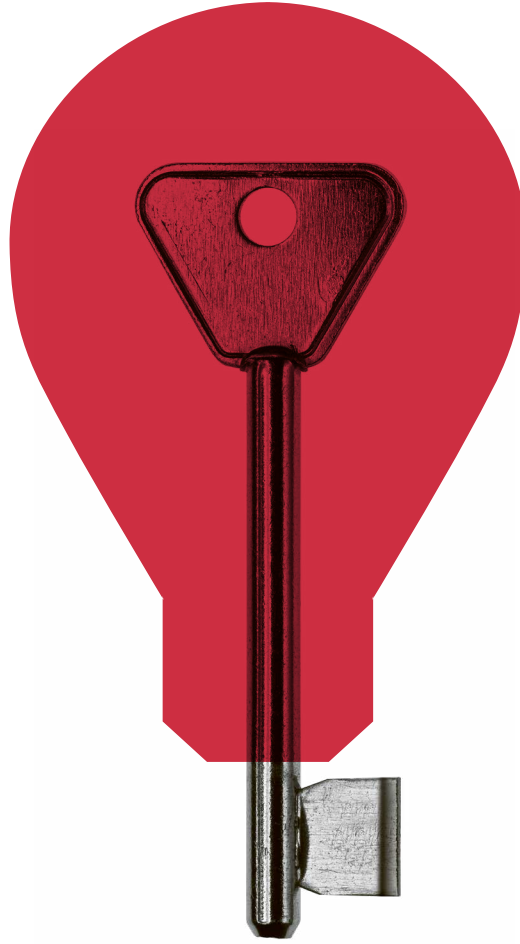


# N

Monthly  
Newsletter  
August 2023

Intellectual Property

Schellenberg  
Wittmer



# Procédures impliquant des Green Claims en Suisse

Philipp Groz, Alisa Zehner

## Key Take-aways

- 1.** En Suisse comme à l'étranger, les critiques à l'encontre de la publicité déloyale basée sur des allégations environnementales génériques (**Green Claims**) s'amplifient et les procédures à l'encontre des entreprises se multiplient.
- 2.** La question de savoir quand les Green Claims doivent être considérées comme fausses ou fallacieuses et donc déloyales n'est pas tout à fait claire.
- 3.** Il existe divers moyens procéduraux, en partie gratuits, pour faire valoir des Green Claims prétendument déloyales.

## 1 Actualité

"*Make taste not waste*" ou "*the greenest way to an excellent cup of coffee*", – en 2012, le Tribunal de commerce de Zurich (**HGer ZH**) était déjà amené à juger si cette publicité était admissible au regard de la loi fédérale sur la concurrence déloyale (**LCD**). Cette juridiction avait constaté que cela était bien le cas en l'espèce (cf. **2.1**).

Depuis, la publicité intersectorielle basée sur des allégations environnementales génériques, telles que "*neutre en CO2*", "*recyclable*", "*respectueux du climat*", attire de plus en plus l'attention. Le terme de "**greenwashing**", entendu ici comme la **publicité basée sur des allégations environnementales non conformes à la réalité des faits**, est sur toutes les lèvres.

Le 6 juillet 2023, la Fondation suisse pour la Protection des Consommateurs (Stiftung für Konsumentenschutz – **FPC**) a déposé contre des entreprises (pour certaines connues) un total de onze plaintes auprès de la Commission Suisse pour la Loyauté (**CSL**) ainsi que du Secrétariat d'Etat à l'économie (**SECO**) à l'encontre de Green Claims prétendument déloyales concernant la neutralité climatique. La CSL connaît de plus en plus de procédures dites de "*Green-Marketing*" (cf. **2.2**).

A notre connaissance, il n'existe pas de décisions suisses récentes concernant la légalité des Green Claims au regard de la LCD. Les propositions législatives n'ont pas été poursuivies ( 22.4162 interpellation Agir contre les allégations environnementales trompeuses; 21.457 initiative parlementaire Stop à l'écoblanchiment publicitaire; 18.4031 postulat Information des consommateurs) ou en sont encore à leurs débuts, c'est-à-dire au niveau du postulat (23.3598 postulat Améliorer l'efficacité de la loi fédérale sur la concurrence déloyale).

Au niveau européen en revanche, des jugements concernant des Green Claims ont déjà été rendus et des procédures à ce sujet sont en cours. L'Union européenne (**UE**) estime qu'une réglementation est nécessaire : [la proposition de mars 2022 de modification de la directive sur les pratiques commerciales déloyales](#) ainsi que la proposition de mars 2023 pour une directive sur la justification des allégations environnementales explicites et la communication y afférente (**Directive Green Claims**) sont en consultation. Ces deux propositions conduiraient à un renforcement significatif de la législation relative aux Green Claims.

Cette Newsletter traite des **Green Claims intersectorielles et des questions de mise en œuvre du droit selon la LCD suisse**.

## 2 Jurisprudence suisse choisie

**2.1 Décision HGer ZH du 1<sup>er</sup> juin 2012, HG090139 "Make taste not waste."** Selon la décision du HGer ZH, cette phrase doit être interprétée de telle manière qu'elle rappelle au consommateur moyen que l'appareil promu ne laisse pas de capsule après la préparation du café. Le consommateur est toutefois conscient que cette affirmation ne saurait être absolue. Par exemple, même pour le produit faisant l'objet de cette publicité, le café doit être acheté dans un sachet et le marc de café doit être éliminé. Selon le HGer ZH, il s'agit là

de faits évidents qu'il ne serait pas nécessaire de mentionner explicitement.

"*In fact, it's official: ... magazine and ... say the W.\_\_\_\_\_ is the greenest way to an excellent cup of coffee.*" Dans le cas de la publicité concrète, cela s'appuierait sur des articles de revues non scientifiques et devrait être compris, au regard de ceux-ci, comme un "*éloge publicitaire*".

Les deux allégations ne présenteraient pas de risque de tromperie au sens de la LCD.

---

## Risques (de procès) à cause de Green Claims.

---

### 2.2 Décision CSL du 6 juin 2023 dans l'affaire Alliance Climatique Suisse et al. / FIFA (N°188/22)

La CSL constate de manière générale que des allégations environnementales génériques (telles que "*vert*", "*respectueux de l'environnement*" ou "*neutre en CO2*") ne peuvent être utilisées que s'il est prouvé qu'elles sont effectivement applicables, sans autre explication, à toutes les circonstances raisonnablement prévisibles. Les communications de la FIFA pour la Coupe du Monde 2022 comme "*neutre pour le climat*" ne remplissent pas ces exigences. Le destinataire moyen comprendrait la "*neutralité climatique*" ou la "*neutralité carbone*" comme signifiant que les émissions de CO2 auraient été les mêmes avec ou sans la Coupe du monde 2022, c'est-à-dire que toutes les émissions de CO2 générées par le tournoi, déterminées selon des méthodes de mesure définitives et généralement acceptées, soient entièrement compensées. Or, cela ne ressort pas des pièces justificatives fournies. Les allégations sont donc fallacieuses et déloyales.

## 3 Classification et problématiques choisies

La qualification juridique des Green Claims au regard du droit de la concurrence se fait au cas par cas, en tenant compte de toutes les circonstances et du point de vue du destinataire moyen. Dans la pratique, cela crée une certaine imprévisibilité et un risque de procès.

### 3.1 Seules les "*indications*" peuvent être inexacts ou fallacieuses

Selon l'art. 3 al. 1 let. b LCD, agit de manière déloyale celui qui donne des **indications inexacts ou fallacieuses** sur lui-même, ses marchandises ou ses prestations. Cette norme est en particulier applicable aux Green Claims. Les "*indications*" sont des affirmations qui contiennent, au moins en substance, un fait susceptible d'être prouvé. Ne sont pas concernés les jugements de valeur (y compris dans le cadre de jugements factuels) ou les

allégations publicitaires tapageuses qui sont reconnues comme telles par le public et ne sont pas prises au sérieux.

### 3.2 L'ambiguïté du contenu des Green Claims

Un problème lié aux Green Claims est qu'il s'avère souvent difficile de déterminer ce que le public entend par une allégation de fait en raison de **l'absence de définitions universelles**. On peut aussi se demander quel contenu factuel peut être déduit d'allégations vagues telles que "respectueux du climat" ou "respectueux de l'environnement".

À supposer qu'il existe des définitions universelles, leur signification soulèverait de nouvelles questions quant à l'objet publicitaire. En considérant la notion de "neutralité climatique", la compréhension générale devrait être que les émissions résiduelles sont compensées par l'élimination d'émissions de dioxyde de carbone (cf. [Rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat sur le réchauffement planétaire de 1,5°C, 2018, p. 545](#)). Il n'est toutefois pas clair si cela se réfère uniquement à la fabrication d'un produit ou à l'ensemble de son cycle de vie. On peut également se demander s'il est acceptable de promouvoir un produit avec des Green Claims, lorsque celui-ci possède les caractéristiques correspondantes, mais que le fabricant ne présente pas un bon bilan carbone. En outre, les entreprises devraient préciser si une Green Claim ne concerne qu'une partie d'un produit (p. ex. l'emballage) ou sa totalité.

À l'avenir, l'UE veut interdire l'utilisation d'allégations environnementales génériques qui ne correspondent pas à une performance environnementale excellente reconnue, pertinente pour l'allégation (cf. [la proposition de mars 2022 de modification de la directive sur les pratiques commerciales déloyales](#)). Cette proposition de Directive Green Claims établit également des exigences spécifiques en matière de justification, de communication et de vérification de ces Green Claims. Bien qu'une telle réglementation stricte ne se profile actuellement pas sur le marché suisse, les développements récents montrent que l'utilisation de Green Claims crée de plus en plus de risques (de procès), pour les entreprises en Suisse également.

### 3.3 Preuve de l'exactitude d'une "indication"

Le seuil requis pour prouver la véracité d'une Green Claim et la partie à laquelle incombe le fardeau de la preuve dépendent du cas particulier. Dans la décision de la FIFA, la CSL pose des exigences élevées à cette preuve, qui devait être apportée par l'intimée. Ce dernier point est la Règle dans les procédures devant la CSL (règle n° A.5 ; art. 13 al. 3 du Règlement de la CSL).

Le droit suisse ne donne pas d'indication sur la manière dont les Green Claims doivent être prouvées par les annonceurs. Si l'exactitude d'une affirmation de fait dans la publicité est remise en question dans le cadre d'un procès civil, le fardeau de la preuve de l'exactitude peut être mis à la charge de l'annonceur. Un tel **renversement du fardeau de la preuve** selon l'art. 13a LCD entre notamment en considération lorsqu'il ressort des circonstances que l'annonceur dispose des déclarations nécessaires à la vérification de son affirmation publicitaire, alors que la plaignante ne pourrait pas se procurer ces informations ou seulement au prix d'efforts disproportionnés.

Cela devrait fréquemment s'appliquer aux Green Claims puisqu'il s'agit p. ex. d'informations internes à l'entreprise relatives à la fabrication ou à la chaîne d'approvisionnement

des produits. Les entreprises supportent dès lors des risques supplémentaires en matière de preuve au cours du procès.

### 3.4 Divers moyens procéduraux d'exécution selon la LCD

Il ressort de ce qui précède que divers **moyens procéduraux, et par conséquent diverses normes**, s'appliquent en fonction de l'institution qui statue sur l'admissibilité d'une Green Claim.

#### 3.4.1 CSL

Jusqu'à présent, la plupart des réclamations de Green Claims ont été jugées par la CSL. Cette procédure est en principe gratuite pour les consommateurs et n'implique que de faibles coûts pour les concurrents. Toutefois, les conséquences juridiques d'une telle décision sont très limitées. En cas de non-respect d'une décision exécutoire, celle-ci peut néanmoins être publiée avec mention complète du nom de la partie qui n'a pas donné suite à cette décision, ce qui implique **un risque de dommage réputationnel** pour l'entreprise réprimandée et incite d'autres tiers à porter plainte. Les trois plaintes déposées en juillet 2023 auprès de la FPC concernent les termes "neutre pour le climat" et "positif pour le climat" et pourraient ouvrir la voie à d'autres plaintes similaires.

#### 3.4.2 SECO

Le SECO lui-même n'est pas habilité à enquêter et ne peut donc pas mener de procédure. Toutefois, lorsque **la protection de l'intérêt public** l'exige, le SECO peut – avant une procédure judiciaire potentielle – informer le public des pratiques déloyales d'une entreprise en la citant nommément. Cela implique également un risque de dommage réputationnel. Le SECO peut en outre déposer des plaintes civiles ou pénales contre des annonceurs dans l'intérêt public, mais ne le fait en pratique que si un grand nombre de plaintes lui sont parvenues. Il demeure incertain si le SECO prendra des mesures suite aux plaintes déposées en juillet 2023. Le SECO est cependant intervenu récemment dans un autre cas : après que des exploitants de remontées mécaniques aient fait de la publicité pour des sports d'hiver "climatiquement neutres", le SECO leur a adressé un avertissement et a estimé qu'une telle publicité était fallacieuse dès lors que toutes les émissions de CO<sub>2</sub> liées à l'activité n'étaient pas prises en compte (p. ex. via le trafic touristique).

#### 3.4.3 Tribunaux civils

Les consommateurs, les concurrents, les organisations de protection des consommateurs, les associations professionnelles et économiques ainsi que le SECO peuvent intenter une action civile en cas de violation présumée de la LCD et demander, p.ex., à ce que l'utilisation (ultérieure) d'une Green Claim soit interdite (art. 9 et 10 LCD). En revanche, **seuls les consommateurs et les concurrents peuvent faire valoir des prétentions financières**. En raison des coûts et des risques y afférant, les actions en justice des consommateurs devraient rester rares. Il reste cependant envisageable, compte tenu de l'absence (actuelle) de règles en matière de recours collectif en Suisse, de faire valoir des droits individuels de manière groupée en les cédants à une société conçue pour ce but.

#### 3.4.4 Autorités de poursuite pénale

Toutes les personnes susmentionnées peuvent déposer une **plainte pénale**. La publicité intentionnelle basée sur

des Green Claims déloyales est punie, sur plainte, d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 23 LCD). En raison de l'ambiguïté des allégations de certaines Green Claims, telle que mentionnée ci-dessus, l'application de cette norme pénale pourrait toutefois s'avérer difficile et demeurer exceptionnelle dans le domaine des infractions à l'art. 3 al. 1 let. b LCD.

### 3.4.5 Autorités administratives

En fonction de l'objet publicitaire, **d'autres règles administratives spécifiques au secteur** – sur la base desquelles les Green Claims peuvent être interdites – **trouvent application**. Ces normes prévoient parfois d'autres objectifs que la prévention de la tromperie (p. ex. la sécurité des médicaments), dont il convient de tenir compte.

## 4 Conclusion

L'évolution dans les autres pays européens montre de plus en plus que la publicité via des Green Claims n'est considérée comme admissible qu'à des conditions restrictives. Les récentes plaintes suisses contre la publicité avec des Green Claims laissent présager qu'à l'avenir, des mesures plus sévères seront également prises en Suisse contre les Green Claims potentiellement fausses ou fallacieuses et que de telles procédures retiendront également l'attention des médias. Comme nous l'avons expliqué, plusieurs moyens sont envisageables pour de telles procédures. Les entreprises devraient donc s'assurer que les Green Claims soient suffisamment fondées et que les informations factuelles qu'elles contiennent puissent être prouvées selon des critères scientifiques reconnus.



**Philipp Groz**  
Associé Zurich  
philipp.groz@swlegal.ch



**Dr. Lorenza Ferrari Hofer**  
Associée Zurich  
lorenza.ferrarihofer@swlegal.ch



**Anya George**  
Associée Zurich  
anya.george@swlegal.ch



**Christoph Vonlanthen**  
Associé Genève/Zurich  
christoph.vonlanthen@swlegal.ch

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



Schellenberg Wittmer Ltd



**Schellenberg Wittmer SA**  
Avocats

**Zurich**  
Löwenstrasse 19  
Case postale 2201  
8021 Zurich / Suisse  
T +41 44 215 5252  
www.swlegal.com

**Genève**  
15bis, rue des Alpes  
Case postale 2088  
1211 Genève 1 / Suisse  
T +41 22 707 8000  
www.swlegal.com

**Singapour**  
Schellenberg Wittmer Pte Ltd  
6 Battery Road, #37-02  
Singapour 049909  
T +65 6580 2240  
www.swlegal.sg