



Révision de l'ordonnance sur la protection des marques

Rapport explicatif relatif au droit d'exécution « Swissness »

Berne, 2 septembre 2015

Table des matières

1.	Généralités	3
2.	Base légale	5
3.	Commentaire article par article	5

1. Généralités

Législation « Swissness »

La nouvelle législation « Swissness » contient la révision de la loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance (LPM)¹ et la révision totale de la loi fédérale pour la protection des armoiries publiques et autres signes publics (LPAP)². Elle a été adoptée par le Parlement lors de la votation finale du 21 juin 2013. Le délai référendaire est arrivé à échéance le 10 octobre 2013.

Pour rappel, l'objectif du projet législatif « Swissness » est de préserver durablement la plus-value offerte par le label « Suisse », vecteur publicitaire important pour la vente de produits et de services suisses. En effet, la valeur économique importante du « Swissness » dans un monde globalisé est aujourd'hui bien comprise par les entreprises. Comme phénomène collatéral, les utilisations abusives se multiplient aussi bien sur le plan international que national. Devant cette évolution, il importe de clarifier les critères d'utilisation et de renforcer la protection de l'indication de provenance « Suisse » et de la croix suisse. Son utilisation pour des produits et services reste, comme par le passé, entièrement volontaire : toute personne qui décide d'en faire usage à titre promotionnel doit, en revanche, respecter les critères de provenance.

Le texte légal adopté par le Parlement prévoit des critères précis pour déterminer la provenance effective d'un produit ou d'un service suisse. Ces critères règlent non seulement l'utilisation d'une indication de provenance sur un produit, sur son emballage ou pour un service, mais ils valent également pour l'emploi d'indications de provenance dans le domaine de la publicité.

Provenance des produits

Pour définir la provenance, les produits sont classés dans trois catégories :

- Pour les *produits naturels*, le critère déterminant dépend de la nature du produit (ex. lieu de l'extraction pour les produits minéraux ; lieu de la récolte pour les produits végétaux).
- Pour les *denrées alimentaires*, les deux critères sont l'étape de transformation essentielle qui doit se dérouler au lieu de provenance, ainsi que 80 % du poids des matières premières disponibles qui doivent provenir de ce lieu. Plusieurs exceptions ont été adoptées pour tenir compte de la réalité économique.
- Pour les *produits industriels*, l'étape de fabrication essentielle, ainsi que le coût de revient généré au lieu de provenance (un taux requis de 60 %) sont décisifs. Des exceptions à ces critères sont également prévues.

Provenance des services

Un service est considéré comme suisse, si le siège, ainsi qu'un réel site administratif de la société prestataire se trouvent en Suisse.

Croix suisse

La croix suisse pourra non seulement toujours être utilisée pour les services suisses, mais dorénavant aussi pour les produits suisses.

Registre des indications géographiques, marque géographique, procédure de radiation

En outre, la législation « Swissness » ancre la base légale pour le registre des indications géographiques pour les produits autres que les produits agricoles et les produits sylvicoles et crée une nouvelle catégorie de marque, la marque géographique. Elle règle également les grandes lignes de la procédure de radiation d'une marque pour défaut d'usage. Pour terminer, elle crée

¹ RS 232.11 ; FF 2013 4261 ss.

² RS 232.21 ; FF 2013 4243 ss.

les conditions nécessaires à l'introduction d'une appellation d'origine protégée (AOP) pour les produits sylvicoles et sylvicoles transformés.

Révision partielle de l'ordonnance sur la protection des marques

La révision partielle de l'ordonnance du 23 décembre 1992 sur la protection des marques (OPM)³ vise à préciser les points suivants :

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

L'OPM contient les précisions utiles pour définir la provenance géographique de produits et de services. Ces dispositions concernent en particulier la catégorie des produits industriels (art. 48c LPM) et des services (art. 49 LPM). Elles ont été élaborées en vue de soutenir les entreprises lors du calcul de la part suisse de leurs produits et de leurs services. Il est ressorti de la consultation des milieux intéressés que ces dispositions sont, pour la plupart, jugées utiles.

Certains articles ont une portée plus large et s'appliquent aux indications de provenance, toutes catégories confondues. Pour les denrées alimentaires (art. 48b LPM), connexes au domaine agricole, une ordonnance indépendante a été élaborée.

Lors des travaux d'élaboration de l'ordonnance, une étude⁴ a été menée sur la notion de « coût de revient » de l'art. 48c LPM. Cette notion, empruntée au vocabulaire économique, est déterminante pour définir la provenance d'un produit industriel. L'objectif de cette étude est d'assurer que cette notion, telle que définie dans l'ordonnance, reflète correctement la pratique en matière économique. Une autre étude⁵ peut constituer une aide pour l'examen de la représentativité d'une ordonnance de branche (cf. art. 50, al. 2, LPM).

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

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

- **Autres points de la révision**

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

³ RS 232.111

⁴ Rautenstrauch, Thomas (2013), *Gutachterliche Stellungnahme zu den Umsetzungsvorschlägen betreffend die Berechnung des notwendigen Anteils, der ein Produkt zu einem Schweizer Produkt macht*. Zürich: Hochschule für Wirtschaft HWZ, téléchargeable sous https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Swissness/d/6_Studie_Herstellungskosten_Rautenstrauch_2014.pdf.

⁵ Hulliger, Beat; Bill, Marc (2013), *Repräsentativität von Unternehmens-Gruppen als Vertreter von Branchen. Bericht im Auftrag des Instituts für Geistiges Eigentum*. Arbeitsbericht der Hochschule für Wirtschaft FHNW Nr. 33. Olten: Fachhochschule Nordwestschweiz, téléchargeable sous https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Swissness/d/6_Studie_Repraesentativitaet_Hulliger_2014.pdf.

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

2. Base légale

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

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

3. Commentaire article par article

Chapitre 2 Enregistrement des marques

Section 1 Procédure d'enregistrement

Art. 3, al. 1 *Langue*

Une notion est adaptée dans cet alinéa (langue officielle de la Confédération).

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

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

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

Cet alinéa peut être abrogé. Il prévoit que l'IPI tient une liste des Etats qui accordent la réciprocité à la Suisse s'agissant du droit de priorité d'une marque (cf. art. 7, al. 2, LPM; art. 4 Convention de Paris⁶). Une pratique constante de l'IPI a rendu la tenue de cette liste inutile : lorsque le pays concerné est membre de la Convention de Paris ou de l'Organisation mondiale du commerce⁷, il convient de partir du principe que la réciprocité est garantie. En revanche, l'IPI examine l'existence ou l'absence de réciprocité dans un cas concret lorsque l'Etat concerné n'est membre ni de la CUP, ni de l'OMC. Ce dernier cas de figure a pratiquement disparu.

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

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

⁶ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (CUP, RS **0.232.04**).

⁷ Pour les Etats membres de l'Organisation mondiale du commerce, les prescriptions matérielles de la CUP sont contraignantes conformément à l'art. 2, al. 1, de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC, RS **0.632.20**, [Accord instituant l'organisation mondiale du commerce]).

Art. 17 *Examen matériel*

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

Al. 2 : Lors du dépôt d'une marque contenant une appellation viticole étrangère, il faut examiner si l'appellation viticole étrangère remplit les conditions spécifiques définies dans la législation suisse en matière viticole. Conformément au message⁸, la collectivité publique étrangère (ou le groupement) doit s'adresser à l'Office fédéral de l'agriculture (OFAG) avant même de déposer une marque géographique. Ce contact est assuré par l'IPI pendant la procédure d'enregistrement, puisqu'il consulte l'OFAG. Celui-ci examine si l'appellation viticole étrangère satisfait aux conditions spécifiées dans la législation suisse en matière viticole. Dès que l'OFAG constate que ces conditions sont remplies, la procédure d'enregistrement de la marque peut se poursuivre.

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

Section 2 Procédure d'opposition

Art. 21 *Domicile de notification en Suisse*

Les formules de cet article sont uniformisées avec celles de l'art. 24b OPM.

Art. 22, titre et al. 4 *Echange d'écritures*

La terminologie est harmonisée avec l'art. 24c OPM.

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

La procédure d'opposition peut être suspendue lorsqu'une procédure de radiation d'une marque, une procédure civile ou une autre procédure peut avoir une influence sur la décision d'opposition.

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

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

La personne qui requiert la radiation doit rendre vraisemblable le défaut d'usage de la marque (art. 35b, al. 1, let. a, LPM). Elle doit donc présenter les moyens de preuve en même temps que sa demande (let. e). Toutes les preuves écrites sont prises en considération (cf. art. 12, let. a, b, c et e, PA⁹). La radiation d'un titulaire du registre du commerce par exemple à la suite d'une faillite constitue un sérieux indice d'un défaut d'usage de la marque.

Art. 24b *Domicile de notification en Suisse*

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

⁸ Message du 18 novembre 2009 relatif à la modification de la loi sur la protection des marques et à la loi fédérale sur la protection des armoiries de la Suisse et autres signes publics (message relatif au projet « Swissness »), FF **2009** 7711, en partic. p. 7754.

⁹ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS **172.021**).

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

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

Art. 24c *Echanges d'écritures*

Al. 1 : Lorsqu'une demande de radiation n'est pas manifestement irrecevable, l'IPI en donne connaissance à la partie adverse. Une demande de radiation est par exemple manifestement irrecevable si elle est déposée avant l'échéance du délai de cinq ans prévu à l'art. 35a, al. 2, LPM.

Al. 2 : La partie adverse remet sa réponse en deux exemplaires.

Al. 3 : Dans sa réponse, la partie adverse rendra en particulier vraisemblable l'usage de la marque ou l'existence de justes motifs pour le défaut d'usage.

Al. 4 : L'IPI procède à d'autres échanges d'écritures lorsque les circonstances le justifient. Des échanges d'écritures supplémentaires constituent la règle, car la partie adverse présentera des preuves qui seront envoyées au requérant pour prise de position afin de préserver son droit d'être entendu.

Art. 24d *Pluralité de demandes; suspension de la procédure*

Al. 1 : Lorsque plusieurs demandes de radiation sont introduites contre une même marque, l'IPI peut réunir les demandes dans une seule procédure. L'art. 23 al. 2 OPM, auquel il est fait référence, prévoit en outre la possibilité que l'IPI traite d'abord l'une des demandes de radiation, pour des raisons d'économie de procédure, et qu'il suspende les procédures des autres demandes.

Al. 2 : Cet alinéa régit la relation entre la procédure administrative de radiation prévue à l'art. 35a, al. 1, LPM, qui est instruite par l'IPI, d'une part, et les procédures civiles (action en constatation en vertu de l'art. 52 LPM et action en exécution d'une prestation en vertu de l'art. 55 LPM), d'autre part. Lorsqu'une action civile est susceptible d'influer sur la décision concernant la radiation, la procédure de radiation est suspendue.

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

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

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

Section 5 Radiation de l'enregistrement

Art. 35

En général, la radiation partielle ou totale d'un enregistrement de marque n'est pas soumise à une taxe. Conformément à l'art. 35, let. e, LPM, une taxe est toutefois perçue pour la procédure de radiation d'une marque selon l'art. 35a LPM.

Chapitre 3 Dossier et registre des marques

Section 1 Dossier

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

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

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

Dans le cadre de son devoir d'information, l'IPI souhaite renseigner les tiers de manière plus étendue qu'à l'heure actuelle. Nouvellement, il sera possible d'obtenir des renseignements sur les demandes rejetées (mais non sur les demandes retirées). Ces informations ne sont pas destinées à apparaître dans le registre en ligne Swissreg (www.swissreg.ch), mais sur la plateforme « Aide à l'examen » (<https://ph.ige.ch>).

Section 2 Registre des marques

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

Le registre des marques mentionnera dorénavant également les marques géographiques.

Chapitre 6 Enregistrements internationaux

Section 2 Effets de l'enregistrement international en Suisse

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

Aux termes de l'art. 35a, al. 2, LPM, une demande de radiation d'une marque pour défaut d'usage peut être introduite à la fin du délai de carence. L'art. 50a précise les modalités de calcul du délai de carence s'agissant d'enregistrements internationaux désignant la Suisse. Le calcul du délai diffère selon que l'enregistrement international a fait l'objet ou non d'un refus de protection en Suisse. En cas de refus provisoire (pour des motifs absolus ou relatifs d'exclusion), le délai commence à courir lorsque la procédure est close par une décision entrée en force. En l'absence de refus de protection, le délai commence à courir à l'expiration du délai pour émettre un refus de protection qui est de douze ou de 18 mois, selon que l'on applique l'Arrangement de Madrid¹⁰ ou le Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid¹¹. Si une déclaration d'acceptation de la protection a été émise, par exemple lorsque la procédure d'examen

¹⁰ Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques, révisé à Stockholm le 14 juillet 1967 (AM; RS **0.232.112.3**).

¹¹ Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques (PM; RS **0.232.112.4**).

accélérée a été requise, le délai commence à courir avec l'émission de l'acceptation (voir également le message¹²).

Art. 52 *Refus de protection et invalidation*

Al. 1

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

A l'instar des offices des Etats-Unis, de l'Allemagne ou encore de l'Union européenne, l'IPI doit lui aussi pouvoir émettre un refus de protection pour une marque internationale avec extension à la Suisse au seul motif que l'indication des produits et des services est trop vague ou pas assez précise selon les dispositions nationales suisses (et ceci malgré la vérification du Bureau de l'OMPI). Cette nouvelle disposition lui donne les moyens de refuser à la protection les marques dont la liste des produits ou des services n'est manifestement pas correctement formulée. Elle se fonde sur l'exception de l'ordre public contenue à l'art. 6^{quinquies}, let. b, ch. 3, CUP¹³; sa finalité est de garantir une égalité de traitement des enregistrements de marques suisses et des enregistrements internationaux.

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

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

Al. 2 : La modification de cet alinéa concerne le texte allemand.

Chapitre 6a Indications de provenance

Remarques préliminaires :

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

Les indications de provenance géographique font partie du droit des signes distinctifs; elles font référence, directement ou indirectement, à la provenance géographique des produits ou des services. Les dispositions du droit des signes distinctifs visent à garantir que seuls les produits provenant de la région géographique désignée par l'indication de provenance puissent arborer cette indication. Elles contribuent ainsi à la protection des consommateurs et à la libre concurrence sans tromperie.

Les règles d'origine douanière, quant à elles, permettent d'appliquer les mesures en matière de commerce extérieur et de tarifs douaniers, dans le but, entre autres, de calculer les droits de

¹² FF 2009 7711, en partic. p. 7786 s.

¹³ RS 0.232.04

douane. Les preuves ou les déclarations d'origine attestent qu'une marchandise a été entièrement produite dans un pays donné ou y a subi une « ouvraison suffisante ». Distinction est faite entre l'origine préférentielle et non préférentielle. Les règles pour déterminer l'origine préférentielle des marchandises (conformément aux accords de libre-échange conclus bilatéralement ou sous l'égide de l'AELE) et les règles pour déterminer l'origine non préférentielle (conformément à l'ordonnance du DEFR¹⁴ y relative) sont valables indépendamment du droit des signes distinctifs (applicable aux indications de provenance).

En d'autres mots, un produit pourrait ne pas être vendu avec la mention « Made in Switzerland », bien qu'il satisfasse aux critères d'origine suisse selon le droit douanier. Provenance et origine ne doivent pas forcément se recouper. Le droit des douanes permet en général de prendre en compte la marge de profit dans le calcul de la quote-part suisse d'un produit. Ceci est toutefois exclu du calcul du coût de revient selon la législation Swissness. Autre exemple, selon le droit des douanes, un poisson de mer pêché par un bateau portant pavillon suisse est considéré comme « intégralement fabriqué en Suisse ». Si les critères déterminant la désignation de provenance « Suisse » étaient alignés sur les règles sur l'origine douanière, un poisson pêché dans l'Océan indien par un chalutier panaméen battant pavillon suisse pourrait ainsi arborer la croix suisse et être vendu sous la désignation « Swiss Delice » ou « Swiss Sea Food ».

2. Gamme de produits

L'art. 49a LPM précise qu'une indication de provenance peut être utilisée dans la publicité, si tous les produits et services munis de l'indication en question remplissent les critères de provenance déterminants pour cette indication. Il ne suffit pas, par exemple, qu'un seul produit d'une gamme de cinq produits soit suisse pour que toute cette gamme puisse être vendue sous la bannière suisse.

Une exception vient nuancer ce principe : le calcul pour une denrée alimentaire donnée peut se faire sur la base des flux annuels moyens de marchandises d'une année civile pour le produit considéré (cf. art. 4, al. 1, de l'ordonnance sur l'utilisation des indications de provenance suisses pour les denrées alimentaires).

3. Mise en œuvre de la législation « Swissness »

La législation « Swissness » vise à préserver la valeur de la désignation « Suisse » et de la croix suisse à long terme. Dans cette optique, il importe également que la « marque Suisse » soit protégée efficacement. Il s'agit de poursuivre les fraudeurs pour empêcher les utilisations abusives des indications faisant référence à la Suisse.

L'usage d'une indication de provenance est facultatif et gratuit, et il n'est soumis à aucune autorisation. L'indication de provenance « Suisse » peut donc être utilisée librement, à condition que les conditions légales soient remplies. Une entreprise qui choisit de faire usage de cette indication de provenance doit donc répondre d'une utilisation conforme à la loi. Le législateur a prévu différents moyens permettant aux associations professionnelles et économiques, aux organisations de défense des consommateurs et aux autorités d'intervenir (cf. par ex. art. 55 s. et 64 LPM; art. 28 ss LPAP) pour mettre un terme aux utilisations non conformes. Le système de mise en œuvre nécessite par conséquent l'intervention des particuliers, des associations et des autorités.

¹⁴ Ordonnance du DEFR du 9 avril 2008 sur l'attestation de l'origine non préférentielle des marchandises (OOr-DEFR; RS 946.311).

C'est à dessein que le législateur n'a pas mis en place un appareil de contrôle étatique (cf. réponse du Conseil fédéral du 21.08.2013 à l'interpellation 13.3584 de Laurent Favre intitulée « Partenariat pour la mise en œuvre du Swissness »). Ce sont les associations professionnelles et économiques qui sont appelées à jouer un rôle clé dans une mise en œuvre efficace de la « marque Suisse », puisque ce sont elles, ou plutôt leurs membres, qui tirent un avantage de ce label.

Lorsqu'un abus manifeste de la désignation « Suisse » ou de la croix suisse ne relève pas d'une branche particulière, l'IPI est aussi habilité à intervenir en Suisse. A l'étranger, il peut agir par le biais de la voie diplomatique, avec l'appui des ambassades suisses. Outre l'IPI, d'autres services fédéraux peuvent aussi intervenir à l'étranger, comme le Département fédéral des affaires étrangères ou le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).

Les autorités de contrôle alimentaire traquent les indications qui trompent le consommateur sur la provenance des denrées alimentaires. Cette activité, qui découle de la législation régissant les denrées alimentaires, fait partie de leur mandat ordinaire.

Les concurrents, les associations professionnelles et économiques, les organisations de défense de consommateurs, l'IPI ou les cantons concernés peuvent engager des poursuites au civil pour faire cesser l'usage d'une indication de provenance inexacte (cf. art. 55 et 56 LPM). En outre, tout un chacun peut porter plainte auprès des autorités pénales compétentes pour dénoncer un tel usage (cf. art. 64 LPM).

La LPM modifiée prévoit un renversement du fardeau de la preuve (art. 51a LPM) dans les procédures civiles (y compris les procédures de mesures provisionnelles). La partie défenderesse doit prouver que l'usage qu'elle fait de l'indication de provenance est conforme à la loi. Si l'utilisateur d'une indication de provenance refuse d'apporter son concours dans la phase pré-contentieuse en ne donnant aucune information sur sa production, le juge devra en tenir compte lors de la répartition des coûts. Si, au contraire, le demandeur ne se renseigne ni auprès du producteur, ni auprès de la branche avant d'introduire une action, c'est à lui qu'incombera le risque des frais de procédure.

4. Représentativité d'une ordonnance de branche

En vertu de l'art. 50, al. 2, LPM, le Conseil fédéral peut, sur demande et sur la base d'un avant-projet d'une branche, édicter des ordonnances de branche réglant l'emploi d'indications de provenance suisses pour une ou plusieurs branches. L'ordonnance de branche ne doit toutefois pas servir abusivement les intérêts particuliers d'une partie de la branche. Au contraire, il est fondamental qu'une part représentative des entreprises de la branche soutienne une telle ordonnance. Pour ce faire, les branches seront contraintes, en vue d'aboutir à une direction commune, de mener des discussions préalables en leur sein. Une ordonnance peut être élaborée par une association ou par plusieurs associations d'une branche, puis être soumise au Conseil fédéral.

C'est le Conseil fédéral qui arrête les ordonnances de branche. Il procède au préalable à une audition ou consultation publique, afin que les milieux concernés puissent s'exprimer. La représentativité sera toujours examinée, mais de manière nuancée pour le cas d'espèce. Une disposition générale et abstraite qui réglerait les critères de représentativité manquerait son but: des exigences valables pour tous les secteurs n'existent pas.

Section 1 Dispositions communes

Art. 52a *Objet et champ d'application*

Al. 1 : Ce chapitre définit les critères régissant l'utilisation d'indications de provenance pour les produits industriels (art. 48c LPM) et pour les services (art. 49 LPM). Il contient en outre les prescriptions applicables aux produits naturels (art. 52b, let. b, OPM), de même que les dispositions communes s'appliquant également aux denrées alimentaires (cf. art. 52a, al. 2, avec les renvois).

Al. 2 : Par souci de transparence, cet alinéa renvoie à la nouvelle ordonnance sur l'utilisation des indications de provenance suisses pour les denrées alimentaires, qui précise les critères qui en régissent l'usage. Les art. 52c et 52d de l'ordonnance sur les marques modifiée s'appliquent aussi aux denrées alimentaires.

Art. 52b *Définitions*

Cet article permet de définir différentes notions.

Let. a (« *produits au sens de l'art 48c LPM* ») : Tous les produits qui ne sont ni des produits naturels (art. 48a LPM) ni des denrées alimentaires (art. 48b LPM) sont considérés comme produits au sens de l'art. 48c LPM. Il s'agit avant tout de produits industriels ou artisanaux.

Let. b (« *produits naturels* ») : Les produits issus de la nature comprennent tant les produits nutritifs que d'autres produits comme le bois ou la pierre. Pour les distinguer des denrées alimentaires et des produits industriels, le critère de la transformation est déterminant. La notion de « transformation » n'est pas toujours aisée à déterminer. A titre illustratif, un fruit « à l'état pur » est un produit naturel (art. 48a, let. b, LPM), même si ce fruit doit être récolté, lavé, peut-être traité, emballé, etc. avant d'être livré au consommateur. Ces étapes ne sont pas comprises comme une « transformation » du produit. En revanche, si ce fruit est utilisé pour un yaourt, alors le yaourt est un produit naturel transformé appartenant à la catégorie des denrées alimentaires. Il ressort du message¹⁵ qu'un produit est un produit naturel transformé s'il a acquis de nouvelles propriétés essentielles par la transformation. Voir à ce sujet également, l'art. 2, al. 1, let. h, de l'ordonnance sur les denrées alimentaires et les objets usuels (ODAI¹⁶), qui définit la notion de « transformation » comme étant *toute action entraînant une modification essentielle du produit initial, par exemple par chauffage, fumaison, salaison, maturation, dessiccation, marinage, extraction ou extrusion, y compris par une combinaison de ces procédés; une denrée alimentaire n'est pas réputée transformée lorsqu'elle a été divisée, séparée, découpée, tranchée, désossée, hachée, dépouillée, broyée, coupée, nettoyée, taillée, décortiquée, moulue, réfrigérée, congelée, surgelée ou décongelée*. Cette définition permet de cerner davantage la notion de transformation, sans être pour autant décisive dans chaque cas. En effet, l'art. 48a LPM s'interprète indépendamment du droit des denrées alimentaires, même s'il est clair que celui-ci joue un rôle important dans ce contexte. S'agissant de la distinction entre un produit naturel et un produit industriel, un exemple du domaine du bois peut servir à illustrer le propos. Le bois rond, le bois industriel et le bois d'énergie (bois refendu, rondins, bûches), tout comme les bûches finlandaises, par exemple, qui sont proposés directement par une entreprise forestière, sont des produits naturels. Les produits transformés comme le bois de sciage/le bois lamellé et/ou collé, les matériaux dérivés du bois (panneaux de particules, panneaux en fibre de

¹⁵ FF **2009** 7711, en partic. p. 7764.

¹⁶ RS **817.02** (l'ODAI¹⁶ fait actuellement l'objet d'une révision).

bois), les copeaux de bois, les granulés de bois, dont la fabrication nécessite un procédé technique, sont des produits industriels.

Cas spéciaux :

- Le cuir est un produit industriel au sens de l'art. 48c LPM, puisqu'il s'agit d'un produit naturel non nutritif et transformé. Cette solution comporte un certain potentiel de confusion auprès des consommateurs qui pourraient penser que du « cuir suisse » est fait à partir d'un animal « suisse ». Toutefois, dans la plupart des cas, les consommateurs auront affaire à des produits fabriqués à base de cuir (par ex. chaussures ou sacs) où l'indication de provenance se réfère à tout le produit et correspond ainsi à leurs attentes.
- Les éléments nutritifs pour les animaux ne tombent pas sous le coup de l'art. 48b LPM, puisque la définition de la loi sur les denrées alimentaires (LDAI)¹⁷ n'englobe pas les éléments nutritifs non humains. Par défaut, l'art. 48c LPM s'applique.

Let. c (« matières ») : Le message relatif à l'art. 48c, al. 3, let. b, LPM¹⁸ précise que « *la notion de matière première doit [...] être prise au sens large. Sont concernés par ces dispositions les matières premières au sens strict et les composants du produit, comme des puces électroniques* ». Ces puces sont des produits semi-finis et constituent, avec les matières premières et les matières auxiliaires, ce qu'on appelle les matières d'un produit (« *Materialien* »). Dans le monde actuel, basé sur la division du travail, les entreprises ne fabriquent en général pas leurs produits avec des matières premières, mais utilisent des produits semi-finis et des matières auxiliaires, qu'elles achètent à des tiers avant de les transformer. Quels buts le législateur poursuit-il avec cette interprétation intentionnellement large de la notion de « matières premières » ? Son intention est de ne pas contraindre un producteur à transformer lui-même les matières premières éventuellement disponibles en Suisse en produits semi-finis, ni de pénaliser celui qui souhaite produire en Suisse, mais qui n'y trouve pas les composants correspondants.

Il faut toutefois éviter que cette interprétation extensive favorise un contournement des exigences liées à l'apposition de la croix suisse ou d'une désignation suisse. Le rapport entre, d'une part, les matières qui ne proviennent pas de Suisse et, d'autre part, la prestation propre fournie en Suisse intervenant dans la production doit se situer à un niveau raisonnable (cf. art. 52d Interdiction des abus).

Pour finir, il convient de rappeler que la définition de cette notion ne vaut que pour la catégorie des produits visés à l'art. 48c LPM.

Art. 52c *Usage d'indications faisant référence à une région ou à un lieu*

Toute référence, directe ou indirecte, à la provenance géographique d'un produit ou d'un service (cf. art. 47, al. 1, LPM) est considérée comme une « indication de provenance ». La LPM protège aussi bien les indications de provenance qui renvoient au territoire d'un pays (par ex. « Suisse » ou « France ») que celles qui font référence à une unité territoriale d'un pays (indications locales ou régionales comme « Argovie », « Oberland bernois », « Tessin »). L'emploi d'une indication faisant référence à une région ou à un lieu en Suisse est autorisé, si le produit ou le service remplit les critères légaux déterminants pour la provenance propres à l'ensemble de la Suisse (par ex. pour un produit industriel, au moins 60 % du coût de revient doivent être

¹⁷ RS 817.0

¹⁸ FF 2009 7711, en partic. p. 7770.

généralisés quelque part en Suisse et l'étape de fabrication essentielle doit avoir lieu quelque part en Suisse).

Lorsqu'une certaine qualité ou une autre caractéristique du produit ou du service est essentiellement attribuable à sa provenance géographique et lorsqu'un territoire jouit d'une réputation particulière pour un produit ou un service, des conditions supplémentaires doivent être remplies. Quand le milieu géographique (déterminé par des facteurs naturels ou humains) d'une région ou d'un lieu a une influence essentielle sur les propriétés d'un produit, les attentes du public par rapport à ce produit se porteront sur un territoire plus restreint que le territoire suisse, à savoir le lieu géographique désigné.

Dans ces cas, on parle d'« indications de provenance qualifiées ». Sont considérées comme telles en particulier toutes les indications géographiques protégées (IGP) et appellations d'origine protégées (AOP) inscrites au registre de l'OFAG ou celles qui seront répertoriées dans le nouveau registre des indications géographiques conformément à l'art. 50a LPM. Une indication de provenance qualifiée est en outre une indication qui suscite, auprès du public, des attentes spécifiques supplémentaires par rapport à la provenance, à la fabrication ou à la qualité (cf. art. 48, al. 2 et 3, et art. 49, al. 3, LPM).

Les critères additionnels auxquels une indication de provenance qualifiée doit satisfaire et le territoire géographique déterminant varient en fonction du produit ou service et de l'indication de provenance utilisée. Lorsqu'il s'agit d'une indication enregistrée (par ex. une IGP, une AOP ou une marque), les précisions concernant ces critères supplémentaires, notamment le territoire déterminant, ressortent soit du cahier des charges d'une AOP ou d'une IGP, soit du registre des marques.

Art. 52d *Interdiction des abus*

L'interdiction d'application abusive est un principe cardinal du système juridique suisse (cf. art. 2 CC¹⁹). La raison pour laquelle ce principe est rappelé dans cette ordonnance est la suivante : en cherchant à élaborer des règles « Swissness » qui soient pragmatiques et suffisamment souples pour s'adapter à toutes les situations économiques rencontrées dans la pratique, il a été constaté que certaines dispositions avaient un potentiel d'abus, dans la mesure où les critères de provenance pouvaient être contournés. Cette disposition s'adresse particulièrement aux tribunaux à qui revient la tâche de juger un cas concret et aux entreprises qui choisissent de faire usage d'une indication de provenance suisse. Elle permet également de rappeler le but de la nouvelle législation, qui est de renforcer la protection de la désignation « Suisse » et de la croix suisse face aux nombreux abus commis dans ce domaine.

Cet article s'inspire de l'art. 8 de l'ordonnance du 15 février 2006 sur les instruments de mesure²⁰.

Al. 1 : Les critères de provenance sont volontairement formulés de manière générale. Ils sont ainsi applicables à tous les produits et services. Le principe d'interdiction des abus concerne plus particulièrement les dispositions régissant le calcul du poids des matières premières ou du coût de revient, mais aussi celles définissant les exceptions. Evidemment, d'autres dispositions comme celles visant à éviter toute tromperie en lien avec une raison de commerce, à définir le territoire déterminant pour la provenance suisse dans les régions frontalières ou encore à défi-

¹⁹ Code civil suisse (CC, RS 210).

²⁰ RS 941.210

nir un réel site administratif d'un prestataire de service peuvent aussi faire l'objet d'une application abusive.

Al. 2 :

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

Let. b : L'interprétation de la notion de « matières premières » dans le sens de « matières » recèle elle aussi un potentiel d'abus (cf. art. 52b, let. c, OPM applicable uniquement aux produits industriels). Axée sur la pratique, elle ne doit pas favoriser un contournement des exigences liées à l'apposition de la croix suisse ou d'une désignation suisse. Dans le but de prévenir les éventuels abus, le rapport entre les matières qui ne proviennent pas de Suisse et la prestation propre fournie en Suisse intervenant dans la production doit se situer à un niveau raisonnable, mesuré à l'aune de chaque branche. En d'autres mots, la prestation propre fournie par le producteur final doit être suffisante par rapport à l'ensemble du produit et proportionnellement aux matières « étrangères ». Cette prestation propre peut, par exemple, comprendre des matières qui satisfont aux critères déterminant la provenance suisse et/ou les coûts de transformation correspondants qui ont été générés en Suisse (coûts de processus). Par exemple, la simple soudure de fiches et de câbles achetés à l'étranger ne suffira a priori pas à produire des « câbles suisses ». En revanche, si les câbles sont achetés auprès d'un producteur suisse qui, de son côté, les a fabriqués dans le respect des critères d'utilisation de la désignation « Suisse » et que ceux-ci sont ensuite transformés en Suisse, la prestation propre fournie en Suisse est significativement plus élevée. Un autre abus lié à l'interprétation extensive de la notion de matières (premières) serait de ne pas utiliser un produit semi-fini disponible en Suisse sans raison valable (par ex. couleur « erronée » des vis utilisées), alors que ce composant est pertinent pour le fonctionnement du produit.

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

Art. 52e *Coût de revient déterminant*

Pour déterminer la provenance d'un produit industriel, deux critères sont déterminants (art. 48c LPM) : au moins 60 % du *coût de revient* doivent être générés en Suisse et une étape significative de la fabrication du produit doit avoir été effectuée en Suisse. La notion de « coût de revient » (*Herstellungskosten*) est empruntée à la comptabilité financière, autrement dit une comptabilité établie pour des buts externes à l'entreprise. Dans la comptabilité de gestion qui, elle, est établie pour des buts internes à l'entreprise, le terme usuel est celui de « coûts de production » (*Herstellkosten*). La principale différence entre les deux types de comptabilités réside dans le fait que la première ne tient compte que de ce qu'on appelle les coûts payés, à savoir les flux de paiement qui ont effectivement eu lieu, alors que la seconde prend aussi en considération les coûts calculés ou les coûts d'opportunité. Ces derniers ne se rapportent pas à des flux de paiement concrets, mais s'appliquent par exemple à démontrer ce qui aurait pu être atteint avec les moyens correspondants s'ils avaient été utilisés différemment²¹.

²¹ Par ex. le rendement sur le capital investi dans une nouvelle halle de production doit au moins équivaloir au taux d'intérêt du marché. Au cas contraire, il aurait mieux valu renoncer à la construction de la halle et placer l'argent sur le marché des capitaux.

S'agissant des coûts pour déterminer la provenance d'un produit, seuls les paiements réellement effectués sont pertinents. C'est pourquoi les calculs relatifs à la présente législation se basent sur la notion de coût de revient, empruntée à la comptabilité financière, et sur ses sous-catégories²². Autrement dit, seuls les coûts réellement générés dans le processus de fabrication peuvent et doivent être pris en considération dans le calcul déterminant la provenance suisse. Le montant d'amortissement d'une machine correspond par exemple à la valeur réelle d'acquisition et non pas à la valeur supposée (calculée) de remplacement. Pour obtenir les données nécessaires, il suffit de consulter la comptabilité de l'entreprise. Il est toutefois fondamental d'appliquer toujours les mêmes normes comptables pour établir les données utilisées dans l'ensemble du calcul visant à déterminer la provenance suisse.

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

Le coût de revient est composé de trois types de coûts : les coûts de recherche et de développement, le coût des matières et les coûts de fabrication [y compris les coûts liés à l'assurance de la qualité et à la certification], qui se subdivisent eux-mêmes en sous-catégories (al. 1). Les commentaires ci-après s'attachent à décrire dans le détail les différentes notions, présentées sous forme de tableau.

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

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

²² Voir à ce sujet Rautenstrauch, Thomas (2013) : cf. note de bas de page 3.

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

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

Comme il est d'usage dans les normes comptables (internationales), il faut considérer séparément la recherche et le développement (R&D). En règle générale, la recherche ne porte pas sur un produit ou un procédé spécifique, mais sert des fins plus abstraites de recherche de connaissances scientifiques et/ou techniques²³. La recherche fournit des résultats qui ne présentent généralement pas de possibilités de mise en œuvre commerciale directe. Au contraire, le développement est lui toujours axé sur un produit ou sur un procédé. Sont considérés comme des coûts de développement le total des coûts générés depuis l'idée jusqu'à la maturité du produit, notamment aussi les coûts de design.

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

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

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

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

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

On recourt à la *clé appliquée habituellement par l'entreprise* lorsque le produit qui doit arborer l'indication de provenance « Suisse » ne se distingue pas de façon essentielle des autres produits s'agissant de l'intensité de la recherche et doit donc être traité exactement comme les autres produits en termes d'imputation des coûts de recherche²⁴. 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*²⁵. S'il existe des *usages de branche* en la matière, il est également possible de les utiliser comme clé de répartition.

²³ Dans la recherche pharmaceutique, par ex., une seule substance parmi une multitude d'autres parviendra sur le marché sous forme de médicament. La recherche de substances fait typiquement partie de la recherche. Si dans le cadre des premiers tests l'une ou l'autre des substances produit un effet escompté, le développement s'attachera à créer, à partir de cette substance et par le biais de processus appropriés, un médicament utilisable pour les humains qui pourra, au final, être mis sur le marché.

²⁴ Exemple : coûts de recherche un million de francs suisses, quatre produits, 250 000 de francs sont affectés à chaque produit.

²⁵ Exemple : coûts de recherche un million de francs suisses, quatre produits, mais le produit « Swissness » est une variante d'un produit existant qui profite déjà, selon le plan d'exploitation, d'une recherche amortie. 100 000 francs suisses seront imputés au produit « Swissness », et 300 000 francs suisses seront imputés à chacun des trois autres produits.

Al. 3 : En règle générale, les coûts de recherche et de développement ne sont plus pris en considération au terme de la période d'amortissement. Il n'est alors pas impossible qu'un produit, après que les coûts R&D initiaux ont été entièrement amortis, n'atteigne plus le taux minimum de 60 % du coût de revient nécessaire pour prétendre à la provenance suisse. Il serait gênant qu'il perde son statut de produit « suisse » pour cette raison. Pour éviter de telles situations, il est permis de continuer à tenir compte des coûts d'amortissement annuels moyens (Total coûts R&D ① divisés par le nombre d'années d'amortissement). Cette disposition n'est applicable qu'aux coûts de recherche et de développement afin d'éviter des cas de rigueur (cf. message²⁶). Il s'agit d'une dérogation dont l'application ne doit pas être abusive (art. 52d OPM).

Art. 52h *Coût des matières*

Al. 1 : Distinction est faite entre le coût direct des matières et le coût indirect des matières.

Al. 2 : Le coût direct des matières se compose du coût des matières premières, des matières auxiliaires et des produits semi-finis qui sont directement imputables aux produits.

Al. 3 : Le coût indirect des matières autre que celui visé à l'al. 2 englobe par exemple les coûts relatifs au stockage temporaire des produits en production ou à leur transport, dans la mesure où ces activités ont lieu en Suisse et qu'elles sont nécessaires pour la production.

Art. 52i *Prise en considération du coût des matières*

Le coût des matières est imputé au produit soit par le biais d'une clé appropriée (coût indirect des matières), soit directement (coût direct des matières). Il faut en tous les cas faire la différence entre les coûts générés par des matières suisses et ceux générés par des matières étrangères. Par matières suisses, on entend par exemple les matières premières obtenues en Suisse, comme le bois ou la pierre. Les matières auxiliaires ou les produits semi-finis qui remplissent les critères de la législation Swissness sont également considérés comme des matières suisses (art. 52b, let. c, OPM) : imaginons, par exemple, l'intégration d'une courroie de transmission fabriquée en Suisse sur un vélo ou l'utilisation de vis spéciales fabriquées en Suisse.

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

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

Let. a : Les produits semi-finis, indépendamment du fait qu'ils remplissent ou non les critères d'utilisation de la désignation « Suisse », sont imputés au coût de revient du produit fini dans la proportion exacte du coût de revient suisse qu'ils contiennent²⁷. Si un produit semi-fini présente par exemple 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.

²⁶ FF 2009 7711, en partic. p. 7769 s.

²⁷ Voir à cet effet notamment Day Stefan & Ludvigsen Kai (2010), *Swissmade – oder doch nicht?*, in: sic! 482, 6/2010.

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

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

Al. 2 : Le coût indirect des matières est réparti sur le coût de revient de chaque produit (voir le commentaire de l'art. 52g, al. 2, OPM).

Art. 52j *Prise en considération du coût des matières auxiliaires*

Les matières auxiliaires (petites pièces comme des clous et vis, adhésifs, agents de nettoyage, etc.) ne revêtent qu'une importance mineure pour les propriétés caractéristiques d'un produit et pour son coût de revient global; elles sont normalement réparties sur chaque produit par le biais d'une clé. Pour des raisons de simplification, les matières auxiliaires peuvent être soit entièrement exclues, soit entièrement prises en considération dans le calcul déterminant la provenance suisse (cf. art. 52d OPM). Il n'est par contre pas admis d'intégrer uniquement les matières auxiliaires qui satisfont aux critères d'utilisation de la désignation « Suisse » et d'exclure toutes les autres. De plus, les matières auxiliaires peuvent être exclues uniquement si elles occupent une importance totalement secondaire par rapport à l'ensemble du produit (**let. a**) et qu'elles sont également négligeables par rapport au coût de revient de l'ensemble du produit (**let. b**). Les matières auxiliaires ont certes, par définition, une importance mineure, mais cette double exigence – à l'instar du domaine des denrées alimentaires (art. 4, al. 3, de l'ordonnance sur l'utilisation des indications de provenance suisses pour les denrées alimentaires) – est nécessaire pour souligner le caractère d'exception de cet article. Elle n'est en aucun cas pensée pour permettre le contournement de l'exigence des 60 % du coût de revient, mais vise à une simplification pragmatique du calcul des coûts.

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

Cette disposition met en place un système simplifié par rapport à l'art. 48c, al. 3, let. b, LPM qui permet de tenir compte des matériaux disponibles en quantité insuffisante pour le calcul des 60 % du coût de revient. Cette possibilité supplémentaire reflète la volonté du législateur d'utiliser sa marge de manœuvre pour une mise en œuvre de la loi révisée simple et adaptée aux besoins des utilisateurs.

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

Pour que le système soit transparent, cette information de l'association de branche doit être naturellement mise à la disposition de tous, par exemple par le biais d'une publication sur son site Internet. Il est également envisageable qu'une plate-forme Internet soit créée sur une initiative privée pour une ou plusieurs branches. Elle permettrait aux demandeurs de publier leurs besoins en matières « suisses » et aux offrants de placer à leur tour les matières dont ils disposent. Afin qu'une telle plate-forme publique soit assimilée à une publication d'une branche, la disponibilité d'une matière doit être clairement présentée à une date déterminée, mais pouvoir être consultée aussi rétroactivement (par un tribunal par ex.).

La prise en considération d'une matière partiellement insuffisante en Suisse se fait au prorata de son indisponibilité. Si le calcul du coût pour une matière se fait selon le taux d'indisponibilité clairement publié par une branche, il peut être présumé qu'une matière déterminée a été exclue à raison par un producteur.

Cette présomption ne délie pas le producteur de sa responsabilité dans l'utilisation d'une indication de provenance, par exemple si les informations au sein d'une branche sont manifestement inexacts ou contradictoires. Il est donc dans l'intérêt des branches concernées de fournir des données fiables et de les actualiser régulièrement.

Art. 52l *Coûts de fabrication*

Al. 1 : Les coûts de fabrication comprennent les coûts directs de fabrication et les coûts indirects de fabrication.

Al. 2 : Dans les coûts de fabrication sont notamment inclus les salaires et les coûts de fabrication liés aux salaires (par ex. les charges salariales indirectes), les coûts de fabrication liés aux machines et les coûts liés à l'assurance de la qualité et à la certification prescrites par la loi ou réglementées de façon homogène à l'échelle d'une branche. Ici aussi, il convient de distinguer les coûts générés en Suisse de ceux générés à l'étranger. Par exemple, il faut tenir compte des

frais de licence payables à l'étranger dans la part étrangère des coûts de fabrication, et inversement. Les coûts de fabrication sont, selon qu'ils sont variables ou fixes, imputables au produit directement ou par le biais d'une clé de répartition. Il est en outre possible de prendre en considération les coûts liés à l'assurance de la qualité et à la certification, dans la mesure où ces deux étapes ont lieu dans le cadre de procédures prescrites par la loi ou réglementées à l'échelle d'une branche.

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

Art. 52m *Prise en considération des coûts de fabrication*

Voir le commentaire de l'art. 52g OPM.

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

Pour éviter que la quote-part suisse du coût de revient d'un produit ne tombe en dessous de la barre des 60 % uniquement en raison d'un taux de change à la baisse, les entreprises ont le choix entre deux possibilités : le taux de change effectivement appliqué (par ex. le taux appliqué au jour du paiement du coût de revient ou au jour de la confirmation de commande) ou le cours moyen qu'elles appliquent dans leurs affaires.

Les entreprises sont libres de choisir l'une de ces méthodes de calcul. Il importe toutefois, ici aussi, qu'elles n'utilisent pas une forme mixte entre le taux de change ponctuel et le taux de change moyen (voir art. 52d OPM).

Section 3 Indications de provenance pour les services

Art. 52o

Aux termes de la révision législative, un service est considéré comme suisse, si le siège de l'entreprise et un réel site administratif se trouvent en Suisse. On retrouve le rattachement de certaines conséquences légales au siège et au « réel site administratif » déjà dans le code civil²⁸ (art. 56 CC), dans le droit fiscal (art. 50 ss LIFD²⁹ et art. 20 ss LHID³⁰) ou dans le droit international privé (art. 21, al. 2, LDIP³¹).

Si la disposition portant sur le siège ne soulève aucun problème particulier, la notion de « réel site administratif » doit être concrétisée. Par rapport au lien étroit avec le « réel centre administratif » prévu dans le message et le projet du Conseil fédéral, il est plus correct de parler de « réel *site* administratif » puisque cette notion est déjà ancrée dans le paysage réglementaire suisse. Le 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 »³². Le Tribunal fédéral a également développé, notamment en ce qui concerne les dispositions du droit fiscal, une jurisprudence riche pour interpréter cette notion dont il faut tenir compte aussi pour le droit des indications de provenance pour des raisons de cohé-

²⁸ Cf. note de bas de page 18.

²⁹ Loi du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD, RS **642.11**)

³⁰ Loi du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID, RS **642.14**).

³¹ Loi du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP, RS **291**).

³² Cf. message sur l'harmonisation fiscale, 83.043 (FF 1983 III 114).

rence de l'ordre juridique. Le rattachement dérivé par le Tribunal fédéral au lieu « où sont conduites les affaires sociales et où sont prises les décisions importantes concernant l'entreprise »³³ a dès lors été repris et adapté.

Aussi, dans le droit des indications de provenance, les personnes morales et les personnes physiques (par ex. entrepreneur individuel) doivent être traitées sur un pied d'égalité. Il n'est dès lors pas possible, comme c'est le cas dans le droit fiscal, de se fonder sur l'*objet social* en tant que critère de rattachement pour déterminer la provenance. Le réel « site » administratif d'une personne physique correspond au centre de ses activités professionnelles³⁴, mais là aussi il importe de laisser une certaine marge de flexibilité (**let. a**).

Contrairement à d'autres sources légales, il y a lieu de souligner qu'on ne parle pas ici d'un réel site administratif unique, mais d'un réel site administratif. C'est ce qui découle déjà de l'art. 49 LPM et permet une certaine flexibilité³⁵. Ainsi une entreprise agissant au niveau mondial pourra indiquer *plusieurs* sites réels administratifs. Les cas d'abus sont toutefois réservés. La restriction (**let. b**) aux « décisions déterminantes concernant la fourniture des services » a pour but d'empêcher que des secteurs de l'entreprise sans lien aucun avec la provenance des services relevant du but social soient pris en considération pour définir la provenance. Par conséquent, si une entreprise internationale de services informatiques implante, 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.

Les exigences requises pour remplir la condition du rattachement au « réel site administratif » doivent être plutôt strictes. En cas de litige, il appartiendra au juge de déterminer s'il existe une activité administrative réelle suffisante³⁶. Si les critères de l'art. 52o OPM sont remplis, il est présumé que ce lieu est un réel site administratif. Cette présomption est réfragable.

Cette nouvelle disposition appelle une adaptation de la pratique de l'examen des marques : la liste des produits ou des services sera limitée aux services du lieu de provenance correspondant lors de l'enregistrement de la marque. Une limitation de ce type existe aujourd'hui déjà pour les indications de provenance des produits et s'inscrit dans la jurisprudence constante du Tribunal fédéral³⁷. Les directives de l'IPI en matière de marques seront adaptées en conséquence. L'utilisation, par le titulaire des droits, mais aussi par le preneur de licence, d'une marque de service contenant l'élément « Suisse » est soumise au respect des critères du droit des indications de provenance « Swissness ». Si cette limitation n'est pas respectée dans l'usage de la marque, celui-ci est non seulement trompeur par rapport aux services ainsi proposés, mais il ne permet pas non plus de maintenir le droit à la marque, ce qui peut entraîner la radiation de la marque pour défaut d'usage. La limitation de la liste des produits ou des services accroît la responsabilité des titulaires de la marque d'utiliser celle-ci de façon juridiquement conforme.

³³ Cf. ATF 50 I 100 consid. 2; ATF 54 I 301 consid. 2; décision TF 2A.321/2003 du 4 décembre 2003 consid. 3; décision TF 2C_259/2009 du 22 décembre 2009 consid. 2.1.

³⁴ Cf. message concernant une loi fédérale sur le droit international privé, 82.072 (FF 1983 I 255) sur la notion d'établissement des personnes physiques.

³⁵ FF 2009 7711, en partic. p. 7773.

³⁶ FF 2009 7711, en partic. p. 7773.

³⁷ Directives de l'IPI en matière de marques, édition du 1.7.2014, p. 130, notamment note de bas de page 334 avec renvois aux arrêts déterminants rendus par le Tribunal fédéral.

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

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

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

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

Si la société mère est une simple société holding sans activité commerciale, au moins une filiale domiciliée dans le même pays que la société mère doit fournir des services de même nature que la filiale étrangère (régime de groupe).

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

La notion d'« éventuelles exigences supplémentaires » devant « également être remplies » pour qu'une indication de provenance puisse être utilisée doit être comprise comme une clause générale. Elle permet d'englober une multitude d'éventuelles exigences supplémentaires pouvant différer de pays à pays ou de branche à branche. En présence d'une indication de provenance qualifiée, des conditions supplémentaires doivent être remplies (cf. explications liées à l'art. 52c OPM). Ainsi, par exemple, le contrôle de l'Etat tel qu'il est défini à l'art. 1, al. 4, LB³⁸ pourrait figurer dans une ordonnance de branche (art. 50, al. 2, LPM) comme exigence supplémentaire au sens de l'art. 49, al. 2 et 3, LPM pour le secteur des banques. Les branches ont ainsi à leur disposition un instrument qui leur permet de concrétiser dans une ordonnance de branche les exigences supplémentaires qu'elles estiment judicieuses.

Chapitre 8 Intervention de l'Administration des douanes

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

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

Art. 56, al. 3 *Rétention*

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

³⁸ Loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB, RS **952.0**).

Chapitre 9 Dispositions finales

Section 2 Dispositions transitoires

Art. 60a *Disposition transitoire relative à la modification du ...*

La LPM ne contient pas de délai transitoire. Sous l'angle de la légalité, il n'est pas possible de prévoir un délai transitoire dans l'ordonnance pour continuer à produire selon l'ancien droit après l'entrée en vigueur de la loi révisée. Pour donner suite aux doléances de plusieurs acteurs économiques dans le cadre de l'élaboration de l'ordonnance, la réglementation « Swissness » entrera en vigueur à une date unique, au 1^{er} janvier 2017. La décision de mise en vigueur du Conseil fédéral devrait intervenir en 2015, si bien que les entreprises ont près de quatre ans, après l'adoption du projet « Swissness » par le Parlement en 2013, pour s'adapter aux nouvelles dispositions, et une année pour se conformer aux dispositions des ordonnances d'application.

De plus, les produits industriels qui remplissent les conditions de provenance actuelles et qui auront été fabriqués avant l'entrée en vigueur de la nouvelle législation pourront être mis en circulation pendant une période maximale de deux ans après l'entrée en vigueur (délai d'utilisation des stocks disponibles). Les denrées alimentaires, quant à elles, pourront être mises en circulation jusqu'à leur date limite de conservation, mais pendant une période maximale de deux après l'entrée en vigueur de la nouvelle législation (cf. art. 11 de l'ordonnance sur l'utilisation des indications de provenance suisses pour les denrées alimentaires). Tombent sous la notion de « produits » dans la disposition transitoire aussi bien les produits finis que leurs composants. Tout ce qui peut être produit légalement comme un produit suisse jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle législation doit aussi pouvoir être mis pour la première fois en circulation légalement en tant que produit suisse pendant le délai prévu pour épuiser les stocks.

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 »

Au final, la nouvelle réglementation « Swissness » ne déploiera tous ses effets qu'à partir du 1^{er} janvier 2019, soit cinq ans et demi après l'adoption du projet par le Parlement (21 juin 2013).