement de la procédure civile. La nouvelle législation introduit en effet un renversement du fardeau de la preuve dans les procédures civiles, y compris les procédures de mesures provisionnelles (art. 51a nLPM)⁴⁵. Il reviendra à celui qui utilise une indication de provenance, et non à celui qui en conteste l'exactitude, de prouver que cette dernière est conforme à la loi. Ce renversement du fardeau de la preuve se justifie du fait que le défendeur est en principe le seul à avoir connaissance des détails de la fabrication de son produit.

voir les décisions du tribunal cantonal de Schwyz (KGer Schwyz, décision du 12.08.2009 [non publié]) et du tribunal cantonal lucernois (OGer Lucerne, décision du 24.06.2009 [non publié]) qui ont toutes deux confirmé des ordonnances de non entrée en matière, respectivement de classement, dans des affaires dans lesquelles la partie poursuivie faisait usage de la croix suisse sur ses produits. Voir également l'encart dans la *SonntagsZeitung* du 2.11.2008.

45 Le principe applicable en procédure civile est que la partie qui entend déduire un droit de faits qu'elle allègue supporte le fardeau de prouver ces faits (art. 8 CC). Si elle échoue, elle doit en assumer les conséquences (ATF 127 III 519 c. 2a; 129 III 18, c. 2.6). L'art. 51a nLPM constitue une exception à ce principe.

Enfin, la nouvelle législation introduit deux nouveaux instruments juridiques qui permettront de renforcer efficacement la protection des indications géographiques qualifiées en Suisse et à l'étranger. La nouvelle LPM prévoit d'une part la création d'un registre des AOP et des IGP pour les produits non agricoles, c'est-à-dire de tous les produits qui ne peuvent pas obtenir une protection par le biais du registre pour les produits agricoles tenu par l'office fédéral de l'agriculture (OFAG) et, d'autre part, la possibilité d'enregistrer des marques géographiques⁴⁶ portant sur des appellations d'origine et des indications géographiques enregistrées dans un registre national ou cantonal ou protégées en vertu d'une loi ou d'une ordonnance.

D. Légalisation de l'usage de la croix suisse

L'utilisation de la croix suisse est régie par la LPAP. L'art. 2 aLPAP ([LPAP] dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016) interdit d'apposer pour un but commercial, en particulier comme éléments de marques de fabrique ou de commerce, notamment la croix suisse et les armoiries de la Confédération sur les produits ou sur le packaging des produits destinés à être mis en circulation comme marchandises. L'apposition de la croix suisse afin d'indiquer la provenance d'un produit constitue un but commercial au sens de cette disposition⁴⁷. Ainsi, selon la législation actuelle, l'apposition de la croix suisse sur une bouteille d'eau minérale, une crème glacée, un tube de mayonnaise ou une casserole dans le but d'indiquer aux consommateurs que le produit provient de Suisse est illégale et passible d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à quatre mois en cas de récidive (art. 13 aLPAP), et cela même si le produit provient entièrement de Suisse.

Seul l'emploi de la croix suisse sur des produits à des fins non commerciales ou dans un but décoratif, par exemple une croix suisse de grande dimension sur un T-shirt, est licite. Une reproduction très fortement stylisée de la croix suisse qui exclut tout risque de confusion avec l'emblème national peut licitement être apposée sur des produits. La frontière est toutefois tenue entre usage décoratif licite et usage illicite⁴⁸.

46 Voir JÜRGEN SIMON, La nouvelle marque géographique et le statut des indications de provenance étrangères en Suisse, dans cet ouvrage, p. 67 ss.

47 Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7728; voir ATF 139 III 424.

48 Rapport CF 2006, *supra* n. 11, p. 10.

Force est de constater que peu d'acteurs du marché se sont conformés à cette interdiction ; les étals de nos supermarchés sont remplis de produits sur lesquels sont apposées des croix suisses.

Mettre fin aux abus concernant l'usage de la croix suisse sur des produits sans changer la loi aurait signifié la mise en œuvre effective de l'article 2 aLPAP et donc la poursuite en justice de tous les acteurs du marché faisant un usage illicite de la croix suisse. Le Parlement a considéré plus opportun de suivre la proposition du Conseil fédéral et de légaliser, à partir du 1^{er} janvier 2017, l'usage de la croix suisse pour les produits provenant effectivement de Suisse.

E. Protection et attentes des consommateurs quant à la provenance

L'adoption de critères plus précis dans la nouvelle loi permet de clarifier les conditions d'utilisation des indications de provenance. Ces nouveaux critères prennent en considération les attentes des consommateurs quant à la part suisse d'un produit qualifié de «Swiss Made». Ce sont au final les consommateurs qui paient le «Swissness premium price». S'ils sont disposés à payer davantage pour des produits suisses, ils attendent en contrepartie qu'un produit arborant une indication «Suisse» soit effectivement de provenance suisse.

Les attentes de la majorité des consommateurs, notamment en ce qui concerne les produits alimentaires, sont très élevées par rapport à la provenance suisse. Les consommateurs sont en effet prêts à déboursier davantage pour des denrées alimentaires suisses que pour des produits en provenance d'autres pays. Il ressort d'un sondage représentatif réalisé en 2003 sur mandat de l'OFAG que la majorité des personnes interrogées attend d'un «produit portant une indication de provenance suisse qu'il provienne effectivement à 100 % de Suisse»⁴⁹. Dans un sondage similaire datant de 2007, 80 % des personnes interrogées disent s'attendre à ce que la nourriture produite en Suisse le soit selon des conditions plus sévères qu'à l'étranger⁵⁰. Une étude menée en 2008 par l'Université de Saint-Gall dans 66 pays révèle que la majorité des personnes interrogées s'attend à ce que la part des matières premières suisses utili-

49 Voir OFAG, Rapport agricole 2003, Berne 2003, p. 146.

50 Voir OFAG, Herkunft von Landwirtschaftsprodukten, Berne 2007.

sées représente de 60 à 70 % du produit (en moyenne)⁵¹. Ce chiffre, qui est moins élevé par rapport au sondage réalisé par l'OFAG, s'explique par le fait qu'une partie des personnes interrogées admet que la Suisse ne dispose pas de toutes les matières premières nécessaires. L'art. 48b al. 3 nLPM tient compte de cette réalité.

Un sondage réalisé en juillet 2015 par gfs.bern montre que la plupart des consommateurs suisse s'attend à ce qu'une denrée alimentaire «Swiss Made» contienne entre 80 et 100 % de matières premières provenant de Suisse⁵². 65 % des sondés déclarent attendre d'un produit industriel labellisé «Swiss Made» une part suisse entre 60 et 100 % des coûts de revient de ce produit⁵³. Enfin, selon ce même sondage, plus de trois quart des sondés se disent d'accord avec les nouveaux critères de provenance⁵⁴.

Les critères adoptés dans la législation se fondent donc sur des études empiriques et correspondent aux attentes des consommateurs⁵⁵.

Il est possible qu'en raison de la nouvelle réglementation les critères de provenance (au sens de la LPM) ne puissent plus être remplis pour certains produits, notamment du fait de la dispersion du processus de fabrication dans de nombreux pays et de l'approvisionnement en matières premières à l'étranger. C'est le fruit de la mondialisation. La suppression de l'indication de provenance pour ces produits permet cependant justement d'éviter la tromperie des consommateurs⁵⁶.

F. Incitation à produire en Suisse

Le renforcement des critères définissant la provenance suisse a également pour but d'inciter les entreprises à investir davantage en Suisse afin de produire des biens suisses. Le Message souligne que «pour les sociétés suisses qui ont l'intention de transférer leur production à l'étranger mais qui tirent déjà un avantage indéniable de l'utilisation de la désignation <Suisse> ou de la croix suisse, la révision les incitera à main-

51 FEIGE *et al.* 2008, *supra* n. 2, p. 53 ss.

52 gfs.bern, Plangemässe Umsetzung der Swissness-Vorlage gewünscht, août 2015, p. 1.

53 gfs.bern, *supra* n. 52, p. 1.

54 gfs.bern, *supra* n. 52, p. 1.

55 FEIGE *et al.* 2008, *supra* n. 2, p. 53 ss; FEIGE *et al.* 2013, *supra* n. 2, p. 57 ss; gfs.bern, *supra* n. 52, p. 1; Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7766.

56 Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7735.

tenir une part essentielle de la production ou le siège de la société en Suisse ou encore à utiliser davantage de matières premières suisses plutôt qu'étrangères. Les mesures prévues sont donc profitables à la production intérieure suisse.»⁵⁷

Après l'adoption de la nouvelle loi, plusieurs entreprises provenant de différents secteurs industriels ont indiqué avoir effectué ou planifié d'effectuer des investissements en vue d'adapter la production aux nouveaux critères d'une provenance suisse⁵⁸.

IV. Chronologie et élaboration de la réglementation

La volonté de renforcer la protection du «Swissness» émane en premier lieu du politique⁵⁹ avec l'adoption en juin 2006⁶⁰ du postulat Fetz par le Conseil des États, soutenu par le conseiller fédéral Blocher⁶¹, et du postulat Hutter par le Conseil national. En adoptant ces postulats, le Parlement a donné mandat au Conseil fédéral d'examiner et de présenter les mesures à mettre en œuvre pour renforcer la protection de l'indication de provenance «Suisse».

Le 15 novembre 2006, le Conseil fédéral a publié un rapport en réponse aux postulats Hutter et Fetz⁶². Celui-ci proposait d'élaborer un projet de modification/abrogation de la LPAP et de modification de la LPM,

57 Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7834.

58 Neue Zürcher Zeitung, Gut positionierte Uhrenmarken sind gegenüber der Frankenstärke immun, 21.03.2015; Tagesanzeiger, Victorinox investiert Millionen im Jura, 25.03.2015; Solothurner Zeitung, Uhren-Zulieferer Estima: «Schweiz kann höhere Nachfrage abdecken», 23.06.2015; KronoSwiss, Medienmitteilung, 20.08.2015; Oltner Tagblatt, Uhrenzulieferer investierte wegen Swissness-Gesetz – nun droht Verzögerung, 06.09.2015; Migros Magazine.ch, Fabrique de couleurs (Caran d'Ache), 07.03.2016.

59 Entre 2005 et 2007, pas moins de cinq interventions parlementaires ont porté sur un renforcement de la protection de la «marque suisse», cf. *supra* n. 22.

60 Voir le rapport du 9 mars 2007 concernant les motions et les postulats des conseils législatifs de l'année 2006 et l'annexe 1 du rapport du Conseil fédéral du 7 mars 2008 concernant les motions et les postulats des conseils législatifs de l'année 2007.

61 Conseiller fédéral Christoph Blocher: «*In diesem Sinne sind wir bereit, das Postulat entgegenzunehmen, und werden den entsprechenden Bericht auch vorlegen.*» BO 2006 S 400.

(«Dans ce sens, nous sommes prêts à accepter le postulat et allons préparer le rapport correspondant.» [traduction libre]).

62 Rapport CF 2006, *supra* n. 11.

de favoriser l'élaboration avec les associations professionnelles d'ordonnances réglant l'utilisation de la désignation « suisse » pour des branches économiques spécifiques et de prendre les mesures pour renforcer la protection de la désignation « suisse »/croix suisse en Suisse et à l'étranger. Les deux commissions des affaires juridiques du Conseil des États et du Conseil national ont pris connaissance du rapport de manière favorable et ont renoncé à le transmettre au Parlement⁶³.

A. Avant-Projet de 2007

Le 28 novembre 2007, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de modification de la LPM et un avant-projet de révision de la LPAP, accompagnés d'un rapport explicatif⁶⁴. Ces deux avant-projets contenaient déjà les principales nouvelles mesures visant à renforcer la protection de la désignation « suisse », c'est-à-dire la « marque géographique »⁶⁵, le registre AOP/IGP pour les produits non agricoles et le renversement du fardeau de la preuve, ainsi que la légalisation de l'usage de la croix suisse pour les produits suisses. Dès le départ, ces propositions n'ont pas fait l'objet de contestations.

Concernant les exigences d'une provenance suisse, l'avant-projet de la LPM proposait de classer les produits en trois catégories (produits naturels, produits naturels transformés et produits industriels) et de définir la provenance des produits sur la base de deux critères cumulatifs :

- un critère général applicable à tous les produits (y inclus les denrées alimentaires⁶⁶), selon lequel la provenance correspond au lieu où est réalisé au minimum 60 % du prix de revient du produit, y inclus les coûts de recherche et développement⁶⁷;

63 Voir « Chronologie du processus législatif Swissness » sur le site Internet de l'IPI.

64 Rapport explicatif du 28 novembre 2007 du Conseil fédéral sur la protection de l'indication de provenance « Suisse » et de la croix suisse (ci-après: Rapport explicatif CF 2007). Le rapport est disponible sur le site Internet de l'IPI à l'adresse suivante: https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/f/j10807f.pdf (dernière visite le 30 septembre 2016).

65 L'avant-projet prévoyait la possibilité d'enregistrer une marque de garantie ou une marque collective pour des indications géographiques, en dérogation à l'art. 2 let. a LPM.

66 Désigné « produits naturels transformés » dans le projet de 2007, voir Rapport explicatif CF 2007, *supra* n. 64, p. 46.

67 Rapport explicatif CF 2007, *supra* n. 64, p. 45.

- un critère spécial spécifique à chaque catégorie de produit faisant référence au lien qui doit exister entre le produit et le lieu de provenance. Pour les denrées alimentaires, le lieu de provenance décisif correspond à celui de l'étape de la transformation du produit naturel ayant donné à la denrée alimentaire ses caractéristiques essentielles. Pour les produits industriels, il s'agit du lieu où s'est déroulée l'activité ayant donné au produit ses caractéristiques essentielles, une étape de fabrication au moins devant être effectuée à ce lieu⁶⁸.

Dans l'ensemble, les deux avant-projets, soit celui relatif à la modification de la LPM et celui relatif à la révision de la LPAP, ont recueilli une large adhésion. Le critère général des 60 % du prix de revient a été discuté par la quasi-totalité des participants à la procédure de consultation, en particulier en lien avec les produits naturels transformés (denrées alimentaires) pour lesquels ce critère a été jugé inadéquat. La majorité des acteurs du monde agricole⁶⁹ et des milieux de défense des consommateurs⁷⁰ ont proposé un critère fondé sur le poids des matières premières pour fixer la provenance des denrées alimentaires. Le critère des 60 % des coûts de revient pour les denrées alimentaires a également été critiqué par l'industrie agro-alimentaire⁷¹. Dans sa prise de position du 28 mars 2008, la Fédération des Industries Alimentaires Suisses (fial) déclarait « *Eine zentrale Bestimmung der Vorlage ist Art. 48 E-MSchG <Herkunftsangabe für Waren>. Die vorgeschlagene Regelung trägt den besonderen Gegebenheiten bei Nahrungsmitteln nicht Rechnung.* »⁷²

68 Rapport explicatif CF 2007, *supra* n. 64, p. 46.

69 Union suisse des paysans (USP); Association des producteurs d'œufs suisses (Gallo Suisse); Association suisse pour le développement de l'agriculture et de l'espace rural (AGRIDEA); Association Suisse des Organisations d'Agriculture Biologique (BIO SUISSE); Groupement suisse pour les régions de montagne (SAB); Association vaudoise de promotion des métiers de la terre (Prométerre); Organisation fromagère suisse (KOS); Association des groupements et organisations romands de l'agriculture (AgorA); Association suisse pour la promotion des AOC-IGP (AOC-IGP); Uniterre; canton de Saint-Gall (voir le Rapport du Conseil fédéral rendant compte du résultat de la consultation du 15 octobre 2008 [ci-après: Rapport de consultation CF 2008], p. 17); le rapport est disponible sur le site Internet de l'IPI à l'adresse suivante: https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/f/j10817f.pdf (dernière visite le 30 septembre 2016).

70 Associazione Consumatrici della Svizzera Italiana (acsi); Fondation pour la protection des consommateurs (FPC); Konsumentenforum (kf).

71 Rapport de consultation CF 2008, *supra* n. 69, p. 9.

72 Prise de position du 28.03.2008 de la fial dans la cadre de la procédure de consultation sur l'avant-projet de 2007, p. 2. Disponible sur le site Internet de l'IPI.

Fial requérait alors : « *in diesem Artikel [Art. 48 E-MSchG] ein Vorbehalt der lebensmittelrechtlichen Bestimmungen aufzunehmen.* »⁷³ Autrement dit, la Fédération demandait d'exclure les denrées alimentaires du champ d'application de la loi sur la protection des marques et de régler la question de la provenance des denrées alimentaires par le droit alimentaire exclusivement.

Une partie des associations des milieux économiques⁷⁴, les deux grands distributeurs (Coop et Migros), ainsi que l'Association des chimistes cantonaux de Suisse et dix cantons⁷⁵ ont également considéré qu'il fallait exclure les denrées alimentaires du champ d'application de la LPM. Ils ont souligné l'incompatibilité du critère fondé sur le prix de revient avec la déclaration de provenance obligatoire du droit des denrées alimentaires qui est indépendante de tout critère de valeur.

B. Projet de 2009

Après d'intenses discussions informelles entre la fial et l'administration fédérale sur la question du critère le plus adapté pour définir la provenance des denrées alimentaires, le Conseil fédéral a décidé lors de sa séance du 25 mars 2009 de maintenir les denrées alimentaires dans le champ d'application du projet « Swissness ». Il a retenu la provenance des matières premières, et non plus le coût de revient, comme critère pour les denrées alimentaires et fixé le seuil pour une provenance suisse à 80 %⁷⁶.

Les acteurs agricoles ont salué cette décision de même que la fial dans un communiqué de presse du 25 mars 2009 et dans sa newsletter du mois d'avril 2009⁷⁷.

(« Une disposition centrale de ce projet est l'art. 48 P-LPM « provenance des produits ». La réglementation proposée ne tient pas compte des particularités des denrées alimentaires. » [traduction libre]).

73 Prise de position du 28.03.2008 de la fial dans le cadre de la procédure de consultation sur l'avant-projet de 2007, p. 2 (« d'introduire une réserve dans cet article [48 P-LPM] en faveur du droit des denrées alimentaires » [traduction libre]).

74 USAM, Proviande, economiesuisse, PROMARCA et fial (Rapport de consultation CF 2008, *supra* n. 69, p. 13).

75 ZH, SZ, ZG, BL, SH, SG, AG, TG, TI et GE (Rapport de consultation CF 2008, *supra* n. 69, p. 13).

76 Communiqué de presse du Département fédéral de justice et police (DFJP) du 25.03.2009.

77 fial, communiqué de presse du 25.03.2009; fial, newsletter N° 2, avril 2009, p. 6.

Le projet de révision de la LPM ainsi adapté et le message correspondant ont été approuvés par le Conseil fédéral le 18 septembre 2009⁷⁸.

Suite à l'approbation par le Conseil fédéral, certains cantons se sont inquiétés que le pourcentage minimal soit revu à la baisse ou sapé par diverses exceptions au cours du processus législatif. Ainsi par exemple des parlementaires du canton de Saint-Gall ont interpellé leur gouvernement en novembre 2009 afin de clarifier s'il existait des moyens au niveau cantonal pour renforcer la loi « Swissness »⁷⁹.

Dans le courant de l'année 2011, l'Union suisse des paysans a élaboré une initiative populaire pour le cas où le Parlement n'accepterait pas la nouvelle loi⁸⁰. L'industrie alimentaire a alors accordé une concession aux agriculteurs, rendant une éventuelle initiative obsolète⁸¹.

C. Débats parlementaires

Le processus parlementaire a débuté en janvier 2010 par l'examen du projet de révision de 2009 par la commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-CN) et s'est terminé en 2013. Les débats se sont cristallisés principalement autour des critères de provenance des denrées alimentaires.

D'emblée, la CAJ-CN a chargé une sous-commission de lui faire des propositions⁸². Parallèlement, la commission de l'économie et des redevances (CER-CN) a décidé de se saisir également du dossier et de procéder à des auditions. Elle a publié un co-rapport dans lequel elle pro-

78 Message Swissness, *supra*, n. 2.

79 Voir interpellation Hug/Muolen/Oppliger-Sennwald/Wehrli-Buchs/Britschgi-Diepoldsau/Graf-Frei-Diepoldsau « Swissness in Gefahr? » du 30.09.2009 et Réponse du gouvernement st. gallois du 26.01.2010 à cette interpellation.

80 BauernZeitung, Swissness: Vorstand des Bauernverbands für Volksinitiative, 12.10.2011.

81 Voir communiqué de presse fial du 17.11.2011 dans lequel fial indique notamment: « *Im Klartext akzeptiert die Nahrungsmittel-Industrie, dass ein stark verarbeitetes Lebensmittel zu 60 Prozent aus Schweizer Rohstoffen oder Zutaten zu bestehen hat und dass die Herstellkosten dafür zu 60 Prozent in der Schweiz angefallen sein müssen.* »

(« En clair, l'industrie agro-alimentaire accepte qu'une denrée alimentaire hautement transformée soit constituée de matières premières ou de composants à 60 % de provenance suisse et que les coûts de revient de ce produit doivent être générés en Suisse. » [traduction libre]).

82 Communiqué de presse de la CAJ-CN du vendredi 15 octobre 2010.

posait de faire la distinction, parmi les denrées alimentaires, entre les produits faiblement transformés et les produits hautement transformés avec des critères différents selon la sous-catégorie⁸³. Cette solution, adoptée par la CAJ-CN en novembre 2011⁸⁴ et par le Conseil national durant la session de printemps 2012⁸⁵, sera rejetée à l'unanimité par la commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-CE)⁸⁶ et par le Conseil des États durant la session d'hiver 2012⁸⁷.

Le Conseil fédéral a combattu cette proposition de faire une distinction entre produits faiblement transformés et produits hautement transformés en raison de sa complexité, son manque de transparence et du surcroît de bureaucratie occasionné. Une des raisons principales réside dans la difficulté de trouver des critères pertinents permettant de distinguer un produit faiblement transformé d'un produit hautement transformé. Ainsi, lorsqu'au cours de la session d'hiver 2012, le conseiller aux États Urs Schwaller a soumis la proposition individuelle de se rattacher à la décision du Conseil national sur ce point, la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga a clairement expliqué devant le Conseil des États que: « *Man hat immer wieder die Frage gestellt: Was sollen dann die Abgrenzungskriterien sein? Das Bundesamt für Landwirtschaft hat fünf verschiedene Vorschläge unterbreitet, aber keiner hat wirklich überzeugt. Man hat dann mal gesagt, man würde die Zolltarife nehmen; das ist etwas Klares, das ist schwarz auf weiss festgehalten. Man hat dann gesehen, dass dies zum Teil absurde Auswirkungen hätte. Ich weiss, man hat das nicht gern, aber ich muss es halt trotzdem sagen: Ein Erdbeeryoghurt wäre dann ein schwachverarbeitetes Lebensmittel, und ein Rhabarberjoghurt wäre ein starkverarbeitetes Lebensmittel, weil diese beiden Produkte auf der Zolltarifliste nicht am gleichen Ort stehen.* »⁸⁸

83 Communiqué de presse de la CAJ-CN du jeudi 11 novembre 2011.

84 Communiqué de presse de la CAJ-CN du jeudi 13 octobre 2011.

85 BO 2012 N 497.

86 Communiqué de presse de la CAJ-CE du mardi 22 mai 2012.

87 BO 2012 E 1136.

88 BO 2012 E 1135.

(« On a constamment posé la question : quels doivent être les critères de distinction ? L'office fédéral de l'agriculture a soumis cinq propositions différentes, sans qu'aucune n'ait véritablement convaincu. On s'est donc basé sur les tarifs des douanes pour avoir quelque chose de clair qui figure noir sur blanc. On s'est rendu compte que l'application de ces tarifs aurait des conséquences parfois absurdes : un yogourt aux fraises serait considéré comme une denrée alimentaire faiblement transformée et un yogourt à la rhubarbe une denrée alimentaire hautement transformée, car ces

L'OFAG a proposé une variante⁸⁹ basée sur le projet du Conseil fédéral mais incluant un régime d'exceptions basé sur des taux d'auto-provisionnement. Ce système sera en substance repris dans le texte final.

Lors de la session de printemps 2012, pas moins de sept propositions ont été soumises au vote du Conseil national concernant le seul art. 48b nLPM relatif aux denrées alimentaires. Parmi ces dernières, celle du conseiller national Toni Brunner (UDC), qui demandait de porter la proportion de 80 à 100 % du poids du lait pour le lait et les produits laitiers, a été acceptée par le Conseil national⁹⁰ contre l'opinion de la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga⁹¹ et contre l'avis de la CAJ-CN⁹². Cette proposition a été, dans un premier temps, rejetée par le Conseil des États⁹³.

deux produits ne figurent pas au même endroit sur la liste des tarifs douaniers.» [traduction libre].

89 Cette variante a été proposée dans un document de travail prenant la forme d'un projet d'ordonnance remis à la sous-commission en février 2011. Une fédération engagée dans la représentation des intérêts de l'économie dans le processus politique ira jusqu'à saisir, en vain, le Préposé fédéral à la protection de données et à la transparence (PFPDT) pour se faire reconnaître un droit d'accès sur ce document, ce droit lui sera (temporairement) refusé sur la base de l'art. 8 al. 2 LTrans (recommandation du PFPDT du 25 juin 2014, disponible sur le site Internet du PFPDT).

90 BO 2012 N 497.

91 «*Ich komme jetzt zum Einzelantrag Brunner: Herr Brunner fordert für Milch und Milchprodukte, dass 100 Prozent des Rohstoffes Milch aus der Schweiz kommen müssen. Der Bundesrat sieht nicht ein, warum für gewisse Produkte für einzelne Rohstoffe, bei welchen wir in der Schweiz einen sehr hohen Selbstversorgungsgrad haben, ein 100-Prozent-Erfordernis gelten sollte, nicht aber für andere Rohstoffe, bei denen es ebenfalls einen sehr hohen Selbstversorgungsgrad gibt, wie zum Beispiel bei Raps oder Äpfeln oder Schweinefleisch. Ich bitte Sie deshalb auch hier, dem Entwurf des Bundesrates zu folgen und den Einzelantrag Brunner abzulehnen.*» (BO 2012 N 494.)

(«J'en viens maintenant à la proposition individuelle Brunner: Monsieur Brunner requiert que pour le lait et les produits laitiers, 100% du lait qui composent ces produits provienne de Suisse. Le Conseil fédéral ne voit pas pourquoi il faudrait exiger une provenance à 100% pour certains produits composés de matières premières, pour lesquelles la Suisse jouit d'un taux d'auto-provisionnement élevé, mais pas pour d'autres matières premières qui sont pourtant également disponible à un taux d'auto-provisionnement très élevé, comme par exemple le colza ou les pommes ou la viande porc. Je vous prie donc ici aussi de suivre la proposition du Conseil fédéral et de rejeter la proposition individuelle Brunner.» [traduction libre].)

92 BO 2012 N 496.

93 BO 2012 E 1136.

Concernant les produits industriels, le Conseil national a adopté le seuil des 60 % des coûts de revient proposé dans le projet durant la session de printemps 2012⁹⁴. Le Conseil des États, quant à lui, a préféré un seuil moins élevé de 50 %, proposé par les conseillers aux États Hans Hess (PLR), René Imoberdorf (PDC) et Karin Keller-Sutter (PLR)⁹⁵.

Compte tenu des différences entre les versions retenues par les deux chambres, en particulier concernant les articles 48*b* et 48*c* nLPM, le projet est entré dans la phase d'élimination des divergences à l'hiver 2012.

Durant la session de printemps 2013, le Conseil national a abandonné l'idée des produits faiblement et hautement transformés et s'est rallié au Conseil des États concernant l'art. 48*b*, sous réserve de la clause concernant les produits laitiers qu'il a maintenue⁹⁶. Il a également maintenu le seuil à 60 % pour les produits industriels⁹⁷.

Au cours la session d'été 2013, le Conseil d'État s'est rallié au critère supplémentaire des 100 % applicables au lait et aux produits laitiers⁹⁸ et, par 22 voix contre 21, à l'exigence de la proportion des 60 %⁹⁹. Le projet est accepté dans son intégralité le 21 juin 2013 à une large majorité (135 voix contre 47 [et 10 abstentions] au Conseil national¹⁰⁰ et 26 voix contre 13 [et 6 abstentions] au Conseil des États)¹⁰¹.

Les art. 48*b* et 48*c* nLPM ont sans conteste constitué le point de mire des débats. Les dispositions réglant la provenance des services n'ont été que très peu discutées en plénière, alors que les services constituent une part majeure de l'économie suisse. La raison en est que l'ensemble de la branche des services s'est concertée dès le début des débats parlementaires en vue de préparer un complément à l'art. 49 du projet de LPM (l'art. 49 al. 2 nLPM relatif aux groupes de sociétés) et de le travailler ensemble avec l'administration de manière à ce que la proposition correspondante présentée aux débats parlementaires ne soulève pas d'op-

94 BO 2012 N 503.

95 BO 2012 E 1144.

96 BO 2013 N 179.

97 BO 2013 N 184.

98 BO 2013 E 436.

99 BO 2013 E 441.

100 Procès-verbal de vote du Conseil national du 21.06.2013 (réf. 9094).

101 Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des États, session d'été 2013, p. 644.

position. La proposition a été soumise à la CAJ-N qui l'a adoptée et proposée au Conseil national¹⁰².

De même, la révision totale de la LPAP n'a pas soulevé de réactions particulières; elle a été adoptée par 191 voix contre 1 au Conseil national¹⁰³ et à l'unanimité (42 voix) au Conseil des États (avec deux abstentions)¹⁰⁴.

Parallèlement à la modification des articles 48*b* et 48*c*, le Parlement a ajouté plusieurs nouvelles dispositions par rapport au projet de 2009, ainsi par exemple la mention relative aux coûts d'assurance qualité et de certification (art. 48*c* al. 2 let. c nLPM), les conditions pour les services fournis par les groupes de sociétés (art. 49 al. 2 nLPM) et l'exception pour la publicité (art. 49*a* nLPM).

Relativement aux dispositions régissant les indications de provenance (art. 47 à 50 LPM), la densité normative du texte final a doublé par rapport à l'avant-projet de 2007. La loi en vigueur jusqu'à fin 2016 comprend cinq articles (formés de 12 alinéas en tout); l'avant-projet soumis par le Conseil fédéral en 2007 proposait une révision maintenant cinq articles (formés de 14 alinéas en tout). La réglementation des indications de provenance dans le texte adopté par le Parlement en 2013 est composée de 9 articles (comprenant 30 alinéas en tout)!

D. Interventions parlementaires

Entre juin 2013 et mai 2016, pas moins de 15 interventions parlementaires¹⁰⁵ ont été déposées en lien avec la question de la protection des

102 Voir Propositions de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 11 novembre 2011, dépliant Conseil national, session de printemps 2012, p. 15.

103 Procès-verbal de vote du Conseil national du 21.06.2013 (réf. 9095).

104 Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des États, session d'été 2013, p. 644.

105 Interpellation 13.3433 Gschwind (PDC/JU) du 12.06.2013 « Mesures pour promouvoir le bois indigène »; Interpellation 13.3584 Favre (PLR/NE) du 21.06.2013 « Partenariat pour la mise en œuvre du Swissness »; Interpellation 13.4302 Candinas (PDC/GR) du 13.12.2013 « Protéger les eaux minérales naturelles au moyen d'AOP »; Postulat 13.3837 Savary (PS/VD) du 26.09.2013 « Protection des consommateurs et des producteurs. Quelle est la situation concernant les désignations protégées des produits agricoles? », adopté par le Conseil des États le 25.11.2013; Question 15.5092 Hess (PBD/BE) du 04.03.2015 « L'eau suisse n'est-elle pas une matière première suisse? »; Interpellation urgente 15.3031 du groupe PDC du 04.03.2015 « Franc fort. Renforcer l'économie suisse et assurer le financement des œuvres sociales »; Interpellation 15.3027 Geissbühler (UDC/BE) du 04.03.2015 « Reporter et simplifier le projet Swissness »; Interpellation 15.3066 Schmid-Fede-

indications de provenance. C'est surtout l'abandon du taux plancher par la Banque Nationale Suisse (BNS) au printemps 2015 qui a causé une véritable levée de boucliers contre la révision « Swissness ». Le débat à peine achevé est alors relancé. Les arguments invoqués vont souvent à l'encontre des principes qui ont motivé la révision.

Par le biais d'interventions, plusieurs parlementaires ont reproché à la législation « Swissness », adoptée moins de deux ans auparavant, et à ses ordonnances d'application d'alourdir « la charge administrative des entreprises »¹⁰⁶. Ces doléances sont surprenantes dès lors que c'est bien au Parlement de décider si une loi crée ou non de la bureaucratie. Le Conseil fédéral, quant à lui, élabore des ordonnances sur la base d'une loi que le Parlement a adoptée.

En réalité, la charge administrative des entreprises consiste, comme par le passé, à déterminer si leurs produits satisfont aux prescriptions légales régissant l'usage de la désignation suisse. Il n'est pas nécessaire de procéder à un enregistrement ou d'obtenir une autorisation pour utiliser l'indication de provenance suisse. Une charge supplémentaire peut être occasionnée dans les domaines où l'on considérera opportun d'adapter la chaîne de valeur ajoutée en vertu des nouvelles dispositions « Swissness ». En établissant les dispositions d'exécution, le Conseil fédéral s'est

rer (PDC/ZH) du 05.03.2015 « Franc fort. Suspendre le projet Swissness »; Interpellation 15.3070 Eichenberger-Walther (PLR/AG) du 09.03.2015 « Ordonnance sur la protection des marques. Limiter la charge administrative »; Interpellation 15.3071 Eichenberger-Walther (PLR/AG) du 09.03.2015 « Mise en œuvre réaliste du projet Swissness »; Postulat 15.3214 Germann (UDC/SH) du 19.03.2015 « Impact économique de l'entrée en vigueur du projet Swissness » rejeté par le Conseil des États le 10.06.2015; Interpellation 15.3303 Walti (PLR/ZH) du 20.03.2015 « La fin d'un chocolat à la fois suisse et équitable ? »; Motion CAJ-CN du 28.05.2015 « un projet Swissness aisément applicable », rejetée par le Conseil national le 08.09.2015; Postulat 15.3928 Baumann (UDC/SH) du 23.09.2015 « Mesures contre la désindustrialisation dans le secteur agroalimentaire » adopté par le Conseil des États le 10.12.2015; Motion 16.3308 Grossen (PVL/BE) du 27.04.2016 « Marque <Suisse>. Ne pas étouffer l'industrie suisse sous la bureaucratie ».

106 Interpellation 15.3027 Geissbühler (UDC/BE) du 04.03.2015 « Reporter et simplifier le projet Swissness »; Interpellation 15.3066 Schmid-Federer (PDC/ZH) du 05.03.2015 « Franc fort. Suspendre le projet Swissness »; Interpellation 15.3070 Eichenberger-Walther (PLR/AG) du 09.03.2015 « Ordonnance sur la protection des marques. Limiter la charge administrative »; Interpellation 15.3071 Eichenberger-Walther (PLR/AG) du 09.03.2015 « Mise en œuvre réaliste du projet Swissness »; Postulat 15.3214 Germann (UDC/SH) du 19.03.2015 « Impact économique de l'entrée en vigueur du projet Swissness ».

efforcé d'aménager des règles à la fois flexibles et générant une charge administrative aussi faible que possible.

Dans son interpellation du 5 mars 2015, la conseillère nationale Schmid-Federer (PDC) indique que la nouvelle loi impose 60 % de provenance suisse; dès lors «l'approvisionnement ne pouvant plus être délocalisé à l'étranger, les produits renchériront fortement»¹⁰⁷. Dans la même ligne argumentative, le conseiller d'État Germann (UDC) s'est inquiété par la voie du postulat du renchérissement des produits sur lesquels peut être utilisée l'indication de provenance suisse du fait que la loi exige une plus grande proportion de «Suissitude»¹⁰⁸. Mais n'était-ce pas précisément l'objectif de la révision de maintenir et de renforcer l'indication «Made in Switzerland» afin de justifier le «Swissness price premium» des produits de qualité suisse ?

Par ailleurs, si le franc suisse s'apprécie par rapport à l'euro, les éléments constitutifs d'un produit importé de la zone euro deviennent d'autant plus avantageux. En conséquence, il est mathématiquement plus facile d'atteindre la valeur de part suisse requise pour les produits industriels qu'avec un euro fort par rapport au franc suisse.

Le 28 mai 2015, la CAJ-CN a déposé une motion chargeant le Conseil fédéral de suspendre l'entrée en vigueur du projet «Swissness» et de simplifier les ordonnances d'application¹⁰⁹. Plusieurs interventions parlementaires avaient déjà demandé un report de l'entrée en vigueur, lesquelles avaient été refusées par le Parlement¹¹⁰. Dans son avis du 2 septembre 2015 donné sur la motion de la CAJ-CN, le Conseil fédéral a rappelé que les ordonnances d'application «ont été aménagées, dans les limites du cadre légal, en faveur des entreprises» et qu'«à la suite de la consultation menée sur le droit d'exécution, de nombreuses requêtes

107 Interpellation 15.3066 Schmid-Federer (PDC/ZH) du 05.03.2015 «Franc fort. Suspendre le projet Swissness».

108 Postulat 15.3214 Germann (UDC/SH) du 19.03.2015 «Impact économique de l'entrée en vigueur du projet Swissness».

109 Motion 15.3500 CAJ-CN du 28.05.2015 «un projet Swissness aisément applicable».

110 Interpellation 15.3027 Geissbühler (UDC/BE) du 04.03.2015 «Reporter et simplifier le projet Swissness»; Interpellation 15.3066 Schmid-Federer (PDC/ZH) du 05.03.2015 «Franc fort. Suspendre le projet Swissness»; Interpellation urgente 15.3031 du groupe PDC du 04.03.2015 «Franc fort. Renforcer l'économie suisse et assurer le financement des œuvres sociales»; Postulat 15.3214 Germann (UDC/SH) du 19.03.2015 «Impact économique de l'entrée en vigueur du projet Swissness».

formulées par les cantons et les entreprises ont été prises en compte. Il en va de même des recommandations décidées par les commissions parlementaires consultées.»¹¹¹ Le Conseil fédéral a également expliqué que la réglementation détaillée des ordonnances est la conséquence des nombreuses revendications formulées par les milieux intéressés, les entreprises et les associations/fédérations qui les représentent; chacun voulant voir sa propre situation traitée dans l'ordonnance.

Durant la session d'automne 2015, le conseiller national Schwaab (PS) a expliqué, dans le cadre des débats sur cette motion, que «simplifier une législation par le biais de l'ordonnance n'est pas non plus compatible avec notre logique institutionnelle. Enfin, certaines des règles spéciales adoptées par le Conseil fédéral pour se calquer sur les besoins de certaines branches et entreprises feraient certainement les frais d'une simplification, par exemple celles concernant les zones franches agricoles près de Genève ou la clause en faveur des producteurs de café, qui est importante pour mon canton. Je doute que cela soit l'objectif des auteurs de la motion, mais ce serait certainement la conséquence d'une adoption de la motion.»¹¹²

Durant cette même session, la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga a rappelé que «*Nach der Verabschiedung hat der Bundesrat eigentlich immer dieselben Aufgaben: Er bestimmt den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes, und er erlässt die dazugehörigen Verordnungen. Seit der Verabschiedung des Gesetzes ist der Bundesrat mit der Umsetzung beschäftigt. Er hat sich in diesem Prozess intensiv mit den Anliegen der verschiedenen Branchen, Verbände und Kantone auseinandergesetzt. Er hat am Ende auch die drei parlamentarischen Kommissionen konsultiert und dort weitere Empfehlungen erhalten. Was ist in diesem Prozess passiert? Nach der Vernehmlassung hat der Bundesrat bzw. zuerst die Verwaltung die entsprechenden Verordnungen noch einmal überarbeitet. Er hat sehr viele Anliegen aufgenommen, die im Rahmen der Vernehmlassung vorgebracht worden sind. Man ist auch mit den Branchenverbänden zusammengesessen und hat geschaut, wo man etwas tun kann. Aber selbstverständlich hat all das eine Grenze. Die Grenze, an die sich der Bundesrat halten muss – und ich hoffe, dass Sie anerkennen, dass er das tun muss –, ist das Gesetz, das Sie verabschiedet haben. Es gibt Leute,*

111 Avis du Conseil fédéral du 02.09.2015 en réponse à la motion 15.3500 CAJ-CN du 28.05.2015 «un projet Swissnes aisément applicable».

112 BO 2015 N 1377.

die das Gesetz nicht gut finden. Der Bundesrat hat das jetzt nicht zu beurteilen, es wurde von Ihnen so verabschiedet. Es gibt sogar Leute, die heute das Gesetz oder Dinge im Gesetz kritisieren, die sie damals selber eingebracht haben. Ich erinnere Sie nur an eine Bestimmung: Bei einem Milchprodukt müssen nun 100 Prozent Schweizer Milch enthalten sein, damit es als Schweizer Produkt ausgezeichnet werden kann. Heute wird diese Bestimmung als Verkomplizierung kritisiert. Aber mit diesen Widersprüchen müssen vor allem Sie leben können.»¹¹³

La conseillère fédérale a également souligné les multiples exceptions introduites dans les ordonnances suite aux revendications des milieux intéressés «*Wir haben z.B. in Bezug auf die Bagatellprodukte eine Regelung in den Verordnungen eingeführt, dass Bagatellprodukte nicht eingerechnet werden müssen. Das ist eine administrative Erleichterung, die beispielsweise von den Herstellern von Suppen explizit gewünscht wurde. Wir haben für die Halbfabrikate eine deutliche Vereinfachung eingeführt. Das ist für die Lebensmittelindustrie von grosser Bedeutung. Es war klar, dass das von der Lebensmittelindustrie explizit gewünscht wurde. Auch diese Entlastung wurde in die Verordnungen aufgenommen. Ein weiteres Beispiel: Neu darf auch für einen Rohstoff, der vollständig aus der Schweiz stammt, die Herkunftsangabe <Schweiz>*

113 BO 2015 N 1377. Voir aussi BZBernerZeitung, Sommaruga und die Päcklisuppen, 11.06.2015.

(«Suite à l'adoption d'une loi, le Conseil fédéral a en réalité toujours les mêmes tâches: il fixe la date d'entrée en vigueur de la loi et édicte les ordonnances s'y rapportant. Depuis l'adoption de la loi, le Conseil fédéral s'occupe de la mise en œuvre. Dans le cadre de ce processus, il s'est penché intensivement sur les demandes des différentes branches, associations et cantons. Enfin, il a également consulté les trois commissions parlementaires et a reçu des recommandations complémentaires. Que s'est-il passé dans ce processus? Après la consultation, le Conseil fédéral resp. en premier l'Administration a retravaillé encore une fois les ordonnances. Il a repris de nombreuses demandes qui avaient été formulées dans le cadre de la consultation. Les associations de branches ont été consultées pour identifier les points à améliorer. Mais il y a évidemment une limite à tout. La limite à laquelle le Conseil fédéral doit se tenir – et j'espère que vous reconnaissez que ça doit être le cas – est posée par la loi que vous avez adopté. Des gens sont défavorables à cette loi. Le Conseil fédéral n'a pas à juger cette loi, c'est vous qui l'avez été adoptée. Il y a même des gens qui critiquent aujourd'hui la loi ou des éléments de la loi qu'ils ont eux-mêmes intégrés à l'époque. Je rappelle à votre souvenir une disposition: les produits laitiers doivent être composés de 100 % de lait provenant de suisse pour pouvoir être labellisé produit suisse. Aujourd'hui, cette disposition est critiquée en raison des complications qu'elle entraîne. Mais c'est vous avant tout qui devez pouvoir vivre avec ces contradictions.» [traduction libre]).

verwendet werden. Das war ein Entgegenkommen an die Lasagne-Produzenten und an die Kräuterbonbon-Produzenten. Auch diese Entlastung wurde von der Industrie gewünscht, und wir haben sie vorgenommen. Noch etwas: Es dürfen Produkte von Flächen im Ausland, die von Schweizer Bauern bewirtschaftet werden, mit Swissness ausgelobt werden. Das war ein wichtiges Anliegen der Kantone Genf, Jura und Schaffhausen; es war auch ein Anliegen des Schweizer Bauernverbandes. Auch die konsultierten Kommissionen haben das gewünscht. Wir haben hier die Anwendung ebenfalls vereinfacht. Wir sind den Branchen entgegengekommen und haben Ausnahmen vorgenommen. Für das Bier, für die Lasagne, für die dunkle Schokolade, für den Kaffee, für x Produkte haben wir Bestimmungen gefunden, die den entsprechenden Anliegen entgegenkommen und administrative Vereinfachungen vorsehen.»¹¹⁴

La motion sera rejetée par le Conseil national par 108 voix contre 72 (et 8 abstentions)¹¹⁵.

Le 27 avril 2016, le conseiller national Jürg Grossen a déposé une motion par laquelle il demande que l'exigence des 60 % des coûts de revient prévue par l'art. 48c nLPM soit ramenée à 50 % de manière à « l'aligner sur

114 BO 2015 N 1378.

(« Nous avons par ex. introduit une clause bagatelle dans l'ordonnance, en vertu de laquelle les produits négligeables au niveau du poids peuvent être exclus du calcul. Sur le plan administratif, il s'agit d'un soulagement qui a entre autres été souhaité par les producteurs de soupes. De plus, nous avons introduit une simplification pour les produits semi-finis qui revêt une grande importance pour l'industrie alimentaire. Il était clair que l'industrie alimentaire avait explicitement souhaité cela. Un autre exemple: les matières premières provenant entièrement de Suisse sur lesquelles peuvent nouvellement figurer une indication de provenance suisse. Il s'agit d'une concession pour les producteurs de lasagnes et de bonbons aux herbes. Cet allègement aussi a été souhaité par l'industrie et nous y avons donné suite. Encore un point: les produits provenant de parcelles à l'étranger étant entretenues par des agriculteurs Suisses ont également le droit de profiter de la « marque Suisse ». Les cantons de Genève, Jura et Schaffhouse ainsi que l'Union suisse des paysans attachaient de l'importance à cette requête. Les commissions consultées avaient également émis ce souhait. Dans ce cas aussi, nous avons simplifié l'application. Nous avons fait des concessions aux branches et prévu des exceptions. Nous avons trouvé des dispositions qui vont dans le sens des différentes requêtes et prévu des allègements administratifs pour la bière, les lasagnes, le chocolat noir, le café et de nombreux autres produits. » [traduction libre]).

115 BO 2015 N 1379.

les 50 pour cent usuels sur le plan international »¹¹⁶. Le 19 mai 2016, la conseillère nationale Magdalena Martullo-Blocher (UDC/GR) a déposé devant la CER-CN une motion demandant le report d'un an de l'entrée en vigueur de la nLPM¹¹⁷. La motion a été retirée un mois plus tard¹¹⁸. Quant à la motion Grossen, elle sera en principe débattue au Conseil national durant la session d'hiver 2016.

V. Réglementation « Swissness »

A. Principes

1. *Interdiction de la tromperie*

Le principe cardinal qui régit le droit des indications de provenance est l'interdiction de la tromperie¹¹⁹. L'usage d'une indication de provenance géographique en lien avec un produit ou un service doit être exact¹²⁰. L'introduction du renversement du fardeau de la preuve (art. 51a nLPM) peut être perçue comme une concrétisation de ce principe, puisqu'on attendra de celui qui utilise une indication de provenance qu'il démontre qu'elle est exacte. Dans son interpellation de mars 2015, la conseillère nationale Geissbühler (UDC) demandait de modifier cette disposition et de mettre le fardeau de la preuve à la charge du plaignant¹²¹. La proposition de M^{me} Geissbühler aurait considérablement affaibli l'application pratique des règles « Swissness » dès lors qu'il est en principe très difficile pour le plaignant de connaître les détails de la fabrication du produit du défendeur.

2. *Utilisation gratuite et indépendante d'un enregistrement*

Actuellement, tout comme à l'avenir, la protection conférée par la LPM aux indications de provenance est indépendante de tout enregistrement ou d'un titre de protection; elle est en outre gratuite. Dès qu'un nom

116 Motion 16.3308 Grossen (PVL/BE) du 27.04.2016 « Marque « Suisse ». Ne pas étouffer l'industrie suisse sous la bureaucratie ».

117 Tagesanzeiger, Die nächste Attacke auf die Swissness-Vorlage, 20.05.2016.

118 Schweizer Bauer, Schneider will schwache Swissness, 04.09.2016.

119 Que l'on peut résumer par l'adage « tu ne dois pas mentir », voir JÜRIG SIMON, dans cet ouvrage, p. 70 ss.

120 Art. 47 al. 3 LPM.

121 Interpellation 15.3027 Geissbühler (UDC/BE) du 04.03.2015 « Reporter et simplifier le projet Swissness ».

géographique est considéré par les branches économiques et les consommateurs comme indiquant la provenance géographique de produits ou de services déterminés, celui-ci est protégé en tant qu'indication de provenance par les articles 47 ss LPM.

L'indication de provenance suisse peut être utilisée librement pour autant que les conditions légales sont remplies. Aucune autorisation ne doit donc être requise auprès d'une autorité administrative pour pouvoir utiliser la croix suisse ou l'indication «Swiss Made». Les entreprises qui souhaitent les apposer sur les produits ou services doivent s'assurer que ceux-ci satisfont aux exigences légales. Ce n'est qu'en cas de litige que la personne qui utilise une indication de provenance devra démontrer qu'elle est conforme au droit. L'utilisation du «Swiss Made» est par ailleurs facultative. La révision «Swissness» ne modifie pas ces principes.

C'est à dessein que le législateur n'a pas mis en place un appareil de contrôle étatique d'une utilisation conforme de l'indication de provenance suisse¹²². La mise en œuvre efficace des règles «Swissness» est laissée en première ligne aux acteurs du marché, c'est-à-dire aux concurrents ainsi qu'aux associations professionnelles et économiques. Leurs statuts les autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres car ce sont eux avant tout, respectivement leurs membres, qui tirent avantage de ce label (art. 55 et 56 al. 1 let. a LPM)¹²³. La qualité pour agir est également donnée aux organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs (art. 56 al. 1 let. b LPM). Ces principes sont maintenus dans la révision «Swissness». La révision confère à l'IPI la qualité pour agir contre l'usage d'indications de provenance faisant référence à la Suisse et aux cantons contre l'usage d'indications de provenance faisant référence à leur territoire respectif (art. 56 al. 1 let. c et d nLPM).

122 Voir l'avis du Conseil fédéral du 21.08.2013 sur l'interpellation 13.3584 Favre (PLR/NE) du 21.06.2013 «Partenariat pour la mise en œuvre du Swissness».

123 Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, Rapport explicatif du 2 septembre 2015 relatif au droit d'exécution «Swissness» concernant la révision de l'ordonnance sur la protection des marques (ci-après: Rapport explicatif OPM), p. 11. Le rapport explicatif OPM est disponible sur le site Internet de l'IPI à l'adresse suivante: <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/ejpd/aktuell/news/2015/2015-09-02/bericht-mschv-f.pdf> (dernière visite le 30 septembre 2016).

3. Possibilité d'une réglementation spécifique dans des ordonnances de branche

La loi vise à favoriser l'élaboration d'ordonnances de branche qui permettent à un secteur économique de préciser les critères d'utilisation d'une indication de provenance pour les produits de cette branche. Le principe sous-jacent est que la loi et les ordonnances doivent rester générales et abstraites et ne peuvent définir toutes les conditions d'utilisation d'une indication de provenance précise pour un produit spécifique. Il n'a malheureusement pas été possible de respecter ce principe dans tous les cas. Dans le courant de l'élaboration du projet « Swissness » de nombreux intérêts particuliers ont été exprimés, ce qui a conduit à l'introduction de plusieurs exceptions dans la loi et dans les ordonnances d'application¹²⁴.

Les indications de provenance ne revêtent souvent pas la même importance selon le type de produit ou de service, respectivement selon le secteur économique¹²⁵. Dans certaines branches, le respect d'exigences supplémentaires tel que l'observation de principes de fabrication ou de transformation ou d'exigences particulières est considéré comme une condition *sine qua non* pour une utilisation exacte de l'indication de provenance correspondante. De telles exigences peuvent faire l'objet d'une ordonnance de branche au sens de l'article 50 nLPM¹²⁶. Dans une ordonnance de branche peuvent également être précisés les critères de

124 Par exemple: l'art. 2 al. 1 OIPSD assimile certains territoires frontaliers à la Suisse au territoire national par rapport à la provenance des produits naturels; l'art. 5 al. 4 OIPSD autorise l'utilisation de l'indication de provenance suisse sur du chocolat ou du café fabriqués à partir de 100 % de matière premières étrangères; l'art. 5 al. 5 OIPSD permet d'indiquer la provenance de certaines matières premières lorsque la denrée alimentaire dans son entier ne respecte pas les critères d'une provenance suisse; l'art. 3 al. 3 OIPSD qui permet de prendre en compte l'eau comme matière première si celle-ci confère à la boisson ses caractéristiques essentielles; l'art. 3 al. 4 OIPSD qui permet de ne pas tenir compte des ingrédients négligeables en termes de poids ou encore l'art. 48d let. a nLPM qui permet au titulaire d'une indication géographique enregistrée dans le registre AOP/IGP de l'OFAG avant le 01.01.2017 de continuer à l'utiliser même si les critères de l'art 48b nLPM ne sont pas remplis.

125 Voir *supra*, n. 10.

126 Voir l'avis du Conseil fédéral du 21.08.2013 sur l'interpellation 13.3584 Favre (PLR/NE) du 21.06.2013 « Partenariat pour la mise en œuvre du Swissness » qui précise que « Sous réserve de l'accord du Conseil fédéral, les branches peuvent proposer des critères plus restrictifs ou spécifiques pour l'utilisation de l'indication de provenance « Suisse » et concrétiser la mise en œuvre de sa protection au moyen d'une ordonnance de branche (art. 50 LPM) ».

la réglementation inscrits aux art. 48a à 49 nLPM ou l'exclusion d'une matière première du calcul du fait qu'elle n'est objectivement pas disponible en quantité suffisante en Suisse (art. 48c al. 3 let. b nLPM). Il est évident qu'une ordonnance ne pourra en aucun cas déroger aux critères fixés dans la loi¹²⁷.

4. *Relation entre les règles de provenance et les règles déterminant l'origine douanière*

Dans le cadre de la procédure de consultation menée en 2007, certains participants ont demandé une harmonisation entre les règles déterminant l'origine douanière non préférentielle et les règles sur la provenance¹²⁸, autrement dit les principes régissant l'origine douanière dans la réglementation « Swissness ».

Les buts de ces deux champs de réglementation sont différents, les règles douanières visent principalement à régler les questions liées aux tarifs douaniers et les éventuelles restrictions à l'importation/exportation alors que les règles « Swissness » sur les indications de provenance ont pour objectif de renseigner les consommateurs sur la provenance d'un produit et de les protéger contre la tromperie¹²⁹.

Si on appliquait les critères de l'origine douanière pour déterminer la provenance d'un produit, un poisson pêché dans l'océan indien par un bateau panaméen battant pavillon suisse serait considéré comme un poisson « produit en Suisse »¹³⁰. Du point de vue des consommateurs, ce poisson n'est pas suisse. Il serait trompeur de le vendre sous le label « Swiss Delice » ou « Swiss Sea Food » et d'apposer une croix suisse sur son emballage.

Les règles sur l'origine douanière ne peuvent donc pas être appliquées aux indications de provenance car il s'agit de domaines distincts visant des objectifs et suivant des règles spécifiques. Par conséquent, les cri-

127 ATF 103 IV 192, c. 2a; Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7775.

128 Voir Rapport de consultation CF 2008, *supra* n. 69, p. 4.

129 HANSUELI STAMM/STEFAN SZABO/SIMEON L. PROBST/SAPHIRA BORER-DI COSTANZO, Swissness und Zollrechtlicher Ursprung – Unterschiede in der Berechnung des massgebenden Wertanteils, Expert focus, 9.12.2015.

130 Selon l'art. 10 let. f et g OOr, les produits de la pêche en haute mer et autres produits tirés de la mer par des bateaux suisses ainsi que les produits fabriqués à bord de navires-usines suisses à partir de ces produits de la pêche sont réputés obtenus entièrement sur le territoire suisse.

tères déterminant l'origine douanière et ceux déterminant la provenance sont différents. Par exemple, selon les art. 9 et 11 al. 1 let. a de l'ordonnance sur l'attestation de l'origine non préférentielle des marchandises (OOr), un produit est réputé d'origine suisse si la valeur de toutes les matières d'origine étrangère entrant dans sa fabrication ne dépasse pas 50 % de son prix départ usine. Un produit qui remplit ces conditions sera d'origine suisse du point de vue de la réglementation douanière, mais ne sera pas nécessairement de provenance suisse selon les règles sur les indications de provenance puisque la réglementation «Swissness» impose que 60 % des coûts de revient du produit ait été généré en Suisse et une étape de transformation essentielle ait eu lieu en Suisse.

B. Critères de provenance

Les produits naturels, les denrées alimentaires et les produits industriels ne sont pas mis sur le même plan étant donné que les consommateurs n'attendent pas la même part de provenance suisse selon qu'il s'agit d'une pomme, d'un fromage ou d'une brosse à dents¹³¹. La nouvelle législation, qui s'inspire en partie de la doctrine et la jurisprudence¹³², distingue trois catégories de produits avec des règles spécifiques pour chacune d'entre elles.

1. *Produits naturels (art. 48a nLPM)*

Les produits naturels sont des produits directement issus de la nature qui ne sont pas transformés avant d'être mis en circulation (art. 52b let. b nOPM). Ils comprennent tant les produits nutritifs (comme des plantes ou des produits issus de la chasse ou de la pêche) que d'autres produits (comme le bois ou la pierre) pouvant être employés sans subir de transformation.

Le critère de la transformation¹³³ est déterminant pour distinguer les produits naturels des denrées alimentaires ou des produits industriels.

131 Cf. *supra* chapitre III. E en page 13.

132 Cf. *supra* n. 31.

133 Voir l'art. 2 al. 2 let. h de l'ordonnance sur les denrées alimentaires et les objets usuels (ODAIU) qui définit la transformation comme « 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 » ; un produit n'est pas réputé transformé lorsqu'il a été « divisé, séparé, découpé, tranché, désossé, haché, dépouillé, broyé,

Un produit ne peut plus être qualifié de naturel dès qu'il acquiert de nouvelles propriétés essentielles par la transformation. Ainsi, un jambon n'est plus un produit naturel mais une denrée alimentaire car la cuisson et la fumaison de la viande de cochon donne à celle-ci de nouvelles propriétés¹³⁴. En revanche, le simple découpage d'un produit naturel ne lui confère en principe pas de propriétés nouvelles suffisantes pour le qualifier de denrée alimentaire ou de produit industriel. La transformation d'un arbre, produit naturel, en feu finlandais par exemple ne constitue certainement pas une transformation suffisante pour en faire un produit industriel. Par contre, la transformation de ce même arbre en granulés de bois ou en pellets implique un processus technique relativement élaboré et confère au produit des propriétés nouvelles qui justifient sa qualification de produit industriel. Le cuir est un produit naturel transformé qui appartient à la catégorie des produits industriels¹³⁵.

Pour les produits naturels, le critère déterminant la provenance varie en fonction de la nature du produit. Sur le plan matériel, les critères correspondent à ceux du droit des denrées alimentaires¹³⁶. Pour les produits végétaux, la provenance correspond au lieu de la récolte (art. 48a let. b nLPM). Une pomme ou une salade sont considérées comme suisses si elles ont été récoltées en Suisse. Il s'agit du lieu où les animaux ont passé la majeure partie de leur existence pour la viande qui en est issue (art. 48a let. c nLPM) et du lieu de la détention des animaux pour les autres produits, comme par exemple le lait ou les œufs, qui en sont issus (art. 48a let. d nLPM). Le lieu de la chasse, de la pêche ou de l'élevage détermine la provenance des produits qui en sont tirés (art. 48a let. e et f nLPM).

Le champ d'application de l'art. 48a nLPM couvre également les produits naturels minéraux qui ne sont pas des denrées alimentaires, comme par exemple le gravier, le sable ou l'eau minérale. Ces produits proviennent du lieu de leur extraction (art. 48a let. a nLPM).

coupé, nettoyé, taillé, décortiqué, moulu, réfrigéré, congelé, surgelé ou décongelé ». Ces définitions sont reprises dans la nouvelle ordonnance (art. 2 al. 1 ch. 9 et 10 nODAIUOs) et permettent d'interpréter la notion de transformation sans qu'elle soit décisive dans chaque cas; « l'art. 48a nLPM s'interprète indépendamment du droit des denrées alimentaires, même s'il est clair que celui-ci joue un rôle important dans ce contexte » (Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 12).

134 Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7764.

135 Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 13.

136 Cf. art. 15 de l'ordonnance du DFI sur l'étiquetage et la publicité des denrées alimentaires (OEDAl).

L'art. 48 al. 4 nLPM et l'art. 2 OIPSD autorisent l'utilisation de l'indication de provenance suisse pour des produits naturels et des denrées alimentaires provenant des enclaves douanières étrangères¹³⁷.

Pour autant qu'un produit appartienne à la catégorie des produits naturels, les taux d'auto-approvisionnement ne jouent aucun rôle. Un apiculteur ne peut désigner son miel comme suisse que si les abeilles sont détenues en Suisse (art. 48a let. d nLPM). En revanche, si le miel est utilisé comme matière première pour une denrée alimentaire, le producteur peut se référer au taux d'auto-approvisionnement.

2. *Denrées alimentaires (art. 48b nLPM)*

Appartiennent à cette catégorie les produits considérés comme *denrées alimentaires* selon la législation sur les denrées alimentaires¹³⁸, à l'exception des produits naturels visés à l'art. 48a LPM (art. 48b al. 1 nLPM). Sont considérés comme denrées alimentaires au sens de la LDAI l'ensemble des substances ou des produits transformés ou partiellement transformés qui sont destinés à être ingérés ou dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils soient ingérés par l'être humain (art. 4 al. 1 nLDAI). La nourriture pour animaux ainsi que le tabac et les produits du tabac ne sont pas des denrées alimentaires (art. 4 al. 3 let. a et f nLDAI). Les produits constitués exclusivement d'additifs et/ou de produits naturels non agricoles (tels que certains compléments alimentaires) sont considérés comme des produits industriels¹³⁹.

Pour les denrées alimentaires, le critère central est le poids des matières premières. Pour pouvoir bénéficier d'une provenance suisse, 80 % au

137 Par exemple les surfaces des exploitations agricoles suisses qui sont situées en zone frontière étrangère au sens de l'art. 43 de la loi du 18 mars 2005 sur les douanes et qui ont été exploitées sans interruption par ces exploitations au moins depuis le 1^{er} janvier 2014 (art. 2 al. 1 let. a OIPSD) ou encore sur les surface agricoles des zones franches du Pays de Gex et de la Haute-Savoie (art. 2 al. 1 let. a OIPSD).

138 Loi du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires (LDAI). Cette loi a été abrogée et remplacée par la loi du 20 juin 2014 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (nLDAI). Dès l'entrée en vigueur de la nLDAI, c'est la définition de denrée alimentaire selon cette loi qui sera déterminante pour définir la portée de l'art. 48b nLPM.

139 Office fédéral de l'agriculture (OFAG), Rapport explicatif du 2 septembre 2015 relatif au droit d'exécution « Swissness » concernant l'ordonnance sur l'utilisation des indications de provenance suisses pour les denrées alimentaires (ci-après: Rapport explicatif OIPSD), p. 6 (disponible à l'adresse suivante: <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/ejpd/aktuell/news/2015/2015-09-02/bericht-f.pdf> [dernière visite le 30 septembre 2016]); Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7765.

moins du poids des matières premières composant le produit doivent provenir de Suisse (art. 48*b* al. 2 nLPM). Pour le lait et les produits laitiers, cette proportion s'élève à 100 % du poids du lait qui les compose (art. 48*b* al. 2 *in fine* nLPM)¹⁴⁰. La provenance d'une denrée alimentaire est définie par un deuxième critère, à savoir la transformation ayant conféré à la denrée alimentaire ses caractéristiques essentielles (par ex. la transformation de lait en fromage). Celle-ci doit se dérouler en Suisse (art. 48*b* al. 5 nLPM).

Seules les matières premières disponibles en Suisse sont prises en compte dans le calcul des 80 % du poids des matières premières qui composent le produit (art. 48*b* al. 3 nLPM). Les exclusions prévues par l'art. 48*b* al. 3 nLPM visent des facteurs objectifs indépendants de l'homme et de l'économie. C'est le taux d'auto-provisionnement suisse («TAAS») des matières premières qui fixe si et dans quelle mesure une matière première est disponible en Suisse (48*b* al. 4 nLPM). Si le TAAS d'une matière première est d'au moins 50 %, cette matière est intégralement prise en compte dans le calcul. S'il se situe entre 20 et 49,9 %, la matière correspondante n'est prise en compte que pour moitié; s'il est inférieur à 20 %, elle peut être entièrement exclue du calcul (48*b* al. 4 nLPM). Les TAAS des produits naturels sont déterminés par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) tous les ans et sont publiés dans l'annexe 1 de l'OIPSD (art. 7 al. 1 OIPSD).

Comme l'indique l'OFAG sur son site Internet, «en plus des exceptions prévues par la loi, plusieurs solutions flexibles pour calculer la part minimale requise de matières premières suisses ont été aménagées en faveur de l'industrie alimentaire».

Une denrée alimentaire constituée exclusivement de matières premières importées, ne provenant pas de Suisse, ne peut pas arborer l'indication de provenance suisse (art. 5 al. 3 OIPSD). Toutefois, certains produits particuliers bénéficient d'une exception. Ainsi il est admis d'utiliser des indications de provenance suisse pour un chocolat même s'il comprend

140 L'exigence du 100 % de provenance suisse pour le lait et les produits laitiers ne s'applique que si la denrée alimentaire est du lait ou un produit laitier au sens de l'ordonnance du DFI sur les denrées alimentaires d'origine animale. Pour les autres denrées alimentaires, qui contiennent du lait, cette exigence ne s'applique pas. Par exemple, un chocolat au lait ne doit pas être composé de 100 % de lait provenance de Suisse pour respecter les critères Swissness. Dans ce cas, le lait entre dans le calcul au même titre qu'un autre composant de la recette.

uniquement des produits naturels qui ne peuvent pas être produits en Suisse en raison des conditions naturelles, pour autant qu'il soit fabriqué en Suisse (art. 5 al. 4 OIPSD). Un chocolat noir fabriqué en Suisse à partir de cacao et de sucre de canne importés pourra donc être muni de la croix suisse. Il en va de même pour le café si les grains de café ont été entièrement transformés en Suisse (art. 5 al. 4 OIPSD). Cette exception est justifiée par le fait que la torréfaction du café et la fabrication du chocolat ont une longue tradition en Suisse. L'utilisation de l'indication de provenance suisse pour du café entièrement transformé en Suisse correspond à la compréhension des milieux intéressés. Du point de vue de la systématique légale, ces deux exceptions n'auraient pas dû être intégrées dans l'OIPSD, laquelle est par définition générale et abstraite, mais dans les ordonnances de branches correspondantes. Cela n'a pas de conséquence sur le plan matériel, les ordonnances de branches étant des ordonnances du Conseil fédéral au même titre que l'OIPSD. Le respect de la systématique légale aurait néanmoins amélioré la clarté et la lisibilité de l'OIPSD.

L'eau est exclue du calcul, à moins qu'elle ne confère ses caractéristiques essentielles à la boisson et ne serve pas qu'à la dilution (art. 3 al. 4 OIPSD). La raison ici est que de nombreuses denrées alimentaires ne contenant pas une proportion suffisante de matières premières suisses auraient pu bénéficier de l'appellation «Swiss Made» si l'eau avait pu être prise en considération (par ex. un jus de fruit de provenance étrangère fabriqué à partir de concentré aurait pu être vendu comme du jus de fruit suisse si l'eau avait pu être comptabilisée). L'ordonnance prévoit ici aussi une exception, l'eau pourra néanmoins être prise en compte dans certaines boissons comme la bière ou l'eau minérale naturelle¹⁴¹ aromatisée pour autant que l'eau, dans ces cas particuliers, confère à la boisson ses caractéristiques essentielles.

L'art. 3 al. 4 OIPSD (clause «bagatelle») offre une flexibilité pour le calcul de la proportion minimale en permettant d'exclure les ingrédients qui sont négligeables en termes de poids et qui ne confèrent pas au produit fini ses caractéristiques essentielles. On pense ici notamment aux épices, à la pincée de sel, aux gouttes de concentré de jus de citron ainsi

141 On entend l'eau minérale naturelle au sens de l'Ordonnance du 23 novembre 2005 du DFI sur l'eau potable, l'eau de source et l'eau minérale Ordonnance du DFI sur l'eau potable, l'eau de source et l'eau minérale. L'eau ne peut en revanche pas être prise en compte dans le cas où la boisson, par exemple une limonade, est constituée d'eau potable.

qu'aux microorganismes (par ex. les levures) et aux additifs et auxiliaires technologiques visés à l'art. 2 al. 1 let. k, l et n ODAIOUs¹⁴². Selon le rapport explicatif de l'OIPSD, aussi bien la part d'un seul ingrédient que la totalité des matières exclues sur la base de la clause bagatelle ne devrait pas excéder un poids de 3 % selon la recette de fabrication¹⁴³. Cette limite, spécifiée dans le rapport explicatif à l'OIPSD, a pour but de donner la sécurité juridique nécessaire aux entreprises pour planifier leur processus de production. Il s'agit toutefois d'un ordre de grandeur et il reviendra au tribunal de décider si ce taux s'applique dans un cas concret.

Les produits semi-finis¹⁴⁴ peuvent être inclus dans le calcul comme une seule matière première et, comme leur composition n'est pas connue, sont alors pris en compte à 100 % (art. 3 al. 5 OIPSD), soit comme pour un taux d'auto-provisionnement supérieur à 50 %. Toutefois, lors de la détermination de la *proportion minimale requise*, si le produit semi-fini respecte les critères d'une provenance suisse, il ne peut être pris en compte qu'à 80 % (art. 4 al. 2 OIPSD). Dès lors qu'on ne connaît pas la composition du produit semi-fini, on part du principe qu'il respecte les conditions minimales de l'art. 48b al. 2 nLPM, à savoir 80 % de provenance suisse. Cette solution a été aménagée pour les produits semi-finis dans le but de préserver d'éventuels secrets d'affaires et de diminuer les charges administratives. Il faut toutefois exclure la possibilité de substituer les autres ingrédients par le produit semi-fini¹⁴⁵. Les produits semi-finis peuvent également être décomposés en ses ingrédients pour le calcul de la proportion minimale. La décomposition peut être utile si le produit semi-fini considéré ne remplit pas les critères d'une provenance suisse mais qu'il contient néanmoins certains ingrédients provenant de Suisse¹⁴⁶, puisqu'elle permet de prendre en compte ces ingrédients. Au sein d'une même recette, un fabricant peut librement choisir de décomposer ou non l'un ou l'autre des produits semi-finis en ses ingrédients. Il n'est pas tenu d'appliquer la même méthode de façon constante pour tous les produits semi-finis de sa recette.

142 Rapport explicatif OIPSD, *supra* n. 139, p. 5.

143 Rapport explicatif OIPSD, *supra* n. 139, p. 5.

144 Les produits semi-finis sont des produits qui ne sont pas destinés à la consommation directe, mais qui doivent être transformés en denrées alimentaires (art. 2 al. 1 let. j ODAIOUs).

145 Voir le site Internet de l'OFAG.

146 Rapport explicatif OIPSD, *supra* n. 139, p. 6.

Pour déterminer si une denrée alimentaire remplit le critère des 80%, il faut procéder en deux étapes. La première étape consiste à établir la *proportion minimale requise*. Le calcul de la *proportion minimale requise* se fait à partir de la recette de fabrication et non de la composition de la denrée alimentaire (art. 3 al. 1 OIPSD). On détermine tout d'abord la *proportion de matières premières* qui doivent être prises en compte dans le calcul de la *proportion minimale requise*. Pour ce faire, chaque matière première, selon la recette de fabrication, est pondérée en fonction de sa disponibilité en Suisse sur la base du TAAS correspondant. La *proportion minimale requise* de matières premières suisses correspond alors aux 80 % du total de la *proportion des matières premières* qui doivent être prises en compte.

La deuxième étape consiste à déterminer si la *proportion minimale requise* est atteinte. Pour ce faire, le fabricant peut prendre en compte tous les produits qui proviennent de Suisse indépendamment du fait qu'ils aient été pris en compte dans le calcul de la *proportion de matières premières*, à l'exception de l'eau ou des matières bagatelles, si elles ont été exclues du calcul (art. 4 al. 3 OIPSD). La marge de 20 % de matières étrangères peut être allouée à n'importe quelle(s) matière(s) première(s). Pour déterminer si la *proportion minimale requise* est atteinte, le fabricant peut se fonder sur le flux moyen sur une année civile de la matière première considérée (art. 4 al. 1 OIPSD).

Prenons l'exemple d'une confiture de fraises composée, selon la recette de fabrication de 50 % de fraises et 50 % de sucre. Le sucre est disponible en quantité suffisante en Suisse, il doit donc être comptabilisé intégralement. En revanche, le TAAS des fraises se situe entre 20 et 49,9 % ; elles peuvent donc être comptabilisées pour moitié. La *proportion de matières premières* prises en compte dans le calcul dans cet exemple sera de 75 % (50 % + (50 %)/2). Pour cette confiture de fraises, la *proportion minimale requise* de matières premières suisses à atteindre pour être qualifiée de suisse est de 60 % du poids total de la confiture (soit 80 % des 75 % de matières prises en compte). Pour atteindre ce taux de 60%, peu importe la proportion de sucre et de fraises suisses que le fabricant utilise, le total du poids des matières premières suisses doit atteindre 60 % au moins.¹⁴⁷

147 Voir les exemples p. 10-12 du rapport explicatif OIPSD, *supra* n. 139. Sur son site Internet, l'OFAG met à disposition une feuille de calcul Excel qui permet, sur la base de la recette de fabrication, de déterminer la proportion minimale requise.

Les denrées alimentaires pour lesquelles la quantité de matière suisse n'atteint pas la *proportion minimale requise* ne peuvent pas porter l'indication de provenance suisse. Cependant, il est exceptionnellement possible, à certaines conditions, de mettre en avant la provenance suisse de certaines matières premières composant une denrée alimentaire qui ne satisfait pas aux exigences d'une provenance suisse lorsque la matière première en question est pondéralement déterminante pour la denrée alimentaire ou qu'elle confère soit son nom à cette dernière, soit ses caractéristiques essentielles (exemple : lasagne avec de la viande de bœuf suisse) (art. 5 al. 5 OIPSD). Dans ce cas, il faut que la matière première en question provienne à 100 % de Suisse et que la denrée alimentaire soit entièrement fabriquée en Suisse. L'apposition de la croix suisse n'est cependant pas admise dans ce cas, considérant que les consommateurs doivent clairement comprendre que la désignation « Suisse » se réfère uniquement à la matière première et pas au produit à part entière (art. 5 al. 5 let. a et b OIPSD). Il faut en outre que la taille des caractères utilisée pour indiquer la matière première en question soit inférieure à celle utilisée pour le nom du produit (art. 5 al. 5 let. a OIPSD).

L'OIPSD prévoit encore une exception dite de qualité (art. 9 OIPSD). Sur demande, le DEFR peut, par le biais d'une ordonnance, exclure du calcul de la part minimale requise les produits naturels ne pouvant pas être produits en Suisse de manière à remplir les exigences techniques nécessaires à l'utilisation prévue. Cette exception vise les produits naturels, qui sont certes obtenus en Suisse, mais qui ne sont pas appropriés pour la fabrication d'une denrée alimentaire précise, en raison des exigences techniques nécessaires. Par exemple, les variétés de tomates produites en Suisse servent à la consommation à l'état frais et ne se prêtent pas à la transformation industrielle (par ex. purée de tomates). Les variétés destinées à la transformation industrielle doivent être conformes à certaines spécifications de manière constante et homogène. Ces variétés, indisponibles en Suisse, pourraient être inscrites dans une ordonnance du DEFR¹⁴⁸. Les conditions de l'art. 9 OIPSD ne sont pas données lorsqu'un produit est disponible en Suisse mais qu'une certaine méthode de transformation pour la matière première qui en est issue (par ex. pour la fabrication de poudre de carotte ou de dés de pomme sous une forme bien particulière) n'est pas pratiquée en Suisse. De même, les produits naturels qui ont été produits selon un mode de production spécifique

148 Rapport explicatif OIPSD, *supra* n. 139, p. 8.

comme par ex. l'agriculture biologique, ou à l'aide de méthodes particulières pour l'élevage des animaux ne peuvent pas bénéficier de cette exception sur la seule base de ces méthodes¹⁴⁹. Les exceptions de qualité s'appliquent exclusivement aux produits naturels, à l'exclusion des produits semi-finis, et uniquement pour une durée limitée (art. 9 al. 1 OIPSD).

Enfin, toutes les denrées alimentaires devront à l'avenir – comme déjà aujourd'hui – aussi remplir les exigences du droit des denrées alimentaires. Pour des raisons de politique de la santé, l'indication du pays de provenance et, dans certaines circonstances, celle des matières premières d'une denrée alimentaire¹⁵⁰ est obligatoire en droit des denrées alimentaires. Ces indications continuent d'être obligatoires; la révision « Swissness » n'apporte aucune modification sur ce point. Les déclarations correctes du pays de production au sens du droit des denrées alimentaires utilisées à des fins publicitaires ou comme label sont admises sur un produit uniquement si les critères fixés dans la nLPM pour la provenance suisse sont remplis. Ainsi, il est interdit d'apposer la désignation « fromage suisse » sur l'emballage d'un fromage qui a été fabriqué en Suisse avec du lait étranger, même si la Suisse est le pays de production conformément au droit des denrées alimentaires¹⁵¹. Un producteur ne peut invoquer les exigences du droit alimentaire pour contourner les exigences de l'article 48*b* nLPM. Selon le Message, « pour éviter toute tromperie, la mention du pays de production selon l'art. 15 OEDAI ne devrait en principe pas être inscrite de façon plus visible – couleur, taille et type des caractères – que toute autre indication obligatoire selon l'art. 2 OEDAI. » La législation sur les indications de provenance est désormais directement intégrée dans le droit alimentaire, notamment aux art. 18 al. 2 nLDAI et 12 al. 2 let. f nODAIIOUs qui traitent de la protection contre la tromperie. La mention expresse de la LPM dans la législation alimentaire doit permettre d'assurer l'exécution systématique et uniforme à la fois par les tribunaux et par les chimistes cantonaux¹⁵².

149 Rapport explicatif OIPSD, *supra* n. 139, p. 9.

150 Art. 20 et 21 LDAI; art. 2 al. 1 let. g en relation avec les art. 15 et 16 OEDAI. Sous le droit alimentaire révisé: art. 12 et 13 nLDAI, art. 3 al. 1 let. h, 15 et 16 OIDA.

151 Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7765.

152 Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7765; art. 47 ss nLDAI; Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 11.

3. *Autres produits, notamment industriels (48c nLPM)*

Les produits qui n'appartiennent ni à la catégorie des produits naturels ni à celle des denrées alimentaires sont soumis aux critères fixés à l'art. 48c nLPM (art. 52b let. a nOPM). Il s'agit avant tout des produits industriels et des produits de l'artisanat (par ex. des machines, des coupeaux, des montres, de la poterie ou des textiles).

Pour ces produits industriels, c'est – conformément aux attentes du consommateur¹⁵³ – le processus de fabrication qui est déterminant. Un tel produit peut être considéré comme suisse si 60 % au moins du coût de revient du produit est généré en Suisse (art. 48c al. 1 nLPM) et si l'activité ayant donné au produit ses caractéristiques essentielles s'est déroulée en Suisse; une étape significative au moins de la fabrication doit avoir lieu en Suisse (art. 48c al. 4 nLPM).

Les coûts qui peuvent être considérés comme des coûts de revient au sens de l'art. 48c al. 1 et 2 nLPM sont les coûts des matières, les coûts de fabrication, y inclus les coûts liés à l'assurance qualité et à la certification prescrites par la loi ou réglementées de façon homogène à l'échelle d'une branche, ainsi que les coûts de recherche et de développement (art. 48c al. 2 nLPM, art. 52e nOPM).

La révision clarifie ainsi la situation actuelle en précisant l'étendue des coûts pouvant être pris en considération. L'inclusion dans le calcul des coûts de recherche et développement et de ceux liés à l'assurance qualité et à la certification constitue un élargissement de la base de calcul. En d'autres termes, l'augmentation par rapport au droit actuel de la proportion de 50 % à 60 % est compensée par la possibilité de prendre en compte plus de coûts qu'il n'est possible de le faire sous le droit actuel, ainsi que par les nombreuses exceptions et la souplesse introduites par le nouveau droit.

Comme dans le cas des denrées alimentaires certaines matières premières peuvent être exclues du calcul. Ainsi, les produits naturels qui ne peuvent être produits en Suisse en raison des conditions naturelles ne sont pas pris en compte dans le calcul (art. 48c al. 3 let. a nLPM). C'est le cas des matières premières naturelles comme l'or, les métaux précieux ou les huiles minérales.

153 Cf. *supra* chapitre III. E en page 13.

Il est également possible d'exclure du calcul des matières premières (à savoir de produits naturels et/ou produits transformés, produits semi-finis) qui pourraient théoriquement être produites en Suisse, mais dont la fabrication n'y est pas (encore) suffisamment ou pas du tout effectuée (art. 48c al. 3 let. b nLPM). L'exclusion doit cependant être prévue dans une ordonnance du Conseil fédéral, ce qui implique une procédure formelle qui peut prendre un certain temps.

L'art. 52k nOPM met en place un système simplifié par rapport à l'art. 48c al. 3 let. b nLPM et qui permet de tenir compte des matières premières disponibles en quantité insuffisante en Suisse dans le calcul des 60 % du coût de revient sans passer par une ordonnance du Conseil fédéral. En vertu de l'art. 52k nOPM, les branches sont habilitées, sur la base de leurs connaissances spécialisées, à publier et actualiser elles-mêmes des informations sur les quantités disponibles ou indisponibles de matières en Suisse (liste positive ou négative). Ces informations doivent être mises à la disposition de tous et tenues régulièrement à jour.

Selon le rapport explicatif relatif à la révision de l'OPM, il est envisageable que les branches mettent à disposition un marché en ligne permettant aux entreprises d'y publier des appels d'offres correspondant à leurs demandes particulières¹⁵⁴. Les fournisseurs pourraient y proposer leurs offres dans un délai déterminé (par ex. 30 jours). Dans le cas où aucune offre n'est faite dans le délai, le producteur devrait avoir la possibilité d'imprimer un justificatif montrant qu'aucune offre ne lui a été proposée. En cas de litige, ce justificatif pourrait permettre de rendre vraisemblable l'absence de matières premières en quantité suffisante en Suisse au moment considéré.

L'art. 52k nOPM fonde la présomption qu'une certaine matière publiée sur une liste de branche n'est pas disponible en quantités suffisantes (c'est-à-dire disponible seulement dans les quantités indiquées par le taux publié). Fondé sur cette présomption, le fabricant peut exclure du calcul le coût de cette matière au *pro rata* de son indisponibilité en Suisse¹⁵⁵.

La formulation de l'art. 52k nOPM peut porter à confusion relativement aux coûts qui peuvent être exclus. La disposition prévoit en effet que l'exclusion porte sur « le coût des matières que le fabricant s'est pro-

154 Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 20.

155 Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 20.

curées à l'étranger ». En réalité, c'est bien le coût des matières objectivement indisponibles en Suisse qui peut être exclu du calcul, indépendamment du lieu où le fabricant s'est effectivement procuré la matière. Cette interprétation correspond au système d'exclusion des coûts mis en place par l'art. 48c al. 3 nLPM, auquel l'OPM ne peut déroger. Le texte de la disposition mis en consultation publique reprenait le système d'exclusion selon l'art. 48c al. 3 nLPM¹⁵⁶. La formulation mise en consultation a été critiquée par certains participants en raison de sa complexité. Elle a par conséquent été simplifiée dans sa version définitive, mais la volonté du Conseil fédéral n'a pas été modifiée.

La présomption instaurée par l'art. 52*k* nOPM constitue une exception par rapport au principe inscrit à l'art. 51*a* nLPM, autrement dit le producteur qui aura exclu une matière sur la base d'une liste de branche n'aura pas à prouver que cette matière est indisponible en Suisse au taux publié. La présomption pourra cependant être renversée lors d'une procédure judiciaire par celui qui contesterait l'exactitude d'une liste de branche.

Trois cas de figure sont envisageables relativement à la disponibilité d'un matériau donné:

- i. Un composant n'est objectivement pas disponible du tout en Suisse. Le composant en question est inscrit sur la liste comme étant à 100 % indisponible en Suisse. Les producteurs jouissent de la présomption que les coûts de ce composant peuvent être intégralement exclus du calcul.
- ii. Un composant n'est objectivement pas disponible en quantité suffisante. Ce composant est alors inscrit sur la liste à hauteur de sa disponibilité en Suisse (par ex. : composant X disponible en Suisse à hauteur de 30 %). Dans le calcul de la proportion minimale requise de provenance suisse, il est admis de ne prendre en compte le coût de ce

156 Art. 52*i* nOPM (devenu art. 52*k* nOPM): « lorsqu'une matière est disponible en quantité insuffisante en Suisse selon les informations rendues publiques par une branche et que le fabricant l'exclut des coûts selon le pourcentage indiquant sa disponibilité, il est en droit de présumer que la diminution du coût de revient correspond aux exigences légales concernant les coûts déterminants pour la provenance » mis en consultation publique entre le 20 juin et le 17 octobre 2014. Le texte est disponible sur le site Internet de l'IPI à l'adresse suivante: https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Swissness/f/1_OP_M_projet_d_ordonnance_FR.pdf (dernière visite le 30 septembre 2016).

composant qu'à 30 %. Dans le calcul de l'atteinte de cette proportion minimale requise (c'est-à-dire la somme des coûts de revient générés en Suisse), le producteur peut inclure tous les coûts que la réglementation lui autorise de prendre en considération. Il n'est pas limité par le taux de disponibilité du composant X en Suisse. Autrement dit, si un producteur dispose du composant X de provenance suisse en grande quantité, il est autorisé à le comptabiliser comme produit suisse, même au-delà de 30 %.

- iii. Un composant est objectivement disponible en Suisse, mais pour des raisons économiques particulières à un cas d'espèce, un producteur ne parvient pas à se faire livrer ce composant. Dans ce cas, le composant en question ne figure pas dans la liste, car il est objectivement disponible en quantité suffisante. Il s'agit d'une question relevant du droit de la concurrence, et non de la réglementation « Swissness ».

Le calcul du coût de revient doit se faire, comme dans le cas des denrées alimentaires, en deux étapes. La première étape consiste à établir le coût de revient déterminant (« benchmark Swissness »). Ce benchmark comprend évidemment tous les coûts pris en compte selon l'art. 48c al. 2 nLPM. Concernant les coûts des matières, ceux-ci sont pris en compte intégralement concernant les matières disponibles en Suisse. En revanche, concernant les matières indisponibles ou partiellement indisponibles en Suisse, les coûts ne sont pris en compte qu'au *pro rata* de la disponibilité respective de ces matières en Suisse. La proportion minimale requise pour avoir un produit suisse équivaut à 60% du « benchmark Swissness ».

La seconde étape consiste à additionner les coûts de revient (prévus à l'art. 48a al. 2 nLPM) effectivement générés en Suisse et à définir si cette somme atteint ou dépasse la proportion minimale requise.

Le calcul relatif aux coûts des matières peut être illustré à l'aide de l'exemple suivant (voir tableau Annexe I)¹⁵⁷: Un produit industriel est formé des composants AA à DD. La disponibilité en Suisse des composants est indiquée dans la colonne (d) du tableau. Le composant AA est intégralement disponible en Suisse, alors que les composants BB, CC et DD sont partiellement, respectivement totalement indisponibles en Suisse, selon une ordonnance du Conseil fédéral ou selon les informa-

157 HANSUELI STAMM/STEFAN SZABO, Die neuen Swissness-Regeln, Revue douanière, 2016 (1) (à paraître en novembre 2016).

tions publiées par la branche. Les colonnes (a) et (b) du tableau indiquent le lieu où les coûts sont générés. Dans cet exemple, les composants BB et DD proviennent entièrement de Suisse, respectivement de l'étranger; les composants AA et CC sont partiellement suisses.

Pour commencer, les coûts de revient par composant sont additionnés (colonne [c]), puis multipliés par leur taux respectif de disponibilité en Suisse (colonne [e]). La somme des coûts figurant dans la colonne (e) correspond au benchmark Swissness, c'est-à-dire au total des coûts qui entrent en compte dans le calcul. En l'occurrence, le benchmark équivaut à CHF 428, alors que le coût de revient total est de CHF 580. Le produit en question est considéré comme provenant de Suisse si CHF 256.8 (0.6×428) de coût de revient sont générés en Suisse.

Dans la seconde étape, la somme des coûts générés en Suisse (colonne [f]) est divisée par le benchmark Swissness (colonne [e]), puis multiplié par 100 (pour obtenir un pourcentage). Dans cet exemple, 79,4 % du coût de revient du produit sont générés en Suisse et le produit est considéré comme suisse.

Annexe I – Exemple de calcul du coût de revient des matières

Composants	(a)	(b)	(c)	(d)	(e)	(f)
	Coûts de revient générés en Suisse	Coûts de revient générés à l'étranger (en CHF)	Coûts de revient totaux (= [a] + [b])	Disponibilité en Suisse	= (c) × (d) Benchmark Swissness	= (a) Coûts de revient générés en Suisse
AA	200	132	332	100%	332	200
BB	90		90	75%	67.5	90
CC	50	45	95	30%	28.5	50
DD		63	63	0%	0	0
TOTAL					428	340
Proportion minimale requise = 0.6×428					256.8	
Part Swissness = $(f)/(e) \times 100$						79.4%

Pour les produits industriels, comme pour les denrées alimentaires, il est prévu une « clause bagatelle » qui permet d'exclure les coûts des matières auxiliaires pour autant que ces matières revêtent une importance totalement secondaire par rapport aux caractéristiques du produit et que

leurs coûts soient négligeables par rapport au coût de revient du produit (art. 52j nOPM). Cette exclusion vise typiquement les petites pièces comme les vis, clous adhésifs, agents de nettoyage, ...) ¹⁵⁸. Les matières auxiliaires peuvent soit être entièrement exclues, soit entièrement prise en compte; il n'est pas possible de ne prendre en compte qu'une partie des pièces auxiliaires, par hypothèse celles provenant de Suisse (art. 52d nOPM).

Concernant les coûts qui peuvent être pris en compte, le coût des matières comprend le coût direct des matières premières, des matières auxiliaires et des produits semi-finis. Ces coûts sont imputés directement au produit (art. 52b al. 3 nOPM). Le coût indirect des matières, par exemple les coûts générés par l'entreposage temporaire des produits en production ou les éventuels transports, peut également être pris en compte, dans la mesure où ces activités ont lieu en Suisse et qu'elles sont nécessaires pour la production (art. 52b al. 3 nOPM).

À l'art. 52i al. 1 nOPM, le Conseil fédéral propose deux méthodes pour la comptabilisation des produits semi-finis afin de faciliter la prise en compte de la part suisse des produits semi-finis, en particulier lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir du fournisseur des informations détaillées concernant la proportion suisse du produit vendu.

Selon la première méthode (méthode dite des « coûts réels »), les produits semi-finis sont imputés au coût de revient du produit fini dans la proportion exacte du coût de revient suisse qu'ils contiennent, indépendamment du fait qu'ils remplissent ou non les critères « Swissness » (art. 52i al. 1 let. a nOPM). Par exemple, « si un produit semi-fini présente 40 % de part suisse, 40 % seraient incorporés dans la part du coût de revient suisse du produit fini, alors que 60 % de ce coût devrait être considéré comme une part étrangère. Dans cette optique, le producteur doit recevoir de ses fournisseurs les informations sur la provenance des produits semi-finis afin de pouvoir utiliser une indication de provenance suisse conformément à la loi. » ¹⁵⁹

Il n'est pas toujours aisé d'obtenir ces informations car le fournisseur du produit semi-fini ne souhaite pas ou n'est pas en mesure de fournir des indications précises concernant la part suisse du produit qu'il vend. Si les indications précises sur la part suisse ne peuvent être obtenues, il

158 Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 19.

159 Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 18.

est possible de demander au sous-traitant de confirmer qu'il s'agit d'un « produit semi-fini suisse », autrement dit que le produit semi-fini remplit les critères d'utilisation de la désignation « Suisse », mais sans précision sur la part exacte. Dans ce cas, le producteur peut utiliser la deuxième méthode (méthode « forfaitaire ») qui consiste à comptabiliser dans le calcul les produits semi-finis qui remplissent les exigences d'une provenance suisse au taux de 100 % et ceux qui ne les remplissent pas au taux de 0 % (art. 52i al. 1 let. b nOPM).

Les producteurs sont libres dans le choix de l'une ou l'autre des méthodes. La méthode « forfaitaire » peut en principe être appliquée même si le producteur connaît exactement la part suisse des produits semi-finis. D'autres méthodes sont envisageables. L'approche choisie doit être appliquée uniformément sur une ligne de production (art. 52d nOPM).

L'ordonnance ne traite pas la question de savoir si la plus-value que le fournisseur ou le sous-traitant réalise sur un composant doit être comptabilisée comme provenant de Suisse ou non. Prenons l'exemple d'un produit semi-fini dont le coût de revient total est de CHF 100.–, ce produit a une provenance suisse de 75 %. Le fournisseur vend ce produit au producteur à CHF 150.–. Comment faut-il comptabiliser les CHF 50.– de plus-value ? En principe, le producteur ne connaît pas le montant de la plus-value. Ce dernier peut donc prendre en compte le prix d'achat, auquel il appliquera le pourcentage de provenance suisse (ici 75 %). La plus-value est ainsi considérée comme suisse à concurrence de la proportion suisse du composant. Dans l'exemple proposé, le produit semi-fini serait comptabilisé à CHF 112.5 selon la méthode « coûts réels » et à CHF 150.– selon la méthode « forfaitaire ». Le producteur peut demander au fournisseur de lui remettre une sorte de déclaration de garantie attestant que les critères « Swissness » sont respectés à concurrence du pourcentage de provenance suisse indiqué. En cas de litige, ce document peut servir de moyen de preuve respectivement permettre au producteur de se retourner contre son fournisseur.

Les coûts engendrés en lien direct avec la production, par exemple les coûts de fabrication liés aux salaires (par ex. les charges salariales indirectes), les coûts de fabrication liés aux machines (entretien, amortissement, réparation), les frais de licence (si payables en Suisse) 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 peuvent être inclus dans les coûts de fabrication (art. 52l nOPM). Ces derniers, selon

qu'ils sont variables ou fixes, sont imputables au produit directement ou par le biais d'une clé de répartition. Concernant les frais d'amortissement des machines, ceux-ci pourront être comptabilisés comme coûts suisses si la machine se trouve en Suisse. La provenance géographique de la machine ne joue aucun rôle pour la prise en compte des frais d'amortissement de celle-ci. De même, les charges salariales peuvent être considérées comme suisses si le lieu de travail des employés se trouve en Suisse. La nationalité ou le lieu de résidence des employés n'est pas déterminant.

Lors de la prise en compte des coûts de recherche et développement, il faut distinguer la recherche non axée sur les produits, du développement qui lui est axé sur les produits (art. 52f nOPM). La recherche est en principe non axée sur un produit ou un procédé spécifique mais sert des fins plus abstraites de recherche de connaissances scientifiques ou techniques. Les coûts y relatifs doivent être répartis sur le coût de revient des produits correspondants, par exemple selon l'une des clés de répartition présentée dans le rapport explicatif: « a. clé appliquée habituellement par l'entreprise; b. hypothèses formulées dans le plan d'exploitation; c. usages de la branche manifestement vérifiables. 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 recherche. 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. S'il existe des usages de branche en la matière, il est également possible de les utiliser comme clé de répartition. »¹⁶⁰

Le développement, en revanche, est toujours axé sur le produit. Les coûts de développement sont les coûts générés de l'idée du produit à sa maturité pour le marché (art. 52f al. 2 nOPM). Ces coûts peuvent être imputés directement au coût de revient de chaque produit (art. 52g al. 1 nOPM).

160 Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 17.

L'art. 52g al. 3 nOPM introduit la possibilité d'imputer les coûts de recherche et de développement au coût de revient même après la période d'amortissement usuelle de la branche. Le montant de l'imputation équivaut à l'amortissement annuel moyen des coûts de recherche et de développement pendant la période d'amortissement usuelle de la branche. Cette règle vise à éviter la situation dans laquelle un produit, après que les coûts de recherche et de développement initiaux aient été entièrement amortis, n'atteigne plus le taux minimum de 60 % du coût de revient nécessaire pour prétendre à la provenance suisse.

Tous les coûts qui ne contribuent pas à la fabrication ou à la création du produit et qui, par conséquent, n'apportent aucun caractère suisse au produit, sont exclus du calcul. Ainsi la loi n'autorise pas la prise en considération des coûts relatifs aux opérations intervenant une fois que le produit final est terminé (emballage, marketing, transports, etc.) (art. 48c al. 3 let. c à e nLPM). On peut toutefois imaginer que dans certains cas particuliers, l'emballage fasse partie intégrante du produit fini et que sans cet emballage le produit ne pourrait pas être commercialisé (par ex. dans le cas d'emballage spéciaux pour un instrument de précision ultra-sensible). Dans de tels cas, les frais d'emballage pourraient, à notre avis, être pris en compte car ils contribuent au Swissness du produit.

Dans les coûts de commercialisation (let. e), les frais de promotion comprennent entre autres les frais de publicité et de distribution. Ces coûts sont toujours générés localement, au lieu où les produits correspondants sont commercialisés, mais ces opérations, même effectuées en Suisse, ne peuvent donc pas être prises en considération car elles ne contribuent pas à la «Suissitude» du produit.

Le tableau suivant¹⁶¹ récapitule les différents coûts pour un produit industriel:

161 Le tableau est adapté de STEFAN DAY/KIM LUDVIGEN, *Swissmade – oder doch nicht!*, sic! 2010, p. 484, illustration 2.

Annexe II – Tableau récapitulatif des coûts de revient au sens de l’art. 48c al. 1 nLPM

Coûts de développement d’un nouveau produit	Coûts de recherche et de développement	Coûts de revient	Coûts totaux
Coûts de développement pour améliorer un produit			
Coûts directs des matières premières	Coûts de matières		
Coûts indirects des matières premières			
Salaires et coûts de fabrications liés aux salaires	Coûts de fabrication		
Coûts de fabrication liés aux machines			
Autres coûts de fabrication			
Coûts liés à l’assurance qualité et à la certification			
Coûts pour prestations de tiers et licences axées sur le produit			
Frais généraux d’administration	Coûts de distribution et d’administration		
Coûts de distribution, transport, marketing			
Coûts d’emballage			

Les fabricants se basent sur leur propre comptabilité pour déterminer si les critères de l’art. 48c nLPM sont remplis¹⁶². Ils sont relativement libres dans le choix des méthodes et des clés de répartition pour les coûts indirects. La flexibilité des règles «Swissness» est limitée par l’interdiction de l’abus de droit, principe rappelé expressément dans l’ordonnance d’application (art. 52d nOPM). Une des règles qui découle de cette disposition est l’obligation d’appliquer toujours les mêmes normes comptables pour établir les données utilisées dans l’ensemble du calcul visant à déterminer la provenance suisse.

¹⁶² DAY/LUDVIGEN, *supra* n. 163, p. 482.

Comme décrit dans le rapport explicatif, « seuls les coûts réels (c'est-à-dire fondés sur des paiements effectivement effectués) et générés dans le processus de fabrication peuvent être pris en considération dans le calcul déterminant la provenance suisse. Par exemple, le montant d'amortissement d'une machine doit correspondre à la valeur réelle d'acquisition et non pas à la valeur supposée (calculée) de remplacement. »¹⁶³

On ne trouve pas dans la nOPM une disposition miroir à celle de l'art. 5 al. 5 OIPSD qui autoriserait expressément de mettre en avant la provenance suisse de certains composants d'un produit industriel lequel, dans son ensemble, ne satisferait pas aux exigences d'une provenance suisse (par ex. le bracelet suisse d'une montre étrangère). À notre avis, la loi n'exclut pas la possibilité d'indiquer la provenance d'un élément composant un produit, pour autant qu'il n'y ait pas de tromperie sur la provenance du produit dans son ensemble. Cela implique certainement que la pièce ou le composant en question constitue une entité pour elle-même et qu'il soit facilement identifiable comme tel (par ex. un bracelet) et que l'indication de provenance soit apposée de manière à ce qu'elle fasse référence sans équivoque à ce composant uniquement.

4. Services

La révision législative prévoit qu'un service est considéré comme suisse, si le siège de l'entreprise et un réel site administratif se trouvent en Suisse (art. 49 nLPM). La condition du réel site administratif en Suisse permet d'éviter que le choix d'un siège ne soit motivé par la seule volonté d'utiliser une certaine indication de provenance, pour des raisons de stratégie publicitaire notamment, sans que les activités de l'entreprise aient effectivement lieu en Suisse¹⁶⁴.

L'art. 52o nOPM précise qu'un réel site administratif est présumé être le lieu où sont exercées les activités déterminantes permettant d'atteindre le but commercial (let. a), et où sont prises les décisions déterminantes concernant les services proposés (let. b)¹⁶⁵. Cette deuxième exigence

163 Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 16.

164 Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7773.

165 La notion de réel site administratif existe déjà dans le paysage réglementaire suisse, notamment dans le domaine fiscal. Le Conseil fédéral a défini cette notion dans le message du 25 mai 1983 relatif à l'harmonisation fiscale 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 décisions importantes concernant l'entreprise » (FF

(let. b de l'art. 52o nOPM) 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, par exemple, 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. »¹⁶⁶

Il y a lieu de souligner que la loi ne requiert pas un réel site administratif unique, mais ne parle que d'*un* réel site administratif. Cette formulation délibérément large permet à une entreprise agissant au niveau mondial d'indiquer plusieurs réels sites administratifs¹⁶⁷. Le Message propose l'exemple de « la compagnie aérienne <Swiss International Air Lines SA>, qui est une filiale de la société <Lufthansa>, dont le siège est en Allemagne, peut utiliser la désignation <Swiss> en relation avec ses services, mais seulement tant que le siège social et l'un de ses centres administratifs réels se trouvent en Suisse. Par contre, l'utilisation de «IT-Swiss-Consulting» serait illicite pour désigner les services d'une entreprise dont le siège se trouve en Suisse, mais qui ne serait qu'une société boîte aux lettres ou qui aurait une activité pratique insignifiante en Suisse et dont la direction se trouverait dans un autre pays. »¹⁶⁸

La présence d'un réel site administratif en Suisse ne pouvant pas être contrôlée par l'IPI lors de l'examen de l'enregistrement d'une marque, il y a un risque de tromperie au sens de l'art. 2 let. c LPM. En conséquence, une limitation devra être opérée quant à la provenance des services, sur le modèle de la limitation qui se fait actuellement sur les produits¹⁶⁹.

La nouvelle loi tient également compte des différentes structures d'entreprise. Ainsi, selon l'art. 49 al. 2 nLPM, les filiales et les succursales étrangères de la société mère sont autorisées à utiliser l'indication de provenance « Suisse » aux conditions cumulatives suivantes :

1983 III 114). La jurisprudence rendue en matière fiscale a défini le réel site administratif comme « le lieu où sont conduites les affaires sociales et où sont prises les décisions importantes concernant l'entreprise » (voir notamment ATF 50 I 100, c. 2; ATF 54 I 301, c. 2).

166 Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 22.

167 Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 22.

168 Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7773.

169 Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 22.

- i. la société mère a son siège en Suisse;
- ii. ladite société mère ou l'une de ses filiales – qui est réellement contrôlée par elle et dont le siège est en Suisse – est réellement administrée depuis la Suisse;
- iii. l'indication de provenance est utilisée pour les services de même nature que ceux fournis par la société mère ou la filiale en question.

Selon le rapport explicatif, « ces critères garantissent que la société mère, qui déploie elle-même une activité commerciale, est en mesure de contrôler, dans les faits, les services offerts par l'une de ses filiales étrangères. Ainsi, la société mère diminue le risque de voir des services de qualité inférieure offerts par une filiale nuire à sa propre réputation. S'agissant des autres structures, dans lesquelles une holding apparaît comme société mère sans être elle-même active, au moins une filiale doit avoir son siège dans le même pays que la société mère et proposer des services de même nature que la filiale étrangère (réglementation de groupe). »¹⁷⁰

C. Possibilité de mettre en avant des activités spécifiques (art. 47 al. 3^{ter} nLPM)

1. *Application aux produits*

Les entreprises qui ne remplissent pas les critères fixés pour la provenance suisse d'un produit ont la possibilité, à certaines conditions, de mettre en avant certaines étapes de production. L'art. 47 al. 3^{ter} nLPM prévoit expressément la possibilité d'utiliser des mentions géographiques, non pas pour indiquer la provenance du produit lui-même, mais pour indiquer la provenance de certaines activités spécifiques ayant un rapport avec le produit.

À titre d'exemples d'activités, le Message¹⁷¹ mentionne des indications telles que « Swiss research » ou « Swiss engineering » (lieu de la recherche ayant contribué à la fabrication du produit), « fumé en Suisse » (pour une denrée alimentaire, lieu où la fumaison est effectuée) ou « Swiss design » (lieu où le design a été conçu). L'activité mise en avant selon l'art. 47 al. 3^{ter} nLPM doit constituer une étape clairement identifiable de la fabrication ou de la conception du produit. L'art. 47 al. 3^{ter} nLPM ne permet pas de mentionner « fabriqué en Suisse » ou « produit en Suisse »

170 Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 23.

171 Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7759 ss.

sur un produit qui ne remplirait pas les critères des art. 48^{ass} nLPM. De telles indications ne se rapportent pas à une activité spécifique, mais à l'ensemble des activités qui ont conduit à la création du produit.

L'art. 47 al. 3^{ter} nLPM constitue une exception à l'art. 47 al. 1 LPM. L'utilisation licite d'indications mentionnées à l'art. 47 al. 3^{ter} nLPM est soumise à deux conditions cumulatives.

La première condition est fixée dans la loi laquelle requiert que l'activité mentionnée se déroule intégralement au lieu indiqué.

La deuxième condition à l'utilisation licite de ces indications ne ressort pas directement de l'art. 47 al. 3^{ter} nLPM, mais se déduit des principes généraux applicables aux indications de provenance. Elle se rapporte à la compréhension de l'indication par le public, et donc porte sur l'apparence visuelle de l'indication sur le produit. L'indication en question doit être apposée sur le produit ou son emballage de manière à ce qu'elle soit effectivement comprise par les milieux intéressés comme étant un renvoi à l'activité spécifique en question, et non comme un renvoi à la provenance du produit dans son ensemble. La question de savoir comment est comprise l'indication s'analyse selon les circonstances du cas d'espèce, c'est-à-dire selon la façon dont les mentions sont apposées sur le produit, les typographies utilisées, les autres éléments de la présentation du produit, la nature et les caractéristiques particulières du produit, etc.¹⁷² Si, l'indication est comprise par le public comme un renvoi à la provenance du produit dans son ensemble, et non uniquement à l'activité spécifique, alors le produit doit remplir les critères de provenance selon les art. 48^{a-c} nLPM.

Par exemple, une indication « Swiss design » composée du terme « Swiss » mis en évidence en grand caractère et du terme « design » en petit caractère sera comprise comme un renvoi à la provenance du produit dans son ensemble. Dans cet exemple, l'usage de l'indication « Swiss design » en lien avec un produit dont seule l'activité de design proviendrait de Suisse (même à 100 %) serait interdite en vertu de l'art. 47 al. 3 LPM, car l'indication serait inexacte (le produit ne provient pas de Suisse, seul le design provient de Suisse).

Les montres constituent un cas particulier dans ce contexte. Dans le secteur de l'horlogerie, l'indication de provenance suisse et les garanties de qualité et de fiabilité qu'elles véhiculent constituent, de longue date,

172 Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7759.

un argument commercial majeur. Dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016, l'art. 3 al. 1 de l'ordonnance réglant l'utilisation du nom « Suisse » pour les montres spécifie clairement que toute mention du nom « Suisse » constituait un renvoi à la provenance suisse de la montre dans son ensemble. Cette ordonnance a été révisée par le Conseil fédéral le 17 juin 2016 afin notamment de l'adapter aux nouvelles exigences « Swissness ». L'art. 3 al. 1 OSM a ainsi été modifié afin de l'accorder avec l'art. 47 al. 3^{ter} nLPM. Ceci étant, depuis plusieurs décennies, les consommateurs ont été habitués à ce que toute mention contenant le nom « Suisse » sur le cadran d'une montre, ou au revers de celle-ci, indique la provenance suisse de la montre dans son ensemble. Par ailleurs, de par les dimensions restreintes du cadran et du boîtier d'une montre, les possibilités d'afficher une indication renvoyant à une activité spécifique au sens de l'art. 47 al. 3^{ter} nLPM sont restreintes et ne peuvent que difficilement se démarquer de la traditionnelle mention « Swiss Made » à laquelle les consommateurs se fient comme garantie de la provenance suisse de la montre. Dans ces circonstances, il faut partir du principe que les milieux intéressés percevront de telles indications apposées sur des montres comme un renvoi à la provenance du produit dans son ensemble¹⁷³.

L'apposition de la croix suisse en lien avec une indication prévue à l'art. 47 al. 3^{ter} nLPM n'est pas admise, car, à notre avis, les consommateurs comprennent la croix suisse comme une référence à la provenance du produit dans son ensemble et non pas comme une référence à une seule étape de fabrication. La croix suisse revêt un caractère fort en tant qu'indication de provenance et, combinée à d'autres éléments, prédomine dans l'impression d'ensemble laissée au consommateur¹⁷⁴.

Enfin, l'introduction de l'art. 47 al. 3^{ter} nLPM appelle une adaptation de la pratique de l'examen des marques en matière de limitation. Jusqu'ici, une mention faisant référence à la provenance géographique d'une acti-

173 Rapport explicatif du 17 juin 2016 relatif à la révision de l'ordonnance réglant l'utilisation du nom « Suisse » pour les montres, p. 13, disponible sur le site de l'IPI à l'adresse suivante : https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Swissness/f/Erlaeuterungen_Uhrenverordnung_FR.pdf (dernière visite le 30 septembre 2016).

174 Dans l'arrêt M-Watch concernant l'utilisation de la croix suisse en lien avec des montres, le Tribunal fédéral a considéré que la croix suisse n'était pas une « [...] simple décoration, [...] ce d'autant plus que les consommateurs, en particulier en lien avec les montres, accordent à la croix suisse une signification particulière dans le sens d'une indication de qualité [...] » (ATF 139 III 424).

vité spécifique n'était enregistrée qu'avec une limitation des produits à la provenance du lieu indiqué. Dorénavant, il devrait être possible, aux conditions précitées, de ne limiter qu'à la provenance de l'activité en question.

2. *Application aux services*

Selon le texte de la loi, l'exception prévue par l'art. 47 al. 3^{ter} nLPM ne s'applique qu'aux indications en rapport avec le produit. Le texte français¹⁷⁵ de cette disposition est très clair et ni une interprétation téléologique, ni une interprétation historique ne permettrait d'étendre l'application de cette disposition à des services.

Le but de la disposition est de permettre d'indiquer la provenance de certaines activités spécifiques effectuées durant le processus de fabrication du produit, pour les cas où le produit lui-même ne remplirait pas les exigences liées à la provenance suisse. Cette exception trouve une justification dans le fait que la production actuelle est globalisée et qu'un produit, même entièrement ou partiellement fabriqué en Suisse, peut être constitué de matières premières provenant de l'étranger et ne pas atteindre le seuil des 60 % requis par l'art. 48c nLPM. Le législateur a considéré que les mentions autorisées par l'art. 47 al. 3^{ter} nLPM n'induisaient pas le consommateur en erreur sur la provenance du produit dans son ensemble.

Il nous paraît difficile de transposer cette approche aux services, et ce pour deux raisons. D'une part l'objectif visant à assouplir la règle de l'art. 47 al. 1 LPM pour des producteurs effectuant une étape de fabrication en Suisse s'applique principalement aux entreprises suisses ; or, on ne trouve pas véritablement de justification pour favoriser un fournisseur étranger. D'autre part, la mention d'une partie du service fourni par un prestataire ne remplissant pas les critères de l'art. 49 LPM est susceptible de créer un risque de tromperie important quant à la provenance du service dans son ensemble.

Quant aux travaux préparatoires, le Message prévoit également une application exclusive de cette disposition aux produits (« *Waren* ») et on ne trouve pas dans les travaux parlementaires de discussion portant

175 La version allemande est moins claire, le terme « *Produkt* » ayant un sens plus large que « produit ». Cependant aussi bien le Message que les débats parlementaires ont toujours fait référence au terme « *Waren* ».

sur une application de cette disposition aux services¹⁷⁶. L'art. 47 al. 3^{ter} nLPM ne s'applique donc qu'aux produits.

D. Registre AOP/IGP pour les produits non agricoles (art. 50a nLPM)

La nouvelle législation met en place un registre des AOP et des IGP pour les produits, à l'exception des produits agricoles, des produits agricoles transformés, des vins, des produits sylvicoles et des produits sylvicoles transformés (art. 50a nLPM). Ce registre, tenu par IPI, vient compléter le registre actuel des AOP et des IGP agricoles (par ex. « Gruyère » pour le fromage ou « Saucisson neuchâtelois » pour la viande), tenu par l'OFAG. Le registre de l'OFAG accueille désormais aussi les indications pour les produits sylvicoles et les produits sylvicoles transformés. Les dénominations pour les vins bénéficient d'une protection cantonale.

Avec le nouveau registre, des appellations d'origine ou des indications de provenances qualifiées pour des produits industriels pourront aussi être enregistrées. Sont visés par ce nouveau registre, les produits :

- de l'artisanat : textiles, céramiques
- de l'industrie : montres
- de l'extraction : roches, sel ou l'eau minérale.

L'inscription dans un registre a pour effet de reconnaître de façon officielle (au moyen d'un titre) la protection accordée aux indications géographiques pour tous les produits. Elle évite en outre qu'une indication géographique acquiert un caractère générique (art. 50a al. 4 nLPM).

La procédure d'enregistrement est réglée dans l'ordonnance sur le registre des appellations d'origine et des indications géographiques pour les produits non agricoles (ordonnance sur les AOP et les IGP non agricoles). Cette ordonnance se base sur les expériences faites avec le registre des appellations d'origine et des indications géographiques (AOP/IGP)

176 Le débat autour de cette disposition a porté sur son application aux produits industriels uniquement ou aussi aux denrées alimentaires, mais pas sur une application aux services. Citons, à titre d'exemple, l'intervention de M^{me} Seydoux-Christe (CE, JU), pour la commission « En effet, les indications relatives à la recherche, au design ou à d'autres activités spécifiques doivent pouvoir être utilisées aussi bien en relation avec des denrées alimentaires qu'avec des produits industriels. » BO 2012 E 1126.

pour les produits agricoles et le système d'enregistrement correspondant de l'UE.

Tout groupement qui demande l'enregistrement d'une AOP ou d'une IGP pour un produit doit être représentatif de ce produit (art. 4 de l'ordonnance). L'art. 4 al. 4 prévoit qu'à certaines conditions, une seule personne peut être assimilée à un groupement. La demande d'enregistrement doit notamment contenir une description des conditions de production et des caractéristiques du produit fini (art. 5 et 6). Toute demande d'enregistrement est soumise à un examen approfondi par l'IPI (art. 7 et 8). L'ordonnance prévoit la possibilité de faire opposition à une décision de l'IPI relative à la demande d'enregistrement (art. 9). L'enregistrement d'une dénomination dans le registre est illimité, sous réserve d'une radiation (art. 12). Une AOP ou IGP enregistrée peut être utilisée uniquement pour les produits qui auront fait l'objet d'un contrôle de la conformité (art. 16 à 18). L'étendue de la protection des AOP et des IGP enregistrées est définie aux art. 19 à 21.

E. Utilisation de la croix suisse et des armoiries fédérales (LPAP)

À partir du 1^{er} janvier 2017, l'usage de la croix suisse ne sera plus réservé uniquement aux services suisses. La croix suisse pourra aussi être utilisée pour désigner des produits suisses (art. 10 nLPAP). Par exemple, elle pourra être apposée sur une eau minérale puisée à une source suisse ou sur des montres fabriquées en Suisse, ce qui est aujourd'hui illicite. Il s'agit là de la principale nouveauté introduite par la nLPAP.

L'emploi de la croix suisse sur des produits provenant de l'étranger demeure par contre illégal (art. 13 nLPAP et 47 LPM). Il restera également interdit d'utiliser la croix suisse lorsque cet usage est propre à faire croire à de prétendus rapports avec la Confédération (art. 10 nLPAP). La croix suisse ne peut pas être utilisée sur certaines marchandises ou certains services (notamment issus du domaine médical) si elle est susceptible d'être confondue avec l'emblème de la croix rouge.

L'usage des armoiries de la Confédération (croix suisse placée dans un écusson triangulaire) sera dorénavant exclusivement réservé à l'État (art. 8 al. 1 nLPAP)¹⁷⁷. Les armoiries de la Confédération ne pourront

¹⁷⁷ L'usage de signes qui peuvent être confondus avec les armoiries de la Confédération est également réservé à l'État. Or, les armoiries de la Confédération et le drapeau

pas faire l'objet d'une licence (art. 8 al. 3 nLPAP); une telle licence serait nulle de plein droit (art. 20 CO). Les entreprises privées ne pourront donc plus utiliser les armoiries fédérales, à moins d'obtenir le droit d'en poursuivre l'usage (art. 8 al. 4 let. f et 35 al. 2 nLPAP). Ce droit est réservé aux entreprises traditionnelles suisses (par ex. Victorinox), aux associations (par ex. le Club Alpin Suisse) ou aux fondations, qui utilisent depuis plus de trente ans les armoiries publiques ou des signes similaires (art. 35 al. 3 nLPAP).

L'apposition des armoiries sur des produits à des fins décoratives est aujourd'hui autorisée. Cette exception est maintenue, mais ne s'applique plus de manière générale aux articles de souvenir¹⁷⁸. Elle sera désormais réservée uniquement aux objets qui sont en lien direct avec une fête ou une manifestation (art. 8 al. 4 let. b nLPAP).

Il existe également une exception pour les marques collectives et les marques de garantie de la collectivité qui peuvent être utilisées par les particuliers en vertu du règlement de la marque. Le Message présente quelques exemples, notamment celui des marques collectives « saucisson vaudois » et « saucisse aux choux vaudoise » (qui comprennent les armoiries du canton de Vaud) que le canton de Vaud a fait enregistrer¹⁷⁹.

Enfin, il est intéressant de noter que la nouvelle LPAP donne une définition du drapeau suisse (art. 3 al. 1 nLPAP), laquelle faisait défaut jusqu'ici.

La LPAP ayant été totalement révisée, il a fallu arrêter une ordonnance d'exécution (OPAP), laquelle règle principalement les compétences, le contenu de la liste des signes publics protégés en vertu de l'art. 18 nLPAP et l'intervention de l'Administration des douanes qui est désormais explicitement inscrite dans la loi, à l'instar des autres actes législatifs régissant la propriété intellectuelle.

suisse (dont l'usage sera autorisé) présentent le même motif – une croix blanche verticale sur fond rouge. Lors de l'appréciation du risque de confusion entre le drapeau suisse et les armoiries, le Message précise qu'il faut « faire une distinction judicieuse et logique entre ces deux signes. L'écusson se prête bien à une illustration de cette délimitation. En dépit de la teneur de l'art. 2, al. 1, la forme (triangulaire, semi-circulaire, ronde, écusson avec deux entailles, blason normand, etc.) ne joue aucun rôle. Ce qui est déterminant dans l'appréciation du risque de confusion avec les armoiries de la Confédération est de savoir si la forme utilisée est encore associée à une armoirie par les destinataires. » Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7801.

178 Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7803.

179 Message Swissness, *supra* n. 2, p. 7803.

F. Entrée en vigueur

La nouvelle législation « Swissness » doit entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2017¹⁸⁰. La nLPM ne contient pas de délai transitoire. L'art. 60a nOPM prévoit un délai pour l'écoulement des stocks disponibles. Selon cette disposition, les produits industriels (c'est-à-dire aussi bien les produits finis que leurs composants) qui auront été fabriqués avant le 1^{er} janvier 2017 et qui respectent les critères de provenance définis dans l'ancien droit pourront être mis en circulation pour la première fois encore au maximum jusqu'au 31 décembre 2018¹⁸¹.

La disposition transitoire n'est pas applicable aux prestations de services (par ex. pièces de rechange/réparations). Seul compte que le produit (à réparer) a été légalement mis en circulation avant le 1^{er} janvier 2019 en tant que produit remplissant les critères de la législation « Swissness »¹⁸².

Pour ce qui est des denrées alimentaires produites avant l'entrée en vigueur de la loi, l'emploi des indications de provenance conformes à l'ancien droit est autorisé jusqu'à la date limite d'utilisation optimale, mais pas au-delà des deux ans qui suivent l'entrée en vigueur de la nouvelle législation (art. 11 OIPSD).

VI. Renforcement de la protection à l'étranger

L'établissement de critères clairs définissant la provenance suisse et la création de nouveaux instruments permettent de renforcer la protection de la marque suisse et des indications de provenance qualifiée non seulement en Suisse mais également à l'étranger.

Une définition claire des critères de provenance suisse permet tout d'abord une collaboration effective entre autorités suisses et étrangères en application de l'art. 6^{ter} de la Convention de Paris¹⁸³. Sur la base de

180 Communiqué du Conseil fédéral du 2 septembre 2015.

181 Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 24.

182 Rapport explicatif OPM, *supra* n. 123, p. 24.

183 Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1970). En vertu de l'art. 6ter, « les pays de l'Union conviennent de refuser ou d'invalider l'enregistrement et d'interdire, par des mesures appropriées, l'utilisation, à défaut d'autorisation des pouvoirs compétents, soit comme marque de fabrique ou de commerce, soit comme élément de ces marques, des armoiries, drapeaux et autres emblèmes

cette disposition, la Suisse a par exemple pu obtenir de l'office compétent en matière de propriété intellectuelle aux États-Unis, l'introduction dans les directives américaines en matière d'examen de marques d'un chapitre concernant la manière d'examiner les marques contenant un drapeau suisse ou les armoiries de la Confédération¹⁸⁴. Les règles et critères figurant dans ce chapitre doivent être observés par les examinateurs américains lorsqu'une marque déposée aux États-Unis contient un drapeau suisse ou les armoiries de la Confédération.

Par le biais d'accord internationaux protégeant les indications de provenance, la Suisse peut faire protéger à l'étranger le nom « Suisse » ainsi que d'autres indications de provenance. Ces traités imposent aux pays co-contractants de n'autoriser sur leur territoire l'usage du nom « Suisse » qu'aux conditions établies par le droit suisse¹⁸⁵. La Suisse a conclu plusieurs traités bilatéraux portant sur la protection des indications de provenance, notamment le nom « Suisse »¹⁸⁶. Elle a également conclu des accords de libre échange qui contiennent des dispositions visant la protection réciproque des indications de provenance¹⁸⁷. Concernant les

d'État des pays de l'Union, signes et poinçons officiels de contrôle et de garantie adoptés par eux, ainsi que toute imitation au point de vue héraldique».

184 USPTO TM Examination Guide 2-12 «Swiss Confederation Coat of Arms & Swiss Flag»: «This examination guide addresses the examination of marks containing the coat of arms or flag of the Swiss Confederation. Specifically, the guide identifies the refusals applicable to these marks, discusses the relevant examination procedures, and provides examples.»

185 Principe du pays d'origine («*Ursprungslandsprinzip*»), voir ATF 125 III 193.

186 La Suisse a conclu des traités de la nouvelle génération (incluant la protection pour le terme « Suisse » et les noms des cantons suisses) avec la Russie (2010) et la Jamaïque (2013).

187 Par exemple, l'Accord de libre-échange et de partenariat économique entre la Confédération suisse et le Japon, conclu à Tokyo le 19 février 2009, prévoit la protection des indications d'origine géographique aussi bien dans le secteur des biens que dans celui des services, y compris des noms de pays et, pour la Suisse, des noms de cantons, de même que des drapeaux et armoiries nationaux et d'autres insignes de souveraineté (art. 119 al. 3). L'art. 119 al. 4 se réfère aux listes d'indications d'origine géographique établies par la Suisse et le Japon dans l'annexe X de l'ALEPE. Le Japon énumère cinq indications d'origine géographique pour des spécialités régionales (saké et spiritueux), la Suisse plus de 40 qui touchent le commerce avec le Japon, dont des appellations d'origine contrôlée (AOC) et des indications géographiques protégées (IGP) pour des produits agricoles comme la viande séchée, l'emmental ou le gruyère, des vins et spiritueux comme l'abricotine ou le kirsch de Zoug, mais aussi l'importante indication d'origine Swiss/Suisse pour le chocolat, l'horlogerie, les textiles, les machines, le secteur pharmaceutique et chimique. Ces

indications de provenance qualifiées, l'obtention de leur protection et leur mise en œuvre à l'étranger sont grandement facilitées s'il existe au préalable une reconnaissance officielle dans le pays de provenance. Le nouveau registre AOP/IGP constitue une telle reconnaissance officielle d'indications géographiques qualifiées pour les produits non agricoles. Ainsi, il sera plus facile de requérir la protection de ces indications dans un pays étranger qui connaît aussi le système des AOP/IGP. L'UE par exemple est en train de créer un registre pour les AOP/IGP non agricoles similaire au registre suisse. Une fois ce registre en vigueur en Europe, la reconnaissance réciproque des AOP/IGP pour les produits industriels deviendra possible. Ainsi, en vertu des accords bilatéraux avec l'UE, l'enregistrement d'une AOP/IGP en Suisse donnera automatiquement au titulaire une protection de son titre dans toute l'UE.

Pour les pays qui ne connaissent pas le système AOP/IGP, une protection par le droit des marques pourra, par le biais de la nouvelle marque géographique enregistrée en Suisse ainsi que l'Accord et du Protocole de Madrid, également être exportée dans d'autres pays¹⁸⁸.

La Confédération s'efforce, par le biais de négociations et d'accords internationaux, d'élaborer un cadre juridique facilitant la protection de l'utilisation du nom « Suisse » à l'étranger. C'est toutefois aux utilisateurs de l'indication « Suisse », c'est-à-dire aux entreprises, qu'il revient d'introduire des procédures judiciaires à l'étranger, respectivement de s'assurer qu'aucune marque contenant une indication de provenance suisse et pouvant être confondue avec leur propre marque soit enregistrée à l'étranger. C'est aux acteurs de l'économie privée, le cas échéant par le biais des associations de branche, de combattre les abus dans l'usage de la désignation « Suisse », à tout le moins de s'engager lorsque de tels abus nuisent à leurs propres intérêts.

De son côté, l'IPI exerce à l'heure actuelle déjà une surveillance de l'enregistrement dans certains pays importants pour l'exportation de marques contenant une croix suisse ou des signes pouvant être confondus avec la croix suisse. En Chine par exemple, l'IPI a introduit entre 2010 et

listes facilitent la tâche des ayants-droit d'indications géographiques qui doivent défendre leurs revendications devant les autorités et tribunaux nationaux. (Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'accord de libre-échange et de partenariat économique entre la Suisse et le Japon et de l'accord de mise en œuvre entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement du Japon du 6 mars 2009, p. 2466).

188 Voir JÜRIG SIMON, dans cet ouvrage, p. 67 ss.

2015 264 oppositions contre l'enregistrement de marques contenant une croix suisse ou des signes pouvant être confondus avec la croix suisse. En 2010, les autorités chinoises ont rendu leur premier jugement sur les oppositions faites par l'IPI et lui ont donné raison. Depuis et jusqu'en mai 2016, l'IPI a gagné 36 procédures d'opposition en Chine.

C'est sans aucun doute par une collaboration adéquate entre l'IPI et les associations, les groupes économiques ou les branches concernés (c'est-à-dire les acteurs qui tirent profit de la plus-value liée à la provenance suisse tels que la branche horlogère, les fabricants de chocolat, la branche du textile, l'industrie des machines, ...) que passe une action efficace et durable contre les abus à l'étranger.

VII. Conclusion

Dans le but de maintenir sur le long terme la plus-value liée aux produits portant une indication de provenance suisse, la révision «Swissness» améliore le cadre légal sur deux plans.

Premièrement, les critères de provenance suisse pour les produits et services sont enfin précisés dans la loi. Cette clarification donne une base juridique solide à l'indication de provenance «suisse» et met un terme à une pratique insatisfaisante résultant d'un texte légal vague (art. 48 aLPM) et d'une jurisprudence souvent ancienne, peu précise et parfois même contradictoire. La précision des critères apporte en outre une sécurité juridique à l'économie.

En se fondant sur les attentes des consommateurs, ces nouveaux critères donnent une crédibilité à la plus-value que les consommateurs acceptent de payer pour des produits portant une indication de provenance suisse. Grâce à l'adoption de ces règles précises, il est garanti aux consommateurs qu'un produit arborant une indication de provenance suisse provient effectivement de Suisse.

Pour les entreprises qui produisent en Suisse ou les entreprises qui exploitent des matières premières suisses, la révision contribue à leur permettre de profiter de la plus-value associée aux produits suisses et ainsi de compenser les coûts plus élevés auxquels elles doivent faire face en produisant en Suisse. Les ordonnances de branche permettent aux entreprises de préciser les exigences «Swissness» selon les particularités de leurs produits ou services.

Deuxièmement, la révision introduit de nouveaux instruments juridiques qui améliorent la protection de l'indication de provenance suisse non seulement sur le territoire national, mais également à l'étranger. Le nouveau droit prévoit des aménagements dans le cadre de la procédure nationale (qualité pour agir étendue, renversement du fardeau de la preuve en cas d'usage d'une indication de provenance). D'autre part, les AOP/IGP pour les produits non agricoles et la marque géographique confèrent des titres de protection pour des indications de provenance qui peuvent être exportés à l'étranger. Ces instruments faciliteront les démarches judiciaires en Suisse et à l'étranger contre ceux qui entendent tirer un profit indu de l'indication de provenance suisse.

La Suisse est le premier pays à se doter d'une législation protégeant clairement son nom comme indication de provenance. Elle fournit un premier exemple concret de la manière de protéger un nom de pays, ce qui peut constituer une incitation pour d'autres pays à en faire autant. Des discussions allant dans le sens d'une protection accrue des noms de pays est actuellement en cours dans le cadre du Comité permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques de l'OMPI. La Suisse fait figure de pionnier dans ce contexte.