

Ordonnance
sur l'activité de courtage transnationale visant à la
conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un
partenariat

Rapport et avant-projet

Juin 1999

Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de l'ordonnance sur l'activité de courtage transnationale visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat

I. Situation initiale

- ¹ Le 26 juin 1998, les Chambres fédérales ont adopté la révision du code civil (cf. message concernant la révision du code civil, état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial, FF 1996 I 1 ss; RS 1999 1118 ss). Le 14 décembre 1998, le Conseil fédéral a fixé la date d'entrée en vigueur de cette révision au 1^{er} janvier 2000, le référendum n'ayant pas été demandé à l'échéance du délai référendaire, le 15 octobre 1998.
- ² Le nouveau droit règle le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (activité de courtage) aux articles 406a-406h CO rév.; l'article 416 CO sur le courtage matrimonial a été supprimé. Sous réserve d'une exception importante, les dispositions révisées du CO ne nécessitent pas de règles d'exécution particulières. Complétant le projet du Conseil fédéral (cf. FF 1996 I 176, ch. 262.31), le Parlement a toutefois décidé d'introduire un article 406c CO rév. Cette disposition prévoit que l'activité à titre professionnel du mandataire est soumise à l'autorisation et à la surveillance de l'autorité désignée par le droit cantonal lorsqu'elle concerne des personnes venant de l'étranger ou s'y rendant (art. 406c, al. 1 CO rév.). Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution et règle les conditions et la durée de l'autorisation, les sanctions prises contre le mandataire en cas de contravention et l'obligation du mandataire de garantir les frais du voyage de retour des personnes concernées par le mandat. Une disposition d'exécution relative à la notion de "personnes venant de l'étranger" n'est pas nécessaire, puisque celle-ci se comprend d'elle-même (cf. art. 406b, al. 1 CO rév.). Ce n'est pas la nationalité étrangère qui est déterminante, mais l'absence de domicile ou de résidence habituelle en Suisse (cf. art. 20 LDIP). Dès lors, l'activité de courtage exercée en Suisse qui concerne des ressortissants suisses de l'étranger est également soumise aux conditions générales de l'autorisation.
- ³ L'octroi de l'autorisation et la surveillance sur l'activité de courtage sont du ressort des cantons.
- ⁴ Les cantons doivent désigner l'autorité cantonale compétente pour l'autorisation et la surveillance (cf. n. 23), ce qu'ils peuvent faire en édictant une ordonnance d'exécution (art. 52, al. 2, Tit. fin. CC). Lorsque l'ordonnance d'exécution est ultérieurement remplacée par une loi, celle-ci n'est plus soumise à l'approbation de la Confédération (art. 52, al. 4, Tit. fin. CC).
- ⁵ D'autres dispositions sur l'activité de courtage transnationale exercée à titre professionnel ne sont pas nécessaires. L'avant-projet du Conseil fédéral est conçu de façon à pouvoir être appliqué sans autres.

II. Commentaires des dispositions particulières de l'avant-projet

1. Dispositions générales (art. 1-3)

⁶ Conformément à la loi (art. 406c, al. 1, CO rév.), l'article 1 limite le champ d'application de l'ordonnance à l'activité à titre professionnel du mandataire lorsqu'elle concerne des personnes venant de l'étranger ou s'y rendant. La loi (art. 406a, al. 1, CO rév.) détermine ce qu'il faut entendre par le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (activité de courtage). La nouvelle réglementation légale et l'ordonnance ne s'appliquent pas aux liaisons de courte durée (FF 1996 I 178, ch. 262.321). Pour être qualifiée de "à titre professionnel", l'activité de courtage ne suppose pas qu'elle soit exercée à titre principal. L'activité exercée à titre accessoire ou de manière irrégulière peut également être considérée comme étant exercée à titre professionnel. Il découle de la définition même de ce type de mandat (art. 406a, al. 1, CO rév.) que le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat est rémunéré.

⁷ Les articles 2 et 3 de l'ordonnance décrivent, selon les indications de la loi (art. 406c, al. 1, CO rév.), l'activité de courtage soumise à autorisation, ainsi que la notion d'activité de courtage à titre professionnel. Tant les personnes physiques que les personnes morales sont soumises à autorisation. Le point de rattachement est avant tout le domicile ou le siège en Suisse (art. 2, al. 1). Il ne serait guère opportun de soumettre les personnes qui exercent l'activité de courtage en Suisse depuis l'étranger à l'obligation de demander une autorisation, dans la mesure où il serait difficile pour l'autorité compétente d'en contrôler le respect. En revanche, de tels courtiers sont également soumis à autorisation, du moment qu'ils ont une succursale ou un autre local affecté à l'activité en Suisse (art. 2, al. 3). Indépendamment de l'autorisation, les mandats visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat sont soumis, selon l'art. 120, al. 1, LDIP, au droit suisse, lorsque le mandant a sa résidence habituelle en Suisse. Une élection de droit est exclue (art. 120, al. 2, LDIP), de sorte que les articles 406a et ss. CO rév. s'appliquent impérativement. En particulier, un droit de résolution est prévu (art. 406e CO rév.).

⁸ L'article 2, alinéa 2, concrétise la notion d'activité de courtage au regard de l'obligation de requérir une autorisation. Cette notion est large et comprend déjà la simple transmission de listes de noms et d'adresses par le mandataire (le courtier) au mandant (client ou cliente du courtier) ou de descriptions de personnes, afin d'empêcher que l'obligation de requérir une autorisation ne soit contournée. La notion d'activité de courtage à titre professionnel est également définie de manière large à l'article 3, alinéa 1, sur le modèle d'autres ordonnances fédérales d'exécution comparables (cf. art. 269c, alinéa 2 et 3, CC en relation avec l'art. 4, al. 1, de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption, RS 211.221.36). Selon l'article 3, alinéa 2, il est clair que les auxiliaires des courtiers au bénéfice d'une autorisation n'exercent pas une activité à titre professionnel de courtage au sens de l'ordonnance. Une personne ne saurait invoquer le fait qu'elle est un simple auxiliaire et non pas un courtier, à moins qu'elle n'exerce l'activité de courtage au service d'une personne qui est au bénéfice d'une autorisation.

La transmission de données personnelles par Internet est également soumise à l'autorisation et à la surveillance, dans la mesure où les conditions générales de

l'activité de courtage sont remplies (cf. art. 406a CO rév.) et que le courtier et le client concluent le contrat y relatif (cf. n. 12). S'il n'y a pas de rapport contractuel parce que le courtier paie ses dépenses d'une autre manière (p. ex. par la publicité), les articles 406a ss CO rév. ne trouvent pas application. Les courtiers à l'étranger qui exercent leur activité en Suisse par Internet ne sont soumis à autorisation que s'ils ont une succursale ou un autre local affecté à l'activité en Suisse (cf. art. 2, al. 3).

2. Autorisation (art. 4-7)

- ⁹ Les articles 4 et 5 sur la demande d'autorisation et l'octroi de l'autorisation doivent, d'une part, générer le moins possible de travail administratif supplémentaire pour les autorités cantonales compétentes et, d'autre part, garantir que les prescriptions sont effectivement appliquées et ne restent pas lettre morte.
- ¹⁰ L'article 4, alinéa 1, prescrit que la demande doit être présentée par écrit avec les documents nécessaires. Il appartient à la personne qui demande l'autorisation de démontrer que toutes les conditions en sont remplies. L'autorité cantonale compétente n'a pas à se soucier de compléter ou d'améliorer une demande incomplète.
- ¹¹ L'article 4, alinéa 2, exige que la demande contienne des indications relativement détaillées. Cette exigence est nécessaire pour qu'il soit possible de vérifier si toutes les conditions de l'autorisation (cf. en particulier l'art. 5, let. a, sur la garantie d'une activité de courtage consciencieuse et conforme au droit) sont remplies. La demande doit tout d'abord comprendre les données d'identification, la formation professionnelle et les activités professionnelles exercées par la personne responsable du courtage (let. a). Ces indications doivent, le cas échéant, être documentées. Il est admissible que le requérant indique plusieurs personnes responsables. De plus, il doit préciser le nom du ou des pays d'où viennent les personnes présentées (let. b). Comme l'autorisation pour l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption, l'autorisation pour l'activité de courtage transnationale ne doit être délivrée que pour certains pays déterminés (art. 7, al. 2). En outre, la requête doit décrire l'offre au mandant, à savoir le nombre et la nature des prestations que le mandataire s'engage en principe à fournir (let. c; cf. également art. 406d, ch. 2, CO rév.). En particulier, il y a lieu d'indiquer si le courtier se contente de transmettre des adresses ou des descriptions de personnes ou s'il établit par exemple des profils de la personnalité et cherche un partenaire approprié pour le mandant. Si des données personnelles doivent être rendues accessibles par Internet, la demande doit montrer de quelles données il s'agit et à quelles conditions celles-ci sont accessibles de manière générale, afin que les autorités compétentes pour l'autorisation puissent être en mesure d'examiner les aspects de protection de la personnalité et de protection des données (cf. n. 12). Au regard du nombre important d'abus possible, il y a lieu de partir du principe que donner accès à des données personnelles qui ne sont pas anonymisées n'est admissible que si la personne concernée y a consenti par écrit, après avoir été dûment informée. La question de savoir si le courtier s'occupe également des formalités relatives à l'entrée de la personne présentée en Suisse (p. ex., obtention d'un visa, certificat d'assurance) fait partie des indications sur les prestations du mandataire. Celles-ci doivent être décrites de manière relativement détaillée par la personne qui demande l'autorisation,

parce que c'est le seul moyen permettant aux autorités compétentes de décider si les conditions personnelles pour l'octroi de l'autorisation sont remplies (cf. en particulier art. 5, let. a). Finalement, la personne qui demande l'autorisation doit décrire les méthodes de travail prévues pour exercer l'activité de courtage (let. d; cf. également l'art. 5, al.1, let. d, de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption). Il s'agit ici de voir comment sont trouvées les personnes présentées. Outre la description des modalités de collaboration avec les personnes de contact à l'étranger, le concept publicitaire fait également partie des méthodes de travail. Font l'objet d'une mention particulière les informations relatives aux prescriptions pertinentes du droit des étrangers (let. e), bien que celles-ci fassent partie des prestations dans un sens large. Il est important à cet égard que le courtier rende le mandant et, le cas échéant, la personne présentée attentifs à l'obligation de visa et aux éventuelles difficultés qui peuvent en résulter. Le devoir d'information correspondant du courtier découle des dispositions générales sur le mandat (art. 406a, al. 2, CO rév. en rapport avec l'art. 398 CO; cf. également art. 406g, al. 1, CO rév. sur l'obligation d'information du courtier au regard de la personne du mandant).

Finalement, la personne responsable du courtage doit décrire de quelle manière elle s'est familiarisée avec les conditions culturelles et sociales des pays d'où viennent et vers lesquels se rendent les personnes présentées (art. 4, al. 3; cf. également l'art. 6, al. 2, let. b, de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption). Une connaissance minimale de la langue du ou des pays d'où viennent les personnes qui sont présentées en Suisse fait, entre autres, partie des compétences professionnelles. Si cette exigence fait défaut, il y a lieu d'exposer dans la requête de quelle manière la communication peut être établie entre le courtier et la personne présentée.

En revanche, les tarifs (frais d'inscription, rémunération pour les prestations) ne doivent pas être présentés (cf. toutefois l'art. 406h CO rév. relatif à la réduction de la rémunération ou des frais excessifs par le juge dans un cas d'espèce).

En ce qui concerne, l'extrait du casier judiciaire et les déclarations personnelles (art. 4, al. 4), voir n. 12.

¹² L'article 5 prévoit les conditions subjectives et objectives de l'autorisation qui doivent être remplies pour que celle-ci soit accordée. La première condition subjective est que la personne demandant l'autorisation doit avoir les compétences professionnelles qui garantissent une activité de courtage conforme aux dispositions de la loi et de l'ordonnance (let. a). La protection des droits de la personnalité (art. 28 CC) des personnes présentées fait également partie d'"une activité de courtage consciencieuse et conforme au droit" (cf. n. 11).

Contrairement à d'autres actes législatifs de la Confédération relatifs à l'octroi d'autorisations, la condition que la personne qui demande l'autorisation jouisse d'une bonne réputation n'est pas exigée (cf. art. 3, al. 2, let. c, de la loi sur le service de l'emploi et la location de services, RS 823.11; art. 5, al. 1, let. b de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption). Le certificat de bonnes moeurs se réduit dans la plupart des cas à constater qu'il n'y a "rien de péjoratif" à dire sur la personne en question. L'office compétent ne procède souvent pas elle-même à des vérifications, de sorte que le certificat de bonnes moeurs est une simple formalité sans force probante, qui n'apporte guère d'indications à l'autorité compétente pour l'autorisation (Cf. ATF 104 Ia 189 ainsi

que JAAC 51, 1987, n° 46 sur le défaut de définition en droit fédéral de la "bonne réputation"). S'ajoute à cela le fait que, dans certains cantons, par ex. dans le canton de Berne, on n'établit plus de certificat de bonnes moeurs. C'est pourquoi la personne qui demande l'autorisation doit démontrer qu'elle n'a pas fait l'objet d'une condamnation pénale qui la rend inapte à exercer l'activité de courtage (al. 1, let. c). Cette condition peut être vérifiée au moyen d'un extrait du casier judiciaire (cf. art. 4, al. 3).

Le fait que la personne qui demande l'autorisation connaisse les prescriptions relatives à l'entrée et au séjour constitue une des exigences professionnelles liées à l'activité du courtage internationale (art. 5, let. d). Il est difficile de vérifier cette condition, à moins de prévoir un examen y relatif. C'est pourquoi, dans le sens d'une solution pragmatique, il est prescrit que - en plus de la description des informations qui doivent être données au mandant et à la personne présentée (art. 4, al. 2, let. e) - la demande doit contenir une déclaration écrite de la personne responsable du courtage, par laquelle elle confirme qu'elle connaît les prescriptions pertinentes du droit des étrangers, en particulier celles relatives à l'entrée et au séjour en Suisse (cf. art. 4, al. 3, let. c). Une telle déclaration doit également être faite en ce qui concerne l'incompatibilité de l'activité de courtage avec d'autres activités au sens de l'article 6 (cf. n. 15; art. 5, let. c; cf. également art. 4, al. 3, let. b). Ces déclarations ont pour but d'assurer que l'auteur ne puisse invoquer une erreur de droit pour s'opposer à une condamnation au sens de l'art. 18 (art. 20 CP).

- ¹³ L'octroi de l'autorisation à une personne morale suppose en premier lieu que la personne physique responsable de l'activité de courtage remplisse les conditions personnelles nécessaires (art. 5, let. a-d; cf. également art. 4, al. 2, de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption). Les indications données dans la demande d'autorisation fournissent ici des repères importants (cf. n. 10 s.).
- ¹⁴ Indépendamment des conditions personnelles, le fait de fournir la caution, dont le montant est fixé par l'autorité compétente, constitue une condition objective de l'autorisation prévue à l'article 5, let. e (voir également n. 18 s.).
- ¹⁵ Il est notoire qu'il existe des agences de courtage peu fiables. Les nouvelles dispositions légales, considérées de par leur nature comme une réglementation privée du droit du mandat, ne peuvent protéger les intérêts légitimes des personnes présentées, qui n'ont souvent pas de rapport contractuel avec le courtier, que de manière limitée (cf. toutefois art. 406b, al. 1 CO rév. sur le droit au remboursement des frais de voyage de rapatriement; voir n. 17). Il est d'autant plus nécessaire de prévoir des cas d'incompatibilité de l'activité de courtage avec d'autres activités qui sont de nature à limiter la liberté de décision de la personne présentée ou à la placer dans un rapport de dépendance. L'article 6 doit, dans la mesure du possible, empêcher de tels abus. Selon cette disposition, il serait par exemple inadmissible qu'une personne, en plus d'exercer l'activité de courtage, gère une boîte de nuit dans laquelle des femmes étrangères travaillent comme danseuses, procure des crédits pour le voyage en Suisse ou organise les voyages pour les personnes présentées.
- ¹⁶ L'article 7 règle la durée et l'étendue de l'autorisation. L'alinéa 1 se fonde sur l'article 7, al. 1, de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption, qui s'est avéré efficace en pratique. L'autorisation est accordée pour une

durée déterminée, mais au maximum pour cinq ans. Ce délai permet d'une part aux courtiers de planifier leur activité professionnelle pour une certaine durée. D'autre part, il garantit qu'à l'occasion d'une nouvelle demande, à l'expiration de la durée de validité de l'autorisation, un examen approfondi des conditions de l'autorisation est effectué périodiquement (cf. toutefois art. 11, let. b, selon lequel l'autorisation doit être retirée lorsque l'une des conditions n'en est plus remplie). Sur demande ou selon les circonstances, une autorisation peut également être accordée pour une durée de moins de cinq ans. Selon l'article 7, alinéa 2, l'autorisation est accordée pour l'activité de courtage de ou à des personnes venant de pays déterminés et permet d'exercer l'activité de courtage dans toute la Suisse. Cette disposition se fonde, comme les alinéa 3 et 4, sur l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption (cf. en particulier, l'art. 6, al. 3, et l'art. 7, al. 2, de l'ordonnance sur l'activité à titre d'intermédiaire en vue de l'adoption). Si le courtier souhaite étendre son activité à d'autres pays, il doit faire une demande d'autorisation complémentaire. Dans ces cas, il peut se limiter, dans sa demande, à décrire les faits qui sont pertinents pour l'extension de l'autorisation (cf. en particulier l'art. 4, al. 1, let. b, d, e, et al. 3, let. c).

3. Caution pour les frais de voyage de rapatriement de la personne présentée (art. 8-10)

¹⁷ L'article 406b, alinéa 1, CO rév. prescrit que le mandataire est tenu de rembourser à la personne présentée les frais de rapatriement si le voyage de retour est entrepris dans les six mois qui suivent l'arrivée (au sujet du droit de recours du courtier contre le mandant dans leur rapport interne voir art. 406b, al. 3, CO rév. en rapport avec art. 406d, ch. 2, CO rév.). Cette responsabilité légale est également applicable lorsqu'il n'existe pas de rapport contractuel entre le courtier et la personne présentée ou lorsque le contrat entre le courtier et son client n'est pas valable. En revanche, la personne présentée venant de l'étranger n'a pas de prétention juridique contre l'Etat. Lorsque l'autorité renvoie une personne démunie dans son Etat d'origine, les frais sont généralement supportés par la collectivité publique. Toutefois, selon le nouvel art. 406b, alinéa 2, CO rév., cette dernière est subrogée aux prétentions relatives au frais de rapatriement des personnes présentées contre le mandataire.

¹⁸ Les articles 8-10 de l'ordonnance comprennent les dispositions nécessaires d'exécution relatives à la réglementation légale décrite. L'autorité compétente pour l'autorisation détermine le montant de la caution, en tenant compte de l'étendue prévisible de l'activité et de la distance entre les pays pour lesquels une autorisation est accordée. Le montant de la caution s'élève à 5000 francs au moins (art. 8, al. 2). L'autorité compétente doit pouvoir déterminer le montant de la caution d'après les circonstances du cas d'espèce, de sorte qu'une règle stricte ne serait pas adéquate. Il va de soi que – selon le cas d'espèce – même une caution d'un montant de plusieurs dizaines de milliers de francs peut paraître appropriée (p. ex. lorsque l'activité de courtage concerne des personnes venant de pays éloignés). L'article 8, alinéa 3, prévoit que l'autorité compétente peut, au regard de la marche des affaires (cf. art. 16, al. 3) ou pour d'autres motifs importants, p. ex. lorsque la caution est réclamée (cf. art. 10, al. 2 et 3), augmenter par la suite le montant de la caution.

- ¹⁹ Les dispositions sur la forme et la libération de la caution sont formulées sur le modèle de l'article 257e CO. Comme le remboursement des frais de rapatriement ne constitue pas un cas de responsabilité contractuelle et qu'il n'est pas certain si et dans quelle mesure la personne venant de l'étranger peut encore faire valoir des prétentions après le retrait, la révocation ou l'expiration de la validité de l'autorisation, la caution ne peut pas être immédiatement libérée. Le voyage de retour de la personne présentée doit être entrepris dans les six mois qui suivent son arrivée pour que le mandataire soit tenu de rembourser les frais de rapatriement (art. 406b, al.1 CO rév.). Cela ne signifie toutefois pas qu'il faut faire valoir cette prétention dans ce délai. Dès lors, il est approprié de prévoir que la caution ne peut être libérée que deux ans après le retrait, la révocation ou l'expiration de la validité de l'autorisation (art. 10, al. 1).
- ²⁰ Il va de soi que le versement de la caution ne dispense pas la personne présentée ou la collectivité publique de faire, le cas échéant, constater sa prétention par un tribunal dans un procès civil (cf. art. 10, al. 2, let. b). Il peut par exemple y avoir litige sur la question de savoir si le retour a eu lieu dans les six mois qui ont suivi l'arrivée (cf. art. 406b, al. 1) ou si le mandataire est à l'origine de l'entrée. Dans ce dernier cas, la collectivité publique est également tenue d'en apporter la preuve dans le recours contre le mandataire (p. ex. courrier, intermédiaire d'une agence à l'étranger, billet d'avion, etc.). Lorsque la banque libère tout ou partie de la caution pour faire droit aux prétentions en remboursement des frais de rapatriement (art. 10, al. 2), elle doit en informer l'autorité compétente pour l'autorisation (art. 10, al. 3), afin que celle-ci puisse, le cas échéant, décider d'augmenter le montant de la caution (cf. art. 8, al. 3).

4. Retrait et fin de l'autorisation (art. 11/12)

- ²¹ L'article 11 mentionne les causes de retrait de l'autorisation. Il s'agit de situations dans lesquelles les conditions de l'autorisation faisaient défaut dès le départ (art. 11, let. a) ou ne sont plus remplies (art. 11, let. b). L'autorisation doit ainsi être retirée lorsque les dispositions pertinentes de la loi (art. 406a ss. CO rév.) ou de l'ordonnance ont été violées gravement ou de manière répétée. De même, l'autorisation doit être retirée lorsque les personnes qui exercent l'activité de courtage ont aidé à violer des dispositions du droit des étrangers (art. 11, let. b).
- ²² Lorsque le détenteur de l'autorisation annonce la fin de son activité, l'autorité compétente révoque l'autorisation, en vertu de l'art. 12. Cette décision permet de définir clairement le moment à partir duquel sont comptés les deux ans avant l'écoulement desquels la caution ne peut pas être libérée (art. 10, al. 1, cf. n. 19).

5. Autorités et procédure (art. 13-17)

- ²³ A l'article 13, alinéa 1 et 2, le droit fédéral fixe la compétence à raison du lieu ainsi que la compétence à raison de la matière de l'autorité cantonale compétente pour l'autorisation. Il incombe aux cantons de désigner l'autorité cantonale compétente. Afin de garantir autant que possible une pratique uniforme, il n'est pas possible d'instituer plusieurs autorités compétentes (cf. également art. 20, al. 1, de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption). Selon

l'article 13, alinéa 3, l'autorité compétente pour l'autorisation est en même temps l'autorité de surveillance sur l'activité de courtage.

- ²⁴ L'article 14 prévoit que toute décision exécutoire relative à une autorisation doit être communiquée à l'Office fédéral de la justice. Celui-ci établit une liste des personnes autorisées à exercer l'activité de courtage qui est communiquée périodiquement aux autorités cantonales compétentes (cf. également art. 24, al. 2 et 3, de l'ordonnance sur l'activité à titre d'intermédiaire en vue de l'adoption). Elle garantit ainsi une certaine transparence parce que l'autorisation permet d'exercer l'activité de courtage dans toute la Suisse (art. 7, al. 2; cf. n. 16).
- ²⁵ L'article 15, alinéa 1 prévoit une obligation de dénonciation pour les autorités et les personnes à leur service qui, dans le cadre de leur activité officielle, constatent une violation des dispositions de l'ordonnance passible de sanction selon l'article 18. Les autorités et les personnes à leur service sont tenues de dénoncer celle-ci sans délai à l'autorité compétente pour l'autorisation de leur canton. Par ailleurs, selon l'article 15, alinéa 2, les autorités compétentes pour l'autorisation sont tenues de se prêter mutuellement entraide administrative et juridique (cf. également l'art. 22 de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption).
- ²⁶ L'article 16 règle l'obligation de la personne responsable de l'activité de courtage de fournir des renseignements à l'autorité compétente pour l'autorisation. Il y a lieu de souligner en particulier l'obligation de déclarer une fois par année à l'autorité compétente le nombre, le sexe et l'origine des personnes présentées venant de l'étranger ou s'y rendant. Ces données statistiques, qui ne permettent pas de faire le lien avec des personnes précises, permettent à l'autorité de vérifier si le montant de la caution pour les frais de rapatriement est approprié ou s'il y a lieu de l'augmenter (art. 8, al. 2 et 3; voir n. 18).
- ²⁷ L'article 17 fait référence à la possibilité d'interjeter un recours de droit administratif au Tribunal fédéral.

6. Sanctions (art. 18)

- ²⁸ L'activité de courtage transnationale à titre professionnel est liée à un sérieux potentiel d'abus, qui peuvent, dans les cas graves, prendre la forme de traite d'êtres humains. C'est pourquoi, des sanctions efficaces, si elles ont un certain effet préventif, répondent à l'intérêt public. Les sanctions prévues se fondent sur l'art. 406c, alinéa 2, lettre b, CO rév. Le cadre sanctionnel de l'article 18, alinéas 2 et 3, prend en compte le fait que le Parlement, qui a introduit l'article 406c CO rév. en modifiant le projet du Conseil fédéral, a consciemment voulu prévoir la possibilité de sanctions efficaces. Les sanctions prévues à l'article 18 ne s'appliquent qu'aux violations des dispositions de l'ordonnance. Demeurent réservées les sanctions prévues par le code pénal ou d'autres lois.

7. Dispositions transitoires et finales (art. 19/20)

- ²⁹ Toute personne qui exerce, au moment de l'entrée en vigueur de l'ordonnance, une activité de courtage soumise à autorisation est tenue de requérir une autorisation dans un délai de trois mois ou de cesser son activité (art. 19). Selon le droit transitoire, l'activité de courtage soumise à autorisation peut continuer à

être exercée provisoirement jusqu'à la décision de l'autorité compétente. Le délai pour déposer une demande d'autorisation est relativement court, afin que le nouveau droit devienne effectif le plus rapidement possible.

- ³⁰ Le Conseil fédéral a décidé que l'ensemble des dispositions révisées entre en vigueur le 1^{er} janvier 2000 (voir n. 1). C'est pourquoi l'ordonnance d'exécution doit aussi entrer en vigueur à ce moment-là.

III. Relation avec le droit européen

- ³¹ Le 29 avril 1991, la parlementaire Raymonde Dury a déposé la question écrite suivante (question écrite, N° 789/91, Bulletin officiel des Communautés européennes N° C 214/29, 16.8.1991) devant la Commission des Communautés européennes : "Contrôle communautaire en matière d'agences matrimoniales. La libre prestation des services offre incontestablement des possibilités aussi aux agences matrimoniales. Ce 'grand marché' du mariage sera-t-il surveillé grâce à une réglementation adéquate à l'échelon européen ?" Le 7 juin 1991, Martin Bangemann répondit au nom de la Commission de la manière suivante: "La protection des personnes qui font appel aux services des agences matrimoniales est en principe à assurer par les Etats membres. Au plan communautaire, l'action de la Commission vise à faciliter la libre circulation des services, dans ce domaine comme dans les autres, sans pour autant affaiblir les mesures de protection prises au plan national. Elle est d'avis que la directive du Conseil 75/368/CEE du 16 juin 1975 relative à des mesures destinées à favoriser l'exercice effectif de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour diverses activités (...) et comportant notamment des mesures transitaires pour ces activités – qui couvrent entre autres les services personnels des agences matrimoniales – répond à ce double objectif".
- ³² Dans sa réponse du 26 mars 1992 à une autre question ordinaire de la même parlementaire, la Commission a clairement dit qu'"il appartient aux Etats membres de prendre les mesures destinées à éviter les abus dans ce domaine et en particulier de veiller à ce que la protection des clients soit convenablement assurée". Par ailleurs, dans sa réponse, la Commission a souligné qu'il existe déjà un texte communautaire qui traite de la publicité trompeuse, la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984, qui permet aux personnes ou organisations qui y ont un intérêt légitime, d'intenter des actions pour faire cesser les publicités ou offres commerciales qui auraient un caractère trompeur (question écrite N° 2380/91 de Mme Raymonde Dury du 22 octobre 1991 concernant les agences matrimoniales et la protection des consommateurs et réponse de la Commission du 26 mars 1992, Journal officiel des Communautés européennes N° C 162/16, 29.6.1992).
- ³³ Contrairement à ce qui est prévu par exemple à l'art. 3, al. 2, let. a, LSE, il n'est pas exigé à l'article 5 de l'avant-projet que la personne qui demande l'autorisation soit de nationalité suisse ou possède un permis d'établissement. Sur ce point, il n'y a pas de contradiction avec la libre prestation des services et la liberté d'établissement selon le droit communautaire (art. 52ss et 59 Traité CE). Par ailleurs, la loi soumet à l'autorisation et à la surveillance non seulement l'activité de courtage à titre professionnel concernant des personnes venant de l'étranger en Suisse, mais également celle concernant des personnes en Suisse qui se rendent à l'étranger (art. 406c, al. 1, CO rév.). Ainsi, il n'existe pas

non plus à cet égard de discrimination au sens du droit communautaire (art. 6 Traité CE). Finalement, il y a lieu de relever que l'autorisation et la surveillance acquièrent de l'importance surtout pour l'activité de courtage concernant des personnes qui n'habitent pas sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne (ex-pays de l'Europe de l'est, Amérique du Sud, Asie).

sur le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat concernant des personnes venant de l'étranger ou s'y rendant

du ...

Le Conseil fédéral suisse,

Vu l'art. 406c, alinéa 2, du Code des obligations¹

arrête:

Section 1: Dispositions générales

Art. 1 Objet

La présente ordonnance règle l'autorisation d'exercer à titre professionnel l'activité de mandataire visant à conclure un mariage ou établir un partenariat (activité de courtage) concernant des personnes venant de l'étranger ou s'y rendant, ainsi que la surveillance de cette activité.

Art. 2 Activité de courtage soumise à autorisation

¹ Sont sujettes à autorisation les personnes physiques et morales qui ont leur domicile ou leur siège en Suisse et qui, sur mandat,

- a. présentent à une personne en Suisse des personnes venant de l'étranger en vue d'un mariage ou d'un partenariat stable;
- b. présentent à une personne à l'étranger des personnes en Suisse en vue d'un mariage ou d'un partenariat stable.

¹ RS 220; RO 1999 1118

² L'activité de courtage comprend également la simple transmission de noms et d'adresses ainsi que de catalogues contenant des descriptions de personnes par l'image ou le texte.

³ Les personnes qui n'ont pas de domicile ou de siège en Suisse sont soumises à autorisation, si elles ont une succursale ou un autre établissement en Suisse.

Art. 3 Activité de courtage à titre professionnel

¹ Agit à titre professionnel celui qui exerce l'activité de courtage, à titre principal ou accessoire, de manière régulière ou non, de façon indépendante, au service de ou sur mandat d'un tiers, avec ou sans publicité.

² N'agissent pas à titre professionnel au sens de la présente ordonnance les personnes auxiliaires qui agissent en tant qu'employées de personnes au bénéfice d'une autorisation.

Section 2: Autorisation

Art. 4 Demande d'autorisation

¹ La demande d'autorisation est présentée par écrit avec les documents et les explications nécessaires.

² Elle doit contenir les indications suivantes:

- a. l'identité, la formation professionnelle et les activités professionnelles exercées auparavant par la personne responsable de l'activité de courtage;
- b. le ou les pays d'où viennent ou dans lesquels se rendent les personnes concernées par le mandat;
- c. les prestations offertes aux mandants, notamment la nature et le nombre des prestations que le mandataire s'engage à fournir;
- d. les méthodes de travail, notamment les modalités de collaboration avec les personnes de contacts à l'étranger, le concept publicitaire ainsi que

l'information à donner à la personne présentée sur son droit au remboursement des frais de voyage de rapatriement;

- e. les informations sur les pays concernés, notamment les prescriptions relatives à l'entrée et au séjour qui sont distribuées au mandant et, le cas échéant, à la personne présentée;
- f. le montant des frais d'inscription et de la rémunération que le mandant doit verser au mandataire pour ses services;

³ La personne responsable de l'activité de courtage doit en outre exposer de quelle manière elle s'est familiarisée avec les conditions culturelles et sociales des pays d'où viennent ou vers lesquels se rendent les personnes présentées.

⁴ La demande doit, de plus, être accompagnée des documents suivants:

- a. un extrait du casier judiciaire de la personne qui demande l'autorisation ainsi que de la personne responsable de l'activité de courtage.
- b. une déclaration selon laquelle il n'existe aucune incompatibilité au sens de l'article 6 chez la personne qui demande l'autorisation, chez la personne responsable de l'activité de courtage et chez les auxiliaires.
- c. une déclaration de la personne responsable de l'activité de courtage selon laquelle elle connaît les prescriptions pertinentes du droit des étrangers, en particulier celles relatives à l'entrée et au séjour en Suisse.

Art. 5 Conditions de l'autorisation

¹ L'autorisation est accordée si, sur la base de la demande d'autorisation:

- a. une activité de courtage consciencieuse et conforme à la loi est garantie;
- b. le montant de la rémunération ou des frais demandés n'est pas disproportionné;
- c. la personne qui demande l'autorisation et la personne responsable de l'activité de courtage n'a pas fait l'objet d'une condamnation pénale qui la rend inapte à exercer cette activité;

- d. il n'y a pas d'incompatibilité au sens de l'article 6;
- e. la personne responsable de l'activité de courtage connaît les prescriptions pertinentes du droit des étrangers, en particulier celles relatives à l'entrée et au séjour en Suisse.

² L'autorisation ne peut être accordée que lorsque la personne qui la demande s'est acquittée de l'émolument fixé selon la durée et l'étendue de l'autorisation, à 500 francs au moins et 1500 francs au plus et a fourni la caution fixée selon l'article 8, alinéa 2.

³ Le montant de l'émolument et de la caution est communiqué en même temps à la personne qui demande l'autorisation.

Art. 6 Incompatibilité de l'activité de courtage avec d'autres activités

Si la personne qui demande l'autorisation ou ses auxiliaires exercent, à titre principal ou accessoire, de manière directe ou indirecte, de façon indépendante ou au service d'une autre personne, une autre activité qui est de nature à limiter la liberté de décision de la personne présentée ou à la placer dans un rapport de dépendance, l'autorisation doit être refusée.

Art. 7 Durée et étendue de l'autorisation

¹ L'autorisation est accordée pour une durée déterminée, mais au maximum pour cinq ans; elle peut être renouvelée, sur demande, lorsque sa durée de validité arrive à expiration.

² L'autorisation est accordée pour l'activité de courtage de et à des personnes venant de pays déterminés et permet d'exercer l'activité de courtage dans toute la Suisse.

³ Elle peut être assortie de conditions et de charges.

⁴ Lorsque l'autorisation est accordée à une personne morale, le nom et l'adresse de la personne responsable de l'activité de courtage doivent être indiqués.

Section 3: Caution pour les frais de voyage de rapatriement de la personne présentée

Art. 8 But et montant

¹ Celui qui veut exercer l'activité de courtage doit garantir les frais du voyage de retour des personnes présentées au moyen d'une caution (art. 406c, al. 2, let. c CO).

² L'autorité compétente pour l'autorisation détermine le montant de la caution, en tenant compte de l'étendue prévisible de l'activité et de la distance entre les pays pour lesquels une autorisation d'exercer l'activité de courtage est demandée; le montant de la caution s'élève à 5000 francs au moins.

³ Par la suite, le montant de la caution peut être augmenté au regard de la marche des affaires ou pour d'autres motifs importants.

Art. 9 Forme

¹ La caution est fournie en espèces ou sous forme de papiers-valeurs.

² Elle doit être déposée auprès d'une banque sur un compte-épargne ou de dépôt, au nom de la personne qui demande l'autorisation.

Art. 10 Libération

¹ L'autorité compétente pour l'autorisation libère la caution deux ans après le retrait ou la révocation de l'autorisation.

² La banque ne peut libérer tout ou partie de la caution en faveur d'un tiers ayant droit au remboursement des frais de rapatriement (art. 406b CO), que si:

- a. la personne qui a fourni la caution a donné son accord;
- b. il existe un commandement de payer non frappé d'opposition ou un jugement exécutoire.

³ Lorsque la banque libère tout ou partie de la caution en faveur d'un tiers, elle doit en informer l'autorité compétente pour l'autorisation.

Section 4: Retrait et révocation de l'autorisation

Art. 11 Retrait

L'autorité compétente retire l'autorisation lorsque:

- a. celle-ci a été obtenue par des déclarations mensongères ou par la dissimulation de faits essentiels;
- b. l'une des conditions pour l'octroi de l'autorisation n'est plus remplie, en particulier, lorsque les personnes qui exercent l'activité de courtage contreviennent, gravement ou de manière répétée, aux obligations imposées par les dispositions du code des obligations relatives au mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat ou par la présente ordonnance ou aident à violer des dispositions du droit des étrangers.

Art. 12 Révocation

Lorsque le titulaire de l'autorisation annonce la fin de son activité, l'autorité compétente pour l'autorisation révoque l'autorisation.

Section 5: Autorités et procédure

Art. 13 Autorisation et surveillance

¹ L'autorité compétente pour accorder l'autorisation est l'autorité cantonale du lieu du domicile ou du siège de la personne qui demande l'autorisation.

² En l'absence de domicile ou de siège suisse, l'autorité cantonale du lieu de la succursale ou de l'établissement est compétente.

³ L'autorité compétente pour l'autorisation exerce la surveillance sur les personnes exerçant l'activité de courtage dans le canton.

Art. 14 Communication des décisions aux autorités fédérales, liste des courtiers

Chaque décision ou jugement exécutoire relatif à une autorisation (octroi, retrait ou révocation) doit être communiqué à l'Office fédéral de la justice. Celui-ci tient une liste des personnes autorisées à exercer l'activité de courtage et la communique périodiquement aux autorités compétentes pour l'autorisation.

Art. 15 Dénonciation obligatoire et entraide juridique

¹ Les autorités et les personnes à leur service qui constatent une violation de l'article 2 sur l'activité de courtage soumise à autorisation ou de l'article 6 sur l'incompatibilité de cette activité avec d'autres activités, sont tenues de la dénoncer sans délai à l'autorité de leur canton compétente pour l'autorisation.

² Les autorités compétentes pour l'autorisation se prêtent mutuellement entraide administrative et juridique dans l'exécution de cette ordonnance.

Art. 16 Obligation de la personne responsable de l'activité de courtage de fournir des renseignements

¹ La personne responsable de l'activité de courtage est tenue de notifier à l'autorité compétente pour l'autorisation, sans délai et par écrit, toute modification des indications données dans la demande d'autorisation.

² Des informations complémentaires sur l'activité de courtage doivent être fournies sur demande à l'autorité compétente.

³ Chaque personne responsable déclare à l'autorité compétente pour l'autorisation, une fois par année, le nombre, le sexe et l'origine des personnes présentées venant de l'étranger ou s'y rendant.

⁴ La fin de l'activité doit être notifiée par écrit à l'autorité compétente pour l'autorisation.

Art. 17 Procédure de recours

Les décisions cantonales de dernière instance fondées sur la présente ordonnance peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral (Art. 97 ss. OJ)².

Section 6: Dispositions pénales

Art. 18

¹ Celui qui exerce volontairement l'activité de courtage sans l'autorisation nécessaire sera puni d'une amende de 50 000 francs au plus. Les actes commis par négligence seront punis d'une amende de 10 000 francs au plus.

² Celui qui, par des déclarations mensongères ou par la dissimulation de faits essentiels, obtient une autorisation, en rend plus difficile ou en empêche le retrait, sera puni d'une amende de 20 000 francs au plus.

³ La poursuite pénale est du ressort des cantons.

Section 7: Dispositions finales

Art. 19 Droit transitoire

Les personnes qui, au moment de l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, exercent déjà une activité de courtage soumise à autorisation selon le nouveau droit, sont tenues de demander une autorisation dans un délai de trois mois ou de cesser l'activité de courtage.

Art. 20 Entrée en vigueur

La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

Au nom du Conseil fédéral suisse

² SR 173.110

La Présidente de la Confédération, Ruth Dreifuss
Le chancelier de la Confédération, François Couchepin