
Université de Neuchâtel
Faculté de droit et des sciences économiques

**La lutte contre les actes
de concurrence déloyale en droit
pénal suisse**

**Problèmes posés par l'application aux
médias de la Loi fédérale
contre la concurrence déloyale**

Thèse
présentée à la Faculté de droit et des sciences
économiques de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de docteur en droit

par
Fernand Chappuis

1996



Stämpfli+Cie SA, Entreprise d'arts graphiques, Berne

Monsieur Fernand Chappuis est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée «La lutte contre les actes de concurrence déloyale en droit pénal suisse – Problèmes posés par l'application aux médias de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 25 avril 1996

Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques
de l'Université de Neuchâtel

Pierre-Henri Bolle

Le même ouvrage a été publié aux Editions Stämpfli+Cie SA à Berne comme fascicule 581 de la série

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

begründet von † Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt durch † Prof. Dr. Theo Guhl und † Prof. Dr. Hans Merz,
herausgegeben von Prof. Dr. Heinz Hausheer, Professor an der Universität Bern.

©
Editions Stämpfli+Cie SA Berne · 1996
Impression et reliure par Stämpfli+Cie SA
Entreprise d'arts graphiques, Berne
Printed in Switzerland

à mes parents

Notre reconnaissance va à M. le professeur
Pierre-Henri Bolle, directeur de thèse, pour le temps qu'il
nous a consacré et pour ses conseils bienveillants.

Qu'il nous soit permis d'exprimer ici notre gratitude à
M^{me} Eliane Ducry pour l'élaboration du texte.

Nous remercions également MM. Matthieu Reeb,
avocat, et Jacques de Charrière, rédacteur à *Bilan*,
pour leur aide précieuse.

Thèse : La LCD ne doit pas s'appliquer aux médias lorsqu'ils interviennent comme tiers non concurrents.

L'ancienne LCD de 1943 exigeait un rapport de concurrence pour pouvoir s'appliquer. Il en découle qu'elle était déjà applicable aux médias et aux journalistes, mais dans une mesure très limitée. Faute d'un rapport de concurrence, un journaliste ne pouvait jamais être l'auteur d'un acte de concurrence déloyale lésant une entreprise, à moins qu'il ne visât une entreprise de médias et alors, dans ce cas, le rapport de concurrence était donné.

La nouvelle LCD de 1986 exige, pour pouvoir s'appliquer, une simple influence sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Le cercle des personnes visées est élargi de manière considérable. L'exigence du *rapport de concurrence* tombe. Lui succède le principe généreux d'une simple *influence sur l'état de la concurrence*. Tombent de ce fait sous le coup de la LCD les agissements de tiers non concurrents, dès qu'ils influent sur l'état de la concurrence. Parmi eux figurent en bonne place les médias.

Ce changement radical a des effets divers - d'aucuns diront pervers - selon l'infraction considérée : l'abandon de l'exigence du rapport de concurrence a des conséquences limitées en matière d'imitation de la présentation des produits d'un concurrent (art. 3 lit. d LCD) car deux fabricants de produits sont par définition concurrents directs ou indirects. Mais il en va tout autrement du domaine du dénigrement (art. 3 lit. a LCD) où, si la figure du concurrent dénigrant un adversaire est classique, celle d'un média critiquant un produit, une entreprise ou un individu est tout aussi répandue.

A notre avis, deux situations différentes appellent deux solutions différentes. Les médias doivent pouvoir remplir leur mission d'information, de divertissement et de contrôle démocratique. La critique, fût-elle sévère, caustique voire assassine, fait partie des moyens licites pour remplir cette mission. Il ne se justifie dès lors pas de soumettre les journalistes à la LCD et de les punir pour de prétendues *allégations inutilement blessantes*. Parfois, il n'y a que la vérité qui blesse.

Notre thèse, audacieuse dans un climat plutôt hostile aux médias, s'appuie en outre sur deux arguments. Le premier est socio-culturel : une démocratie libre a besoin de médias libres. L'évolution historique montre que la liberté doit être le principe, la censure l'exception. Il est donc souhaitable, sur le plan théorique, de renoncer à l'application de l'art. 3 lit. a LCD aux médias.

Le second argument est juridique. Il faut certes des moyens pour sanctionner abus et dérapages. Mais, en matière de dénigrement, les limites actuelles posées à l'activité des journalistes suffisent. Il est donc possible, sur le plan pratique, de renoncer à l'application de l'art. 3 lit. a LCD aux médias.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Thèse	1
Abréviations	4
Bibliographie	10
Introduction.....	36
TITRE I : LES RÈGLES DU JEU ET LA CONCURRENCE	40
Chapitre I : Les règles du jeu	40
Chapitre II : Les règles du jeu de la concurrence	45
APPENDICE AU TITRE I : Bibliographie	52
TITRE II : LE SEUIL DE DÉLOYAUTÉ DANS LES CAS D'IMITATION DE LA PRÉSENTATION D'UN PRODUIT (art. 3 lit. d LCD)	53
Chapitre I : Généralités	53
Chapitre II : L'arrêt <i>NIVEA</i> (ATF 116 II 365).....	64
Chapitre III : La portée de l'arrêt <i>NIVEA</i>	73
Principe 1 : Un risque de confusion suffit.	73
Principe 2 : Le consommateur moyen non averti sert de base.	75
Principe 3 : Le degré d'attention du consommateur moyen varie.	77
Principe 4 : Le risque de confusion est apprécié dans l'hy- pothèse où les produits ne sont pas simultanément sous les yeux du consommateur.	79
Principe 5 : L'effet auditif est plus important que l'effet visuel.	80
Principe 6 : La confusion peut porter sur les marchandises; elle peut aussi porter sur l'entreprise en tant que telle.	83
Principe 7 : Dans certains cas, l'imitation est licite.	84
Principe 8 : Dans certains cas, les circonstances font que la déloyauté doit être admise.	92
Principe 9 : Certaines mesures sont possibles pour écarter le risque de confusion.	95
Chapitre IV : L'application de l'art. 3 lit. d LCD aux médias	98
APPENDICE AU TITRE II : Bibliographie et jurisprudence.....	105

TITRE III : LE SEUIL DE DÉLOYAUTÉ DANS LES CAS DE DÉNIGRE- MENT (art. 3 lit. a LCD)-----	115
Chapitre I : Généralités-----	116
Chapitre II : L'affaire opposant <i>Denner</i> à la <i>SonntagsZeitung</i> ("diktatorische Sortimentskürzung")-----	129
Chapitre III : Les éléments constitutifs du dénigrement-----	134
1) Les modes du dénigrement-----	134
2) L'auteur du dénigrement-----	139
3) La victime du dénigrement-----	146
4) L'objet du dénigrement-----	148
5) L'allégation inexacte-----	152
6) L'allégation fallacieuse-----	156
7) L'allégation inutilement blessante-----	162
8) Dénigrement par des allégations exactes ?-----	170
9) Dénigrement par des allégations <i>utilement</i> blessantes ?-----	170
Chapitre IV : L'application de l'art. 3 lit. a LCD aux médias-----	174
APPENDICE AU TITRE III : Bibliographie et jurisprudence-----	191
Thèse-----	199
Thèse 1 : La LCD doit s'appliquer aux médias lorsqu'ils intervien- nent comme concurrents.-----	199
Thèse 2 : La LCD ne doit pas s'appliquer aux médias lorsqu'ils interviennent comme tiers non concurrents.-----	199
Proposition législative-----	201
TITRE IV : ARGUMENTS A L'APPUI DE LA THÈSE-----	202
Chapitre I : L'argument socio-culturel-----	202
Chapitre II : L'argument juridique-----	208
Conclusion-----	215
Index des mots-clés-----	216
Index des termes allemands-----	222
Index des arrêts cités-----	225

Abréviations

1. Ouvrages ou articles rapportés par le seul nom de leurs auteurs

- BAUMBACH/HEFERMEHL Adolf Baumbach / Wolfgang Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 17^e édition, München, C. H. Beck, 1993.
- BOLLE, *Conclusion* Pierre-Henri Bolle, *Conclusion*, in : Les objectifs de la sanction pénale, Mélanges Slachmuylder, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 113-123.
- BOLLE, *Procès pénal* Pierre-Henri Bolle, *Le procès pénal nouveau*, RDPC 1995 pp. 5-28.
- BURST Jean-Jacques Burst, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Paris, Dalloz, 1993.
- DAVID Lucas David, *Ausstattungsrecht auf neuer Grundlage*, PJA 1992 pp. 1501-1509.
- DELMAS-MARTY I Mireille Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires. Partie générale : responsabilité, procédure, sanctions*, tome I, 3^e édition, Paris, PUF, 1990.
- DELMAS-MARTY II Mireille Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires. Partie spéciale : infractions*, tome II, 3^e édition, Paris, PUF, 1990.
- DUTOIT Bernard Dutoit, *Droit de la concurrence déloyale et rapport de concurrence : un couple indissociable ? Un essai de réponse comparative*, in : Mélanges Grossen, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1992, pp. 297-313.
- GRAVEN Philippe Graven, *L'infraction pénale punissable*, 2^e édition, Bern, Stämpfli, 1995.
- GUYET Jaques Guyet, *Wettbewerbsstrafrecht (Art. 23-27 UWG)*, in : Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Band V/1 : Lauterkeitsrecht, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1994, pp. 239-248.
- MÜLLER Jürg Müller, *Einleitung und Generalklausel (Art. 1-2 UWG)*, in : SIWR, Band V/1 : Lauterkeitsrecht, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1994, pp. 1-75.
- PEDRAZZINI Mario M. Pedrazzini, *Unlauterer Wettbewerb UWG*, Bern, Stämpfli, 1992.
- PEDRAZZINI, *Bonne foi* Mario M. Pedrazzini, *La bonne foi en droit de la concurrence*, in : Abus de droit et bonne foi, Fribourg, Editions universitaires, 1994, pp. 181-190.
- REHBERG Jörg Rehberg, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Zürich, Orell Füssli, 1995.
- RIKLIN Franz Riklin, *Schweizerisches Presserecht*, Bern, Stämpfli, 1996.
- STREULI-YOUSSEF Magda Streuli-Youssef, *Unlaute Werbe- und Verkaufsmethoden (Art. 3 UWG)*, in : SIWR, Band V/1 : Lauterkeitsrecht, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1994, pp. 79-165.
- VOGT Stefan Vogt, *Lexikon des Wettbewerbsrechts*, München, C. H. Beck, 1994.

2. Autres abréviations

AELE	Association européenne de libre-échange
AG	Argovie
AGB	allgemeine Geschäftsbedingungen
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, Aarau
AI	Appenzell Rhodes-Intérieures
al.	alinéa
aLCD	LF du 30 septembre 1943 sur la concurrence déloyale
APC	Archives de politique criminelle, Paris
AR	Appenzell Rhodes-Extérieures
art.	article
ASDI	Annuaire suisse de droit international, Zürich
AT	allgemeiner Teil
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BE	Berne
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale, Bern
BL	Bâle-Campagne
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Bern
BS	Bâle-Ville
BT	besonderer Teil
Bulletin ASA	Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage, Basel
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du Préposé à la surveillance des prix, Bern
CDE	Cahiers de droit européen, Bruxelles
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des Droits de l'Homme), RS 0.101
cf.	confer
ch.	chiffre
Chron.	Chronique (Recueil Dalloz Sirey)
CJ	Cour de justice
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (code des obligations), RS 220
Concession SSR	Concession octroyée à la Société suisse de radiodiffusion et télévision du 18 novembre 1992, FF 1992 VI 514-520
cons.	considérant
CPS	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CR	Computer und Recht, München
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, RS 101
CUP	Convention de l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle, RS 0.232.01-04
D.	Recueil Dalloz Sirey
DA	Le droit d'auteur, revue mensuelle de l'OMPI, Genève
DEP	Le droit de l'environnement dans la pratique, Zürich
DeS	Déviante et société, Genève

DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif, RS 313.0
DRiZ	Deutsche Richterzeitung, Köln
ECS	L'Expert-comptable suisse, Zürich
éd.	édition
EIMP	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale, RS 351.1
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift, Strasbourg
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung, Frankfurt
FF	Feuille fédérale, Bern
FIPP	Fondation internationale pénale et pénitentiaire
FJS	Fiches juridiques suisses, Genève
FR	Fribourg
FRC	Fédération romande des consommatrices
FS	Festschrift
FSJ	Fédération suisse des journalistes
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht, Heidelberg
Gaz. Pal.	Gazette du Palais, Paris
GE	Genève
GL	Glaris
GR	Grisons
GRUR	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Weinheim
GRUR Int.	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil, Weinheim
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis, St. Gallen
HG	Handelsgericht
HLR	Harvard Law Review, Cambridge
HRLJ	Human Rights Law Journal, Kehl am Rhein, Strasbourg, Arlington
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law, Weinheim
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Regensburg (RFA)
I.R.	Informations rapides (Recueil Dalloz Sirey)
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, Bern
JAB	Jurisprudence administrative bernoise, Bern
JB1	Juristische Blätter, Wien
JDI	Journal du droit international, Paris
JT	Journal des tribunaux, Lausanne
JU	Jura
JZ	Juristenzeitung, Tübingen
KG	Kantonsgericht
Kriminalistik	Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis, Heidelberg
LBI	LF du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention, RS 232.14
LCart	LF du 20 décembre 1962 sur les cartels et organisations analogues, RS 251

LCD	LF du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, RS 241
LDA	LF du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins, RS 231.1
LDMI	LF du 30 mars 1900 sur les dessins et modèles industriels, RS 232.12
LF	Loi fédérale
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LICD	Ligue internationale contre la concurrence déloyale
lit.	littera
LJZ	Liechtensteinische Juristen-Zeitung, Vaduz
LPM	LF du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance, RS 232.11
LRTV	LF du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision, RS 784.40
LU	Lucerne
MCF	Message du Conseil fédéral
NE	Neuchâtel
NJW	Neue juristische Wochenschrift, München und Frankfurt
NW	Nidwald
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, Zürich
OeRiZ	Österreichische Richterzeitung, Wien
OFFPI	Office fédéral de la propriété intellectuelle, Bern
OG	Obergericht
öJZ	Österreichische Juristen-Zeitung, Wien
OL	Ordonnance du 16 avril 1947 sur les liquidations et opérations analogues, RS 241.1
OMC	Organisation mondiale du commerce, Genève
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Genève
op. cit.	opus citatum
ORTV	Ordonnance du 16 mars 1992 sur la radio et la télévision, RS 784.401
OW	Obwald
p.	page
PJA	Pratique juridique actuelle, Lachen (CH)
PKG	Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden, Chur
pp.	pages
PPF	Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale, RS 312.0
PUF	Presses universitaires de France, Paris
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen
RCDIP	Revue critique de droit international privé, Paris
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal, Lausanne, Genève
RDAT	Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese, Bellinzona
RDP	Revue du droit public et de la science politique, Paris
RDFC	Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles
RDS	Revue de droit suisse, Basel

RDU	Revue de droit uniforme, Roma
Recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, Bern
Rep.	Repertorio di giurisprudenza patria, Bellinzona
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence, Fribourg
RIC	Revue internationale de la concurrence, Bruxelles
RICPT	Revue internationale de criminologie et de police technique, Genève
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur, Paris
RIDC	Revue internationale de droit comparé, Paris
RIDP	Revue internationale de droit pénal, Toulouse
RJB	Revue de la Société des juristes bernois, Bern
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence, Porrentruy
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise, Neuchâtel
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales (droit suisse)
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal, Paris
RPS	Revue pénale suisse, Bern
RS	Recueil systématique du droit fédéral (droit suisse)
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Paris
RSDA	Revue suisse du droit des affaires, Zürich
RSDIC	Revue suisse du droit international de la concurrence, Genève
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen, Zürich
RSJ	Revue suisse de jurisprudence, Zürich
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle, Zürich
RTD	Rivista trimestriale di diritto e procedura civile, Milano
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil, Paris
RTDCDE	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, Paris
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen, Paris
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence, Sion
SAS	Société anonyme suisse, Zürich
SG	Saint-Gall
SH	Schaffhouse
SJ	La Semaine judiciaire, Genève
SD	Soleure
SpuRt	Zeitschrift für Sport und Recht, München
ss.	et suivants
SSR	Société suisse de radiodiffusion et télévision
SZ	Schwyz
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TG	Thurgovie
Th.	thèse
TI	Tessin
TRIPS	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce)
UE	Union européenne
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht, Bern
UR	Uri

UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VD	Vaud
VS	Valais
WComp	World competition : law and economics review, Genève
WiBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter, Wien, New York
WuR	Wirtschaft und Recht, Zürich
ZBl	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Zürich
ZG	Zoug
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Frankfurt
ZH	Zürich
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, Heidelberg
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Köln
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zürich
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin

Bibliographie

- ABBT Patrick J., *Konsumentenschutz und Wettbewerb - ein Spannungsverhältnis : erläutert am Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Zürich, Schulthess, 1994.
- ALLANIC Jean-Claude, *Consommateurs... si vous saviez*, Paris, Ed. Alain Moreau, 1982.
- ARQUINT Caspar, *Der Schutz des Slogans nach Marken-, Wettbewerbs- und Urheberrecht*, Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1958.
- AUBERT Gabriel, *Discriminations salariales, protection de la personnalité et concurrence déloyale*, PJA 1992 pp. 572-575.
- AZÉMA Jacques, *Le droit français de la concurrence*, 2^e éd., Paris, PUF, 1989.
- *La dépénalisation du droit de la concurrence*, RSC 1989 pp. 651-657.
- BACH Albrecht, *Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Massnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1992.
- BAECHTOLD Philippe, *Les implications de l'Accord sur l'Espace économique européen pour la protection de la propriété intellectuelle*, PJA 1992 pp. 1284-1294.
- BALDI Marino, *Das Wettbewerbsrecht des EWR-Abkommens (Art. 53-60)*, in : Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, Zürich, Schulthess, 1992, pp. 51-86.
- *Bemerkungen zum EWR-Wettbewerbsrecht aus grundsätzlicher Sicht*, in : EWR-Abkommen, Zürich, Schulthess, 1992, pp. 285-300.
- BAMMATER Michael, *Der Begriff des Leistungswettbewerbs im schweizerischen Lauterkeitsrecht*, Bern, Paul Haupt Verlag, 1990.
- BAR Christian von, *Internationales Wettbewerbsbeschränkungsrecht zwischen Sach- und Kollisionsrecht*, in : FS für Ferid, Frankfurt, Verlag für Standesamtswesen, 1988, pp. 13-37.
- BÄR Rolf, *Internationales Kartellrecht und unlauterer Wettbewerb*, in : FS R. Moser, Zürich, Schulthess, 1987, pp. 143-178.
- BARANDON Nicolò, *EWR-Abstimmung. Geringer Einfluss des EWR-Wettbewerbsrechts auf schweizerische Unternehmen*, NZZ 02.12.1992 p. 35.
- BARFUSS Walter / AUER Günther, *Kartellrecht, samt EWG-Kartellrecht*, 4^e éd., Wien, Manz Verlag, 1989.
- *Kartellgesetz 1988*, Wien, Manz Verlag, 1994.
- BARRELET Denis, *Les journaux gratuits et la concurrence déloyale*, RSJ 1973 pp. 285-290.
- BARRELET Denis / EGLOFF Willi, *Le nouveau droit d'auteur : Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, Bern, Stämpfli, 1994.
- BATTISTOLO Blaise, *La protection des idées publicitaires*, Th. Lausanne 1981.
- BAUCHET Pierre, *L'imparfait libéralisme*, Paris, Cujas, 1993.
- BAUD Jean-Pierre, *L'article 5 lit. c LCD et la copie servile de la forme d'un produit*, RSJ 1988 pp. 280-283.
- *Note sur la publicité comparative en droit suisse*, RIC 171 (1993) pp. 51-52.
- BAUDENBACHER Carl, *Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht*, Zürich, Schulthess, 1978.
- *Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG*, ZHR 1980 pp. 145 ss.
- *Machtbedingte Wettbewerbsstörungen als Unlauterkeitstatbestände*, GRUR Int. 1981 pp. 19-25.
- *Bemerkungen zu BGE 107 II 277, SAS 1982 pp. 174-176.*
- *Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht*, RJB 1983 pp. 161-187.

- *Was soll noch Art. 8 UWG ?*, SAS 1987 pp. 114-115.
 - *Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Werbe- und Absatztätigkeit nach schweizerischem Recht*, GRUR Int. 1988 pp. 310-315.
 - *Das neue Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG)*, Recht 1988 pp. 73-83.
 - *Das neue schweizerische UWG in der europäischen Rechtsentwicklung*, Saarbrücken, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, 1988.
 - *Schwerpunkte der schweizerischen UWG-Reform*, in : *Das UWG auf neuer Grundlage*, Bern, Paul Haupt Verlag, 1989, pp. 15-36.
 - *Relazione introduttiva sulla nuova legge federale contro la concorrenza sleale del 19 dicembre 1986*, in : *La nuova legge federale contro la concorrenza sleale*, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Lugano, 1989, pp. 9-25.
 - *Das UWG auf neuer Grundlage*, Bern, Paul Haupt Verlag, 1989.
 - *Neues Kartellgesetz - neues UWG*, in : *Kartellrecht auf neuer Grundlage*, Bern, Paul Haupt Verlag, 1989, pp. 345-370.
 - *Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht*, in : *AGB - eine Zwischenbilanz*, Sankt-Gallen, Berlin, WIV Wissenschaftlicher Verlag, 1991, pp. 17-65.
- BAUER Günther, *Wettbewerbsbeschränkungen durch Staaten ? Die Verantwortung der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft für den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt*, München, Verlag V. Florentz, 1990.
- BAUMBACH Adolf / HEFERMEHL Wolfgang, *Wettbewerbsrecht*, 17^e éd., München, C. H. Beck, 1993.
- BAUMBERGER Jörg / GUYER Philipp, *Zur Diskussion über die Schweizer Wettbewerbspolitik. Wissensanmassung und Gestaltungsplan. Eine Kritik des Vorentwurfs zum neuen Kartellgesetz*, NZZ 25.10.1994 p. 25.
- BÄUMER Werner, *Handelsstrafrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1989.
- BAUR Richard, *UWG und Wirtschaftsberichterstattung : Vorschläge zur Reduktion des Haftungsrisikos*, Zürich, Schulthess, 1995.
- BECCHIO Bruno, *Der kennzeichnungsrechtliche Schutz von Waren- und Verpackungsformen*, St. Gallen, Verlag Ostschweiz, 1971.
- BEHRENS Peter, *EEC Competition Rules in National Courts - Les règles de concurrence de la CEE devant les tribunaux nationaux*, Première partie, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1992.
- BELLAMY Christopher, *Common market law of competition*, 4^e éd., London, Sweet and Maxwell, 1993.
- BERLIN Dominique, *L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises*, RTDE 1991 pp. 1-45, 211-238, 379-424.
- *Contrôle communautaire des concentrations*, Paris, Pedone, 1992.
- BERNASCONI Paolo, *Droit pénal économique et droit de l'entraide suisse face au droit pénal fiscal européen*, RPS 1992 pp. 473-493.
- BERNET Benno, *Die schweizerischen PTT-Betriebe und ihre wettbewerbsrechtliche Stellung als Anbieter, insbesondere im Bereich der Massenkommunikation*, Th. Zürich 1989.
- BERNHART Christof, *Die Werbebeschränkungen für wissenschaftliche Berufsarten als Problem der Grundrechte*, Bamberg, Difo-Druck, 1994.
- BERNI Markus, *Verbandsklagen als Mittel privatrechtlicher Störungsabwehr. Prozessführung durch Dritte am Beispiel der Verbandsklagen des Lauterkeits- und Kartellrechts*, Bern, Paul Haupt Verlag, 1992.

- BERNITZ Ulf, *The new Swedish competition law*, RIC 173 (1994) pp. 23-26.
- BESSE François, *La répression pénale de la contrefaçon en droit suisse*, Th. Lausanne 1990.
- *La répression pénale de la contrefaçon en droit allemand*, RICPT 1991 pp. 373-387.
 - *La lutte contre les contrefaçons en droit international : vers de nouveaux instruments ?*, RICPT 1992 pp. 180-199.
 - *La répression pénale de la contrefaçon en droit allemand*, RSP1 1993 pp. 33-48.
 - *Contrefaçon : Vers de nouveaux moyens pour la combattre efficacement au niveau international ?*, RSP1 1993 pp. 231-249.
- BIANCARELLI Jacques / MAIDANI Dominique, *L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres*, RSC 1984 pp. 225-262, 455-472.
- BIHL Luc, *Consommateur, défends-toi !*, Paris, Denoël, 1976.
- BIRRER Franz, *Das Verschulden im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Fribourg, Ed. universitaires, 1970.
- BIZAGUET Armand, *Le grand marché européen de 1993*, Paris, PUF, 1990.
- BLAUROCK Uwe, *Recht der Unternehmen in Europa*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1993.
- BLESSING Marc et al., *Objective arbitrability, antitrust disputes, intellectual property disputes*, Basel, ASA Secretariat, R. Füeg, 1994.
- BÖHM Ernst, *Demoskopische Gutachten als Beweismittel in Wettbewerbsprozessen*, Bern, P. Lang, 1985.
- BOHRER Andreas, *Kennzeichenrechte und freier Warenverkehr im GATT*, RSP1 1994 pp. 151-166.
- BOIS Rob du, *Les aspects juridiques du sound sampling*, Bulletin du droit d'auteur, Vol. XXVI, n° 2 (1992), pp. 3-7.
- BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992.
- BOLLE Pierre-Henri, *La responsabilité pénale des personnes morales*, FJS n° 6 (mise au point 1981).
- *La lutte contre la criminalité économique en Suisse*, RPS 1981 pp. 140-150.
 - *Pratiques de corruption et transactions commerciales internationales*, RIDP 1982 pp. 339-365.
 - *Le rôle sanctionnateur du droit pénal : bilan des travaux du Conseil de l'Europe*, in : *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Fribourg, Ed. universitaires, 1985, pp. 47-50.
 - *Conclusions*, in : *Les objectifs de la sanction pénale*, Mélanges Slachmuylder, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 113-123.
 - *La preuve en procédure pénale comparée, le droit suisse*, RIDP 1992 pp. 345-364.
 - *L'équité du procès pénal et la liberté des médias sont-elles incompatibles ?*, RICPT 1993 pp. 183-193.
- BONBLED Dmer, *Les frontières de la répression et les tribunaux économiques à venir*, in : *Les frontières de la répression*, Vol. 1, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1974, pp. 167-170.
- BONVIN Jacques, *Competition law in Switzerland*, European competition law review (Oxford), 1995, I, pp. 60-67.
- BOQUET Dominique-Lucie, *La responsabilité du chef d'entreprise en droit communautaire*, Paris, Nathan, 1990.
- BORER Jürg, *Spruchpraxis zum EG-Wettbewerbsrecht (1990)*, RSDIE 1992 pp. 75-98.
- BORNER Silvio / WEDER Rolf, *Markenschutz als Hürde für den Wettbewerb ? Ein Schlag ins Gesicht der Revitalisierungsbestrebungen*, NZZ 29/30.10.1994 p. 29.

- BOSLY Henri, *Les frontières de la répression pénale en droit économique belge*, in : Les frontières de la répression, Vol. 1, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1974, pp. 381-399.
- BOULOC Bernard, *Observations sur le respect de la légalité devant le Conseil de la Concurrence*, Gaz. Pal. 1990, Doctrine, pp. 566-573.
- BOURGEOIS Marie, *La protection juridique de l'information confidentielle économique : étude de droits québécois et français*, RIDC 1988 pp. 113-138.
- BOUSCANT Remy, *Existe-t-il un contrôle des entreprises en position dominante dans la République fédérale d'Allemagne ?*, Gaz. Pal. 1990, Doctrine, pp. 106-109.
- *Le contrôle des entreprises en position dominante dans la République fédérale d'Allemagne*, Bruxelles, Bruylant, 1991.
- BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, *Le nouveau droit de la concurrence (Commentaire de l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence)*, Paris, Montchrestien, 1987.
- BOVET Christian, *Concurrence et personnalité économique*, in : La protection de la personnalité, Fribourg, Ed. universitaires, 1993, pp. 139-164.
- BRABANT André, *Les marchés publics et privés dans la CEE et outre-mer*, Bruxelles, Bruylant, 1992.
- BRAMMEN Peter, *Vergleichende Werbung-Grundpositionen des deutschen Rechtes gegen unlauteren Wettbewerb*, RIC 171 (1993) pp. 53-55.
- BRAUN-SCHWARZ Ingeborg, *Die verlegerische Haftung auf Unterlassung für wettbewerbswidrige Anzeigen in periodischen Druckwerken*, Bern, P. Lang, 1994.
- BRINER Robert G., *Ausgewählte Grundprobleme des Softwareschutzes im neuem URG*, RSP1 1993 pp. 205-212.
- BROCHAND Bernard / LENDREVIE Jacques / GRANDJEAN Michel, *Le publicitor*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1993.
- BROSSARD Hubert, *Comment défendre l'image "made in Switzerland" : le cas des services*, Neuchâtel, Université de Neuchâtel, 1994.
- BRUNNER Alexander, *Neues Konsumentenschutzrecht im revidierten UWG*, Plädoyer 5/1990 pp. 36-47.
- *Konsumentenrecht (Eurolex-Swisslex) : ein Überblick*, in : Aktuelle Probleme des EG-Rechts nach dem EWR-Nein, Zürich, Schulthess, 1993, pp. 91-119.
- *Zum neuen Konsumkreditgesetz*, Plädoyer 1994 pp. 24-26.
- BUCHER Urs, *Die Schatten des Kartellgesetzes im Lichte der EG-Wettbewerbsordnung*, Plädoyer 1993 pp. 34-39.
- BUCHLI Jürg, *Die Schweiz vor der Mehrwertsteuer : Wettbewerbsneutralität, Eurokompatibilität*, ECS 1993 pp. 785-792.
- BUECHE François, *La concurrence déloyale et les droits de la personnalité en tant que restrictions à la publicité*, Th. Basel 1979.
- BÜHLMANN-ESCHMANN Barbara, *Der Konsumentenschutzartikel der Bundesverfassung im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung*, Zürich, Schulthess, 1991.
- BUQUET Caroline, *La contrefaçon de marques*, Revue internationale de police criminelle, mai-juin 1993, pp. 13-33.
- BÜREN Bruno von, *Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb*, Zürich, Schulthess, 1957.
- *Der Straftatbestand des unlauteren Wettbewerbs und verwandte Tatbestände*, Kriminalistik 1968 pp. 99-102.
- *Aktuelle Fragen aus Wettbewerbs- und Markenrecht*, RSJ 1970 pp. 145-152.
- BÜREN Roland von, *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, RDS 1993 I pp. 193-222.

- BURST Jean-Jacques, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Paris, Dalloz, 1993.
- BUXBAUM Richard / HERTIG Gérard / HIRSCH Alain / HOPT Klaus, *European Business Law, Legal and Economic Analysis on Integration and Harmonization*, Berlin, De Gruyter, 1991.
- CALAIS-AULOY Jean, *Droit de la consommation*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1992.
- CALAIS-AULOY Marie-Thérèse, *La dépenalisation en droit des affaires*, Dalloz, 1988, *Chronique*, pp. 315-321.
- CARRON Benoît, *Le régime des ordres de marché du droit public en droit de la concurrence: étude de droit suisse et de droit comparé*, Fribourg, Ed. universitaires, 1994.
- CASTELBERG Carlo von, *Grundlagen des schweizerischen Wettbewerbsrechts*, Th. Zürich 1948.
- CHAMPOD Claude, *Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France*, in : *Etudes offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 61-107.
- CHANG Yie-Yun, *Abgestimmtes Verhalten im amerikanischen, europäischen und deutschen Kartellrecht*, Th. München 1992.
- CHANTÉRAC Véronique de / FABRE Régis, *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, Paris, Dalloz gestion, 1986.
- CHAVANNE Albert / BURST Jean-Jacques, *Droit de la propriété intellectuelle*, 4^e éd., Paris, Précis Dalloz, 1993.
- CHERPILLOD Ivan, *Droit de la photographie : les actions civiles et pénales des ayants droit*, Lausanne, Bulletin d'information CEDIDAC, 1991.
- *Brevets, dessins et modèles, droit des marques, raisons sociales, concurrence déloyale, droit d'auteur : aperçu de jurisprudence, extraits et résumés d'arrêts de la 1^{ère} Cour civile du Tribunal fédéral*, JT 1991 I pp. 590-618.
 - *Brevets d'invention, droit des marques, raisons sociales, concurrence déloyale, droit d'auteur : aperçu de jurisprudence, extraits et résumés d'arrêts du Tribunal fédéral*, JT 1992 I pp. 354-395.
 - *Anwendung des UWG auf Journalisten*, Plädoyer 1992 pp. 36-40.
 - *Protection des logiciels et des bases de données : la révision du droit d'auteur en Suisse*, RSP1 1993 pp. 49-66.
 - *Le droit transitoire de la nouvelle loi sur le droit d'auteur*, RSP1 1994 pp. 11-20.
 - *Der Schutz der Computerprogramme*, UFITA, Bern, 1994, pp. 140-150.
- CHIESA Spartaco, *Azioni civili e disposizioni procedurali della nuova legge federale contro la concorrenza sleale*, Rep 1989 pp. 45-58.
- COLOMBET Claude, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 6^e éd., Paris, Précis Dalloz, 1992.
- *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde. Approche de droit comparé*, 2^e éd., Paris, Litec, 1992.
- CONDOVASAINITIS Théodore, *Le secteur public industriel et commercial (Droit français et droit communautaire de la concurrence)*, Paris, LGDJ, 1990.
- CORNISCH William Rodolph, *Intellectual Property, Patent, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1990.
- COTTIER Thomas, *Der Schutz des geistigen Eigentums*, in : *Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum*, Europa Institut Zürich, Zürich, Schulthess, 1992, pp. 23-50.

- *Der Schutz des geistigen Eigentums im Europäischen Wirtschaftsraum : eine Übersicht (Art. 65 § 2 EWR-A)*, in : EWR-Abkommen, Zürich, Schulthess, 1992, pp. 411-432.

- *Le GATT et l'Uruguay Round : l'importance du projet d'accord TRIPS et son impact sur le droit de la propriété intellectuelle en Suisse*, PJA 1993 pp. 632-639.

CROUCH Colin / MARQUAND David, *Ethics and markets, Cooperation and competition within capitalist economies*, Oxford, Blackwell, 1993.

DÄHLER Rolf M., *Zur Revision des Kartellgesetzes. Ein weiterer Versuch zur Öffnung der Märkte. Ausschöpfung des verfassungsmässig Möglichen*, NZZ 05.10.1994 p. 25.

DALLÈVES Louis, *Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises*, RDS 1973 pp. 559-685.

DANNECKER Gerhard / FISCHER-FRITSCH Jutta, *Das EG-Kartellrecht in der Bussgeldpraxis*, Köln, Heymanns, 1989.

DAVID Lucas, *Die Gerichtspraxis zur sklavischen Nachahmung von Warenformen*, RSPIDA 1983/2 pp. 9-23.

- *Schweizerisches Wettbewerbsrecht : eine systematische Darstellung des neuen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des neuen Kartellgesetzes sowie der wettbewerbsrechtlichen Nebengesetze*, 2^e éd., Bern, Stämpfli, 1988.

- *Reformauswirkungen des neuen UWG aus der Sicht der Praxis*, in : *Das UWG auf neuer Grundlage*, Bern, Paul Haupt Verlag, 1989, pp. 99-112.

- *Ausstattungsschutz*, Zürich, Schweizerische Kommission für die Lauterkeit in der Werbung, 1989.

- *Ausstattungsrecht auf neuer Grundlage*, PJA 1992 pp. 1501-1509.

- *Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1992.

- *Eine weitere Kommission zum Schutze der Konsumenten ?*, RSJ 1992 pp. 106-107.

- *Das neue Markenschutzgesetz. Änderungen aus der Sicht des Praktikers*, RSJ 1993 pp. 109-114.

- *Beweislastumkehr bei Tatsachenbehauptungen in der Werbung*, PJA 1993 pp. 616-619.

DEHNER Walter, *Inhaltskontrolle allgemeiner Versicherungsbedingungen*, NJW 1993 pp. 2961-2966.

DELGADO PORRAS Antonio, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, Cuadernos Civitas, Civitas, 1988.

DELMAS-MARTY Mireille, *Criminalisation et infractions financières, économiques et sociales*, RSC 1977 pp. 509-520.

- *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, Economica, 1993.

DELMAS-MARTY Mireille / ROCHE-PIRE Evelyne, *Criminalité des affaires et marché commun. Quelques aspects*, Paris, Economica, 1982.

DELMAS-MARTY Mireille / TEITGEN-COLLY Catherine, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992.

DELVOIGT Werner, *Wettbewerbsbehinderung im schweizerischen IPR-Gesetz*, Th. Basel 1993.

DESELAERS Wolfgang, *Selektiver Vertrieb und Kontrahierungszwang nach Art. 85 EWG-Vertrag : europäisches Kartellrecht*, Bern, P. Lang, 1992.

DESJEUX Xavier, *Marques et parasitisme*, RIC 169 (1992) pp. 18-25.

DESSEMONTET François, *Les dommages-intérêts dans la propriété intellectuelle*, JT 1979 1 pp. 322-349.

- *L'enrichissement illégitime dans la propriété intellectuelle*, in : FS Kummer, Bern, Stämpfli, 1980, pp. 191-214.
 - *Quelques questions actuelles en droit de la publicité*, RSJ 1983 pp. 313-322, 339-341.
 - *Que reste-t-il de l'art. 8 LCD sur les conditions générales ?*, SAS 1987 pp. 109-112.
 - *Le contrôle judiciaire des conditions générales*, in : La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Lausanne, CEDIDAC, 1988, pp. 57-87.
 - *Propriété intellectuelle, brevets d'invention, marques, raisons de commerce, droit d'auteur, droit de la concurrence : aperçu de jurisprudence, extraits et résumés d'arrêts de la 1ère Cour civile et de la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral*, JT 1988 I pp. 290-320, JT 1990 I pp. 590-612.
 - *Les actions en contrefaçon de brevets dans le monde : Suisse*, in : Les actions en contrefaçon de brevets dans le monde, Paris, Jupiter, 1989, pp. 321-331.
 - *Les droits de propriété intellectuelle dans les opérations de joint-venture*, in : FS für Mario M. Pedrazzini, Bern, Stämpfli, 1990, pp. 567-588.
 - *Le droit à sa propre image : droit de la personnalité ou droit à la publicité ?* in : Mélanges Grossen, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1992, pp. 41-54.
 - *Droit à la marque*, PJA 1993 pp. 519-523.
 - *Droit des raisons sociales. Droit d'auteur. Droits voisins. Logiciel. Licence. Droit des marques. Marque générique ou descriptive. Concurrence déloyale. Aperçu de jurisprudence, extraits et résumés d'arrêts du Tribunal fédéral*, JT 1993 I pp. 354-368.
 - *La nouvelle loi contre la concurrence déloyale. Aperçu de la jurisprudence*, JT 1993 I pp. 368-384.
 - *Droit européen de la propriété intellectuelle : exposés introductifs, textes législatifs, jurisprudence de la Cour des Communautés européennes*, Lausanne, CEDIDAC, 1993.
 - *European Communities. Lois et arrêtés (1993-1994). Droit européen de la propriété intellectuelle*, Lausanne, CEDIDAC, 1994.
 - *Théorie fonctionnaliste de la concurrence et droits subjectifs. A propos de l'ouvrage de Mario M. Pedrazzini sur la concurrence déloyale*, RSDA 1994 pp. 117-119.
 - *Arbitrage, propriété intellectuelle et droit de la concurrence*, Bulletin ASA 1994, n° 6, pp. 55-97.
 - *Droit à la marque*, in : La nouvelle loi fédérale sur la protection des marques, Lausanne, CEDIDAC, 1994, p. 43-66.
 - *Propriété intellectuelle - Droit des brevets d'invention - Droit des marques - Concurrence déloyale - Droit d'auteur. Aperçu de jurisprudence, extraits et résumés d'arrêts*, JT 1994 I pp. 354-382.
- DI AMATO Astolfo, *Diritto penale dell'impresa*, 2^e éd., Milano, A. Giuffrè, 1992.
- DIEMER Guido, *Meinungsfreiheit und Wettbewerbsrecht*, in : FS für Rainer Klaka, München, J. Schweitzer, 1987, pp. 44-58.
- DIGGELMANN Peter, *Strofbestimmungen bei Unterlassungsbegehren im Immaterialgüterrecht*, RSP1 1992 pp. 23-26.
- DIVIER Pierre-François, *Le mensonge en publicité. Sa répression et sa prévention en France*, Paris, LGDJ, 1972.
- *Cinquante cas de publicité mensongère*, Paris, Litec, 1978.

- DOBROVOLNY Georg J., *Schutz des geistigen Eigentums : gewerbliche Schutzrechte in der Tschechischen und der Slowakischen Republik*, RSJ 1994 pp. 215-217.
- DOLFEN Michael, *Der Verkehr im europäischen Wettbewerbsrecht*, Heidelberg, R. von Decker's Verlag, 1991.
- DRACK FISCHER Bea, *Schädliche Wirkung der Anwaltskartelle*, Plädoyer 1994 pp. 9-12.
- DREYER Dominique, *La puissance d'achat en droit suisse de la concurrence*, Th. Fribourg 1981.
- DROLSHAMMER Jens. I. / DUCREY Patrik, *Wettbewerbsbeschränkende Abreden zur Regelung des schweizerischen Marktes und Art. 53 EWRA*, PJA 1992 pp. 1274-1283.
- *Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht / Le point sur le droit de la concurrence et des cartels*, RSJ 1995 pp. 210-218.
- DUBOIS Bernard, *Comprendre le consommateur*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1994.
- DUBS Hans, *Probleme des Unternehmensstrafrechts*, RPS 1992 pp. 275-283.
- DUCREY Patrik, *Die Kartellrechte der Schweiz und der EWG im grenzüberschreitenden Verkehr*, Th. Fribourg 1991.
- DÜRINGER Michael, *Radio- und Fernsehwerbung : unter besonderer Berücksichtigung ihrer Funktion als Finanzierungsinstrument der elektronischen Medien*, Th. Zürich 1994.
- DUTOIT Bernard, *La réclame comparative en droit suisse de la concurrence déloyale*, in : *Problemi attuali del diritto industriale*, Milano, A. Giuffrè, 1977, pp. 313-319.
- *Exposé de synthèse sur les tests comparatifs*, in : *Actes du Colloque de Lausanne*, Genève, Librairie Droz, 1979, pp. 85-98;
 - *Lo réclame comparative vraie et objective ou la quadrature du cercle. A propos d'un récent arrêt du TF*, in : *FS Kummer*, Bern, Stämpfli, 1980, pp. 311-323.
 - *Exposé de synthèse sur la concurrence parasitaire*, in : *La concurrence parasitaire en droit comparé*, Actes du Colloque de Lausanne, Genève, Librairie Droz, 1981, pp. 154-166.
 - *Apparition du délit de "unfair trading" en droit anglais de la concurrence déloyale ? A propos du récent arrêt "Advocaat Case" (1979) de la Chambre des Lords*, in : *FS für Meier-Hayoz*, Bern, Stämpfli, 1982, pp. 89-100.
 - *Réflexions comparatives sur la concurrence parasitaire en droit de la concurrence déloyale*, JT 1982 pp. 258-272.
 - *Le droit de la concurrence déloyale dans le domaine du ski*, RDS 1983 I pp. 293-307.
 - *Les nouveaux délits de concurrence ou le droit à la poursuite de son ombre*, in : *La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*, Lausanne, CEDIDAC, 1988, pp. 17-33.
 - *Droit de la concurrence déloyale et rapport de concurrence : un couple indissociable ? Un essai de réponse comparative*, in : *Mélanges Grossen*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1992, pp. 297-313.
 - *Le nouveau droit suisse des indications de provenance et des appellations d'origine : ombres et lumières*, RDS 1993 pp. 271-286.
 - *Les contrats de concession exclusive et de distribution sélective sous le double projecteur du droit suisse et du droit européen des ententes*, in : *RDS 1993* pp. 377-399.
 - *Convergences et divergences des droits nationaux de la concurrence déloyale dans la CEE*, in : *Un droit européen de la concurrence déloyale en formation ?*, Genève, Droz, 1994, pp. 97-117.

- DUTOIT Bernard / MOCK Peter, *Le contrôle administratif des contrats de licence et de transfert de technologie*, Genève, Droz, 1993.
- EDELMAN Bernard, *Droits d'auteur, droits voisins : droit d'auteur et marché*, Paris, Dalloz, 1993.
- EGLI Heinz, *Grundformen der Wirtschaftskriminalität. Fallanalysen aus der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 1985.
- ELBEN Roland, *Der Zusammenschluss von Grossunternehmen im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Bern, P. Lang, 1994.
- EMMERICH Volker, *Die freiheitssichernde Funktion des Wettbewerbsrechts : Deregulierung durch Recht*, PJA 1992 pp. 206-213.
- ENGBERDING Rainer O. M., *Spionageziel Wirtschaft*, Kriminalistik 1993 pp. 409-417.
- ERDEM H. Ercüment, *La protection de la personnalité économique et la concurrence déloyale : étude de droit turc*, in : *La protection de la personnalité*, Fribourg, Ed. universitaires, 1994, pp. 165-182.
- ERNST René, *Die vorsorglichen Massnahmen im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht*, Zürich, Schulthess, 1992.
- FABER Alexander, *Doping als unlauterer Wettbewerb und Spielbetrug*, Th. Zürich 1972.
- FALCONE Giovanni, *La criminalité organisée : un problème mondial. La mafia italienne en tant que modèle pour la criminalité organisée opérant à niveau international*, RICPT 1992 pp. 391-398.
- FASCHING Hans W., *Zur Formulierung und zur Bestimmtheit von Unterlassungsbegehren im österreichischen Wettbewerbsrecht*, in : *Recht und Rechtsdurchsetzung*, FS für H. U. Walder, Zürich, Schulthess, 1994, pp. 3-10.
- FAVRE Jacques, *Les modalités d'action de la commission des cartels et les techniques juridiques utilisées*, in : *Les instruments d'action de l'Etat*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1991, pp. 113-125.
- *L'approche économique et sociale de la concurrence*, in : FS für Bruno Schmidhauser, Bern, Stämpfli, 1991, pp. 41-58.
- FAVRE-BULLE Xavier, *L'article 31sexies de la Constitution fédérale. Bilan de plus de onze ans de protection des consommateurs*, PJA 1993 pp. 265-277.
- FIECHTER Markus, *Der Leistungsschutz nach Art. 5 lit. c UWG*, Bern, Paul Haupt Verlag, 1992.
- FILLION Bernard, *La réception de l'innovation technologique en droit pénal*, RSC 1990 pp. 270-284.
- FISCHER Claudia, *Die Stellung Dritter im europäischen Wettbewerbsverfahren. Eine vergleichende Untersuchung mit Blick auf das Antidumping- und EGKS-Recht sowie ausgewählte nationale Rechtsordnungen*, Bern, P. Lang, 1990.
- FISCHER Friedrich von, *Voraussetzungen und Umfang der Pflicht zur Herausgabe der durch unlauteren Wettbewerb gewonnenen Vorteile*, Th. Bern 1950.
- FOURGOUX Jean-Claude / FOURGOUX Jean-Louis, *Le conseil de la concurrence dans la vie économique et juridique de l'Europe*, Gaz. Pal. 1990, Doctrine, pp. 471-477.
- FOX Robert, *La répression des contraventions par les autorités administratives en droit vaudois : étude des procédures préfectorale et municipale*, Tolochenaz, Imprimerie Chabloz, 1993.
- FRANÇON André, *La protection des titres de journaux par le droit des marques et par l'action en concurrence déloyale*, in : *Mélanges Bastian*, Paris, Litec, 1974, pp. 39-47.

- FRANCO Bernard, *L'esprit de comparaison et l'autorité de la révélation*, RIC 171 (1993) pp. 47-48.
- FREITAS Denis de, *La piraterie en matière de propriété intellectuelle et les mesures à prendre pour la réprimer*, Bulletin du droit d'auteur, Vol. XXVI, n° 3 (1992), pp. 6-18.
- FRIEDRICH Peter, *Aggressive Werbemethoden in der Schweiz und deren Lauterkeitsrechtliche Beurteilung*, Zürich, Schulthess, 1993.
- FURRER Marc, *Concurrence et réglementation*, La Vie économique 5/1993 pp. 12-18.
- GALÁN CORONA Eduardo, *The Spanish Unfair Competition Act of 10th January 1991*, RIC 173 (1994) pp. 16-22.
- GALLI Giancarlo, *Die Bedeutung der Absicht bei Wettbewerbsverstößen und der Verletzung von Immaterialgüterrechten*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1991.
- GARRONE Pierre, *La libre circulation des personnes : liberté de mouvement, égalité, liberté économique : étude de droit communautaire et suisse*, Zürich, Schulthess, 1993.
- GAST Olivier, *Les procédures européennes du droit de la concurrence et de la franchise*, Paris, Jupiter, 1989.
- GAUCH Peter, *Die Verwendung "missbräuchlicher Geschäftsbedingungen" - Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG*, Baurecht 1987 pp. 51-60.
- GAUSSEL Alain, *Un panier de mensonges*, Paris, Le Seuil, 1973.
- GAUTHIER Jean, *Remarques sur le rôle de la sanction pénale en droit suisse*, in : Le rôle sanctionnateur du droit pénal, Fribourg, Ed. universitaires, 1985, pp. 219-228.
- GEGENBAUER Norbert, *Das EWR-Kartellrecht : die wettbewerbs- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen des EWR-Abkommens, des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer EFTA-Überwachungsbehörde und eines EFTA-Gerichtshofs und der Anpassungsprotokolle*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1993.
- GELLERT Claudius, *Wettbewerb und Leistungsorientierung im amerikanischen Universitätssystem*, Bern, P. Lang, 1993.
- GERHARDUS Thomas, *Berührungspunkte des Urheber- und des Wettbewerbsrechts*, Bern, P. Lang, 1994.
- GERMANN Oskar Adolf, *Grundfragen des strafrechtlichen Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb*, in : Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1942, pp. 101-121.
- *Zur Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes*, RStJ 1944 pp. 285-292.
- *Unlauterer Wettbewerb*, Zürich, Schulthess, 1945.
- *Die Bona Fides als Grundlage des Wettbewerbsrechts*, in : FS Simonius, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1955, pp. 71-89.
- *Zum Verhältnis zwischen der Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes und seinen Spezialtatbeständen*, in : FS für Walter Hug, Bern, Stämpfli, 1968, pp. 207-225.
- *Grundlagen des Schweizerischen Rechts über unlauteren Wettbewerb*, Bern, Stämpfli, 1979.
- GILGEN Rolf, *Das neue UWG : ein Maulkorb für die Medien*, Plädoyer 6/1990 pp. 29-30.
- GILLIÉRON Pierre-Robert, *Les voies et moyens dont dispose le juge pour combattre les abus ou les excès dans l'emploi des conditions générales*, SAS 1987 pp. 89-98.
- *Que reste-t-il de l'art. 8 LCD sur les conditions générales ?*, SAS 1987 pp. 113-114.
- GILLMEISTER Ferdinand, *Ermittlungsrechte im deutschen und europäischen Kartellordnungswidrigkeitenverfahren*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1985.

- GITBUD Leo, *Die rechtliche Behandlung der Preisunterbietung nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und der Kartellgesetzgebung in der Schweiz und in Deutschland*, Th. Fribourg 1974.
- GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, *Droit pénal des affaires*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1994.
- GLAIS Michel / LAURENT Philippe, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, Paris, PUF, 1983.
- GLAIS Michel, *Economie industrielle. Les stratégies concurrentielles des firmes*, Paris, Litec, 1992.
- *Définition du marché de référence dans le droit de la concurrence*, RIC 171 (1993) pp. 30-45
- GLASL Daniel, *Neue gesetzliche Bestimmungen für Schweizer Unternehmen. Implikationen des EG/EWR-Wettbewerbsrechts. "Durchführungsprinzip" im Verkehr mit den Nachbarländern*, NZZ 23.12.1993 p. 29.
- GOLAZ Eric, *L'imitation servile des produits et de leur présentation : étude comparée des droits français, allemand, belge et suisse*, Genève, Droz, 1992.
- GOLDMAN Berthold, *L'arbitrage international et le droit de la concurrence*, in : Bulletin ASA 1989 pp. 260-302, 366-367.
- GONZENBACH Rainer, *Rechtsprechung. Präfix "Mc". - Schnelle Gedanken zu einem Schnellimbiss-Urteil*, Recht 1992 pp. 128-134.
- *Zum Beispiel "Einbruchsanlage" : Sirenen und Sirengesänge für das schweizerische UWG ?*, RSDA 1992 pp. 20-33.
- *EG-Richtlinien im Bereich des Lauterkeitsrechts aus schweizerischer Sicht*, PJA 1992 pp. 1367-1385.
- GOURIO Alain, *La toilette du droit de la consommation. Commentaire de la loi n° 89-421 du 23 juin 1989*, Gaz. Pal. 1990, Doctrine, pp. 187-194.
- GOUSENBURG Victor, *La concurrence déloyale et sa répression en Suisse*, Th. Genève 1945.
- GOUVERNEUR Jacques, *Les fondements de l'économie capitaliste : introduction à l'analyse économique du capitalisme contemporain*, Paris, L'Harmattan, 1994.
- GRAFFENRIED Christoph von, *Vermögensrechtliche Ansprüche bei Urheberrechtsverletzungen*, Zürich, Schulthess, 1993.
- *Vermögensrechtliche Ansprüche bei Urheberrechtsverletzungen*, PJA 1993 pp. 599-603.
- GRASSO Giovanni, *Droit pénal des affaires, réglementation communautaire et coordination des dispositions sanctionnatrices nationales*, RICPT 1989 pp. 262-277.
- GRAZ Dominique, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises : étude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE*, Genève, Droz, 1988.
- GRETENER Max, *Wettbewerb in der Gebäudeversicherung*, Schweizerische Versicherungszeitschrift, Bern, 1993, pp. 217-225.
- GRISEL Etienne, *Liberté du commerce et de l'industrie, Libéralisme et droit économique en Suisse*, Bern, Stämpfli, 1993 (vol. 1) et 1995 (vol. 2).
- GROPP Walter, *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität : ein rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz*, Freiburg im Breisgau, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1993.
- GUBLER Andreas, *Der Ausstattungsschutz nach UWG*, Bern, Stämpfli, 1991.

- GUGERBAUER Norbert, *EWK-Kartellrecht, Wettbewerbsregeln und Fusionskontrolle*, Wien, Manz Verlag, 1993.
- GUINCHARD Serge, *Vingt ans après : l'évolution des sanctions de la publicité mensongère*, in : *Mélanges Albert Chavarne*, Paris, Litec, 1990, pp. 11-25.
- GULDIMANN Werner, *Zur extraterritorialen Anwendung nationaler Wettbewerbsgesetze in der internationalen Zivilluftfahrt*, Bulletin / Schweizerische Vereinigung für Luft- und Raumrecht, Zürich, 1989, n° 4, pp. 156-169.
- GÜRZUMAR Osman Berat, *Der Franchisevertrag unter besonderer Berücksichtigung der immaterialgüterrechtlichen Schutzprobleme*, Flamatt, Copy Quick, 1991.
- GUYET Jaques, *Concurrence déloyale par l'emploi de tableaux de référence à des marques de parfums*, RSPI 1985 pp. 33-36
- Les actions en justice*, in : La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Lausanne, CEDIDAC, 1988, pp. 89-108.
- *Les conditions générales, les conditions commerciales "abusives" et l'art. 8 de la nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*, in : *Mélanges Assista*, Genève, TCS, 1989, pp. 47-68.
 - *La distribution sélective en droit suisse, nouveaux développements*, RSPI 1990 pp. 251-277.
 - *La protection des titres professionnels, notamment celui d'avocat, en droit suisse*, RSPI 1991 pp. 339-348.
 - *Les voies de droit et les sanctions*, in : La nouvelle loi fédérale sur la protection des marques, Lausanne, CEDIDAC, 1994, pp. 95-145.
 - *Die weiteren Spezialklauseln (Art. 4-8 UWG)*, in : *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Band V/1 : *Lauterkeitsrecht*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1994, pp. 167-206.
 - *Wettbewerbsverwaltungsrecht (Art. 16-22 UWG)*, in : *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Band V/1 : *Lauterkeitsrecht*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1994, pp. 207-238.
 - *Wettbewerbsstrafrecht (Art. 23-27 UWG)*, in : *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Band V/1 : *Lauterkeitsrecht*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1994, pp. 239-248.
- GUYOTJEANNIN Olivier, *L'odyssée des faussaires*, in : *L'histoire*, avril 1994, pp. 16-22.
- GYGI Pierre, *Regelungsdichte und Wettbewerb in der Krankenversicherung*, NZZ 18.11.1994 p. 15.
- HAEFLIGER Peter, *Elektrizitätsmarkt und Wettbewerb*, in : FS für Bruno Schmidhauser, Bern, Stämpfli, 1991, pp. 137-160.
- HANDEL Armin, *Der Schutz internationaler Vertriebs- und Preisbindungen gegen Aussenseiter : eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Bern, P. Lang, 1992.
- HARDING C. S. P., *The European communities and control of criminal Business Activities*, in : *International and Comparative Law Quarterly*, 1982, pp. 246-262.
- HAUSER Heinz, *Harmonization or regulatory competition in the EC 92 and the EEA ?*, in : *Constitutional problems of European integration EC 92 and beyond*, Zürich, Rügger, 1991, pp. 265-280.
- HÄUSSER Erich, *Schutzrechte als strategische Waffen im Wettbewerb*, GRUR 1993 pp. 211-218
- HEER Peter, *Zum Begriff des "Wirksamen Wettbewerbs" am Beispiel des Pharmamarktes*, in : FS für Bruno Schmidhauser, Bern, Stämpfli, 1991, pp. 119-135.

- HEFERMEHL Wolfgang, *Das Prokrustesbett "Wettbewerbsverhältnis"*, in : FS für Kummer, Bern, Stämpfli, 1980, pp. 345-361.
- HEINRICH Peter, *Das UWG als Presse-Maulkorb ? Divergierende Meinungen von Juristen und Journalisten*, NZZ 20.10.1994 p. 15
- HEINZELMANN Wilfried, *Der Schutz der berühmten Marke*, Bern, Stämpfli, 1993.
- *Der Schutz der berühmten Marke*, PJA 1993 pp. 531-536.
- HELALI M. S. E., *La Convention européenne des droits de l'homme et les droits français et communautaire de la concurrence*, RTDE 1991 pp. 335-362, 609-633.
- HELMSTÄDTER Ernst, *Was ist dynamischer Wettbewerb ?*, in : FS für Werner Benisch, Köln, C. Heymann, 1989, pp. 17-26.
- HERDEGEN Matthias, *Internationales Wirtschaftsrecht : ein Studienbuch*, München, C. H. Beck, 1993.
- HÉRITIER Anne, *Les pots-de-vin*, Th. Genève 1981.
- HERTIG Gérard, *Le rôle du consommateur dans le droit de la concurrence en Suisse, aux Etats-Unis et dans la CEE*, Lausanne Payot, 1984.
- *Que reste-t-il de l'art. 8 LCD sur les conditions générales ?*, SAS 1987 pp. 115-116.
- *Les nouvelles LCD et LCart : convergences et divergences*, in : Das UWG auf neuer Grundlage, Bern, Paul Haupt Verlag, 1989, pp. 37-69.
- *Konturen des Kapitalmarktrechts : Abbau von Wettbewerbsverzerrungen ohne Verlust der Konkurrenzfähigkeit*, in : Kennzeichen des EG-Rechts, Zürich, NZZ Verlag, 1992, pp. 49-53.
- HILTI Christian, *Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz statt Nachbarrechte ?*, Th. Zürich 1986.
- *Zum Anwendungsbereich des neuen Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, RSJ 1989 pp. 129-134.
- HOLTZ-BONNEAU Françoise, *Déjouons la publicité*, Montargis, Editions de la Surienne, 1980.
- HOMBURGER Eric, *Wettbewerbsrecht*, in : Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts, Zürich, Schulthess, 1990, pp. 357-376.
- *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 20. Dezember 1985 mit vergleichenden Hinweisen auf die Wettbewerbsrechte der BRD, EG und USA*, Zürich, Schulthess, 1990.
- *Recht und private Wirtschaftsmacht*, Schulthess, 1993.
- HOPPE Jürgen F., *Lizenz- und Know-how-Verträge im internationalen Privatrecht*, Bern, P. Lang, 1994.
- HORST Jan-Peter, *Das Verbot der vertikalen Preisbindung : Interdisziplinäre Analyse eines Tabus auf marketingwissenschaftlicher und wettbewerbspolitischer Grundlage*, Bern, P. Lang, 1992.
- HÖSCH Ulrich, *Der Einfluss der Freiheit des Warenverkehrs (Art. 30 EWGV) auf das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, Bern, P. Lang, 1994.
- HOSS Axel, *Beurteilung von Wettbewerbspraktiken in der Versicherungswirtschaft anhand des UWG*, Th. Köln 1993.
- HOTZ Karl Matthias, *Zur Bedeutung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) für die Massenmedien*, RSJ 1990 pp. 26-32.
- HÜBNER Ulrich, *Rechtliche Rahmenbedingungen des Wettbewerbs in der Versicherungswirtschaft : eine vergleichende Untersuchung zu den Rechtsordnungen Grossbritanniens, Frankreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1988.

- HUET Jérôme, *Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives (à propos de la loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs)*, La semaine juridique, Doctrine, 1992, pp. 271-275.
- HUMMEL Marlies, *Importance économique du droit d'auteur*, Bulletin du droit d'auteur, Vol. XXIV, n° 2 (1990), pp. 14-22.
- ISRAËL Jean-Jacques, *Contentieux administratif et contentieux de la concurrence*, in : Mélanges René Chapus, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 315-332.
- JADAUD Bernard / PLAISANT Robert, *Droit du commerce international*, 4^e éd., Paris, Mémento Dalloz, 1991.
- JAKOB-SIEBERT Thinam, *Vertriebsfragen und europäisches Wettbewerbsrecht*, in : FS für H.-J. Meyer-Marsilius, Zürich, Europa-Institut, 1993, pp. 17-30.
- JEANRENAUD Yves, *La nouvelle loi sur la protection des marques*, SJ 1994 pp. 701-715.
- JENE-BOLLAG Irène, *Die Schutzfähigkeit von Marke und Ausstattung unter dem Gesichtspunkt des Freihaltebedürfnisses*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1981.
- JETZER Rolf Peter, *Lockvogelwerbung*, Th. Zürich 1979.
- *Competition law : the free market challenge : Switzerland*, International corporate law, London, 1992, September, pp. 58-62.
- JOSSI Alfred, *Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Arbeitsbedingungen*, Th. Bern 1947.
- JUNG Heike, *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Bern, Paul Haupt Verlag, 1992.
- JUNOD Charles-André, *Problèmes actuels de la Constitution économique suisse*, RDS 1970 pp. 591-820.
- KALMTHOUT Anton M. van / TAK Peter J. P., *Sanctions-systems in the member-States of the Council of Europe*, Deventer, Kluwer, 1988 et 1992.
- KEEL Raymund, *Der unlautere Wettbewerb ohne Verschulden*, Th. Bern 1944.
- KELLENS Georges, *Nouvelles fraudes. Permanence et évolution du droit pénal au regard du renouveau de la fraude*, RICPT 1991 pp. 243-252.
- KENEL Philippe, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais. Un modèle pour la Suisse ?*, Genève, Droz, 1991.
- KILLIAS Martin, *Y a-t-il une inflation pénale ? Quelques commentaires suscités par la contribution du professeur Lawrence W. Sherman sur la création de lois pénales et la prétendue érosion du contrôle social*, RICPT 1994 pp. 22-28.
- KILLIAS Pierre-Alain, *La nature juridique des recommandations de la commission des Cartels*, RSDA 1992 pp. 281-287.
- KLAKA Rainer, *Persönliche Haftung des gesetzlichen Vertreters für die im Geschäftsbetrieb der Gesellschaft begangenen Wettbewerbsverstöße und Verletzungen von Immaterialgüter-rechten*, in : FS für Döllerer, Düsseldorf, IDW-Verlag, 1988, pp. 269-284.
- KLASS Stefan, *Wettbewerbsrechtlich relevante Empfehlungen im neuen Kartellgesetz*, Zürich, Schulthess, 1993.
- KNAAK Roland / RITSCHER Michael, *Recht der Werbung in Europa, Band 5 : Schweiz*, Bonn, Editions ZAW, 1991.
- KOLLER Thomas, *Das Sanktionensystem des Konsumkreditrechts*, in : Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Bern, Stämpfli, 1994, pp. 81-105.
- KORAH Valentine / ROTHNIE WARWICK A., *Exclusive distribution and the EEC competition rules*, 2^e éd., London, Sweet and Maxwell, 1992.

- KORTSIK Roland, *Der urheberrechtliche Schutz von Computersoftware : zugleich ein Beitrag zum urheberrechtlichen Inhaltsschutz wissenschaftlicher Werke*, Darmstadt, Copy Shop, 1993.
- KOVAR Robert, *Droit communautaire de la concurrence et arbitrage*, in : *Mélanges Goldman*, Paris, Litec, 1983, pp. 109-124.
- *Code européen de la concurrence*, Paris, Dalloz, 1993.
- KRAFT Alfons, *Wettbewerbsrecht und Diskriminierungsverbot*, in : *FS für Kummer*, Bern, Stämpfli, 1980, pp. 389-399.
- KRAMER Ernst A., *Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts*, RDS 1979 pp. 49-92.
- *"Starke" und "schwache" Firmenbestandteile*, in : *FS für Mario M. Pedrazzini*, Bern, Stämpfli, 1990, pp. 603-615.
- KUHN Moritz, *Was bedeutet die offene Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) gemäss Art. 8 neu UWG für die schweizerische Versicherungswirtschaft ?*, *Revue suisse d'assurances* 1987 pp. 275-287.
- *Der Einfluss der Deregulierung und des EU-Wettbewerbsrechts auf den schweizerischen Versicherungsmarkt (1. Teil)*, *Revue suisse d'assurances* 1994 pp. 270-275.
- KUMMER Max, *Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtsätze gegen den unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb*, Bern, Stämpfli, 1960.
- KUNZ Peter V., *Neuerungen auf bewährter Grundlage : Gesetzesrevisionen im Markenschutz- und Urheberrecht*, *Recht* 1993 pp. 130-139.
- *Parallelimporte und selektive Vertriebssysteme nach revidiertem Markenrecht*, *Recht* 1994 pp. 216-225.
- *Eine Entgegnung. Greift das Markenschutzgesetz bei Parallelimporten ?*, *NZZ* 06.04.1994 p. 37.
- *Wurde das Kartellprivatrecht vergessen ? Nutzlose Regelungen und Korrekturmöglichkeiten*, *NZZ* 22.11.1994 p. 27.
- KÜNZLE Hans Rainer, *Die vergleichende Werbung im schweizerischen Wettbewerbsrecht - de lege lata und de lege ferenda*, *WuR* 1982 pp. 163-.
- KURER Martin, *Grundlagen und neuere Entwicklungen des Wettbewerbsrechtes der Europäischen Gemeinschaft (EG)*, *RSJ* 1990 pp. 277-287.
- KURER Martin / McINTOSH David / SCHWENNINGER Marc, *EU-Konsumentenrecht : Produkthaftpflicht, Produktsicherheit und andere EU-Richtlinien zum Konsumentenschutz*, *RSJ* 1994 pp. 169-178.
- LASSEN Harriet, *Protection of Three-Dimensional Trade Marks*, *RSPi* 1994 pp. 147-149.
- LAUTERBURG Margareta, *Zwischen Wettbewerbsordnung und Preisadministration : Überlegungen zum Geltungsbereich des KG (Art. 1, Art. 44 Abs. 2 lit. b) und den behördlichen Zuständigkeiten im Grenzbereich von Wettbewerbs- und staatlichen Marktordnungen anhand eines Falles aus der Praxis*, in : *FS für Bruno Schmidhauser*, Bern, Stämpfli, 1991, pp. 85-117.
- LECLERC Michel-Edouard, *La fronde des caddies. Vers une nouvelle société de consommation*, Paris, Plon, 1994.
- LÉGER Jacques A., *Mesures provisoires en matière de concurrence déloyale*, *RIC* 170 (1993) pp. 47-51.
- LEHMANN Michael, *Das Prinzip Wettbewerb*, *JZ* 1990 pp. 61-68.

- LERCHE Peter, *Meinungsfreiheit und Richtigkeitsanforderungen an Tatsachenangaben im wirtschaftlichen Wettbewerb*, in : FS für Werner Lorenz, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1991, pp. 143-153.
- LEY Anne-Marie / HILL Roland, *La publicité télévisée se prépare à affronter la concurrence*, *Journal de Genève* 30.09.1994 p. 2.
- LHUILIER Gilles, *Le critère jurisprudentiel d'application du droit de la concurrence*, RTDCOE 1994 pp. 645-693.
- LIMBURG Andreas, *Das Untersuchungsverfahren nach schweizerischem Kartellgesetz*, Bern, Stämpfli, 1993.
- LINDER Daniel, *Das UWG als Ansatz des Konsumentenschutzes - Instrumentalisierung des Lauterkeitsrechts im Hinblick auf den Schutz von Konsumenteninteressen ?*, Zürich, Schulthess, 1994.
- LOCHER Felix, *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht der Immaterialgüterrechte aus urheberrechtlicher Sicht*, Zürich, Schulthess, 1993.
- LOEWENHEIM Ulrich, *Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs*, RIC 172 (1993) pp. 6-22.
- *Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs*, RIC 174 (1994) pp. 33-41.
- LOTZE Philipp, *§ 6 e UWG im Lichte der Rechtsprechung des EuGH*, RIC 173 (1994) pp. 27-30.
- LUSSER Markus, *Eurokompetitiv statt nur eurokompatibel werden*, NZZ 08.08.1994 p. 13.
- LUSTENBERGER Urs, *Der Missbrauchs begriff im schweizerischen Kartellrecht : Studie zum Nachweis der unzulässigen Vorkehr im Kartellzivilprozess*, Th. Zürich 1993.
- LUTZ Martin Johannes, *Protection of computer programs in Switzerland*, IIC 1994 pp. 153-177.
- LYON-CAEN Antoine, *Droit social et droit de la concurrence : observations sur une rencontre*, in : Mélanges Jean Savatier, Paris, PUF, 1992, pp. 331-343.
- MAAG Andreas, *Das Verbot Wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag und im Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Bern, Stämpfli, 1979.
- MACH Olivier, *L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence*, Genève, Georg éd., 1974.
- *Droit des ententes (art. 85 CEE / art. 53 EEE)*, in : Accord EEE, Zürich, Schulthess, 1992, pp. 327-354.
- *Le contrôle des concentrations (art. 57 EEE)*, in : Accord EEE, Zürich, Schulthess, 1992, pp. 355-388.
- MARTI Hanspeter O., *Vergleichende Werbung*, Schriftenreihe der Schweizerischen Kommission zur Überwachung der Lauterkeit in der Werbung, Heft n° 1, 1980.
- MARTIN-ACHARD Edmond, *La notion de concurrence déloyale*, JT 1977 I pp. 34-57.
- *La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD)*, Lausanne, Payot, 1988.
- *Les principes généraux de la nouvelle loi*, in : La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Lausanne, CEDIDAC, 1988, pp. 9-15.
- *La concurrence et les tiers*, SJ 1991 pp. 33-35.
- MARTIN-ACHARD Edmond / MARTIN-ACHARD Pierre, *Concurrence déloyale, La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986*, FJS n° 887 (1989).
- MATTER Andreas, *Lackvogelproblematik und UWG-Revision*, RDS 1986 Ipp. 429-468.

- MATTER Erwin, *Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb*, RJB 1951 449-471.
- MAUR Rolf auf der, *Das Urheberrecht des Produzenten : schweizerische Lehre und Gesetzgebung im Zuge der europäischen Rechtsharmonisierung*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1991.
- *Schmale Brücke zwischen Geld und Geist : das neue Urheberrechtsgesetz im Überblick*, PJA 1993 pp. 554-557.
 - *Schmale Brücke zwischen Geld und Geist. Das neue Urheberrechtsgesetz im Überblick*, NZZ 29.06.1993 p. 19.
 - *Multimedia - mehr als ein Videospiel. Chancen und Risiken für Verleger und solche, die es werden wollen*, NZZ 25.07.1994 p. 13.
- MAVRODIS Petros C., *Handelspolitische Abwehrmechanismen der EWG und der USA und ihre Vereinbarkeit mit den GATT-Regeln : eine rechtsvergleichende Analyse der Verordnung 2641/84 (EWG) und "Sektion 301" des "Omnibus Trade and Competitiveness Act" von 1988 (USA)*, Stuttgart, Verlagsgesellschaft Internationales Recht, 1993.
- MAYR Rudolf, *Unlauterer Wettbewerb am TV oder richterlicher Bildschnitt ?*, Plädoyer 1/1995, pp. 14-15.
- MEISSER J. David, *Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Widerspruchsverfahren*, RSPI 1994 pp. 167-178.
- MELI Vincenzo, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi "non equi"*, Milano, A. Giuffrè, 1989.
- MENKE Burkhard, *Recht und Ökonomie der kritisierenden vergleichenden Werbung*, Bern, P. Lang, 1994.
- MERCIAI Patrizio, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1993.
- MESSERLI Beat, *Unlauterer Wettbewerb durch systematische Annäherung an fremde Ausstattungen*, RSPI 1988 pp. 29-36.
- MESTMÄCKER Ernst-Joachim, *Zur Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf die Mitgliedstaaten und die Europäischen Gemeinschaften*, Sankt-Gallen, Liberales Forum, 1992.
- MEYER Alfred Hagen, *Kennzeichnung importierter Lebensmittel : die deutsche Wettbewerbsrechtsprechung im Lichte der europäischen Rechtsentwicklung*, Th. Bayreuth 1992.
- MEYER Jean, *La mise sur pied d'une commission de la sécurité des consommateurs en Suisse : une nécessité ?*, RSJ 1991 pp. 369-373.
- MEYER Leonz, *Das selektive Vertriebssystem : seine Berührung mit dem KG, UWG, IPR und dem Europa-Recht*, Bern, P. Lang, 1993.
- *Schutz selektiver Vertriebssysteme durch das Markenschutzgesetz*, RSJ 1994 pp. 94-97.
 - *Bedeutender Einfluss europäischen Rechts auf die Schweiz. Vereinheitlichter Markenschutz in Europa*, NZZ 19.07.1994 p. 19.
- MICHEL Janett, *Die Entwicklung des zivilrechtlichen Begriffs : Unlauterer Wettbewerb*, Th. Bern 1946.
- MICKLITZ Hans W., *La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976. Bilan de onze années d'application*, RIDP 1989 pp. 101-122.
- *Protection du consommateur et marché intérieur. Quelques réflexions sur les contrats de réparation, d'entretien et de garantie*, RTDE 1992 pp. 515-528.

- MÖSCHEL Wernhard, *La distribution sélective d'automobiles en droit européen de la concurrence*, RTDCDE 1991 pp. 1-26.
- *Wettbewerbsrecht Feigenblatt der Marktwirtschaft ?*, in : 40 Jahre Rechtsentwicklung, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1990, pp. 159-175.
 - *Schutzziele eines Wettbewerbsrechts*, in : FS für Fritz Rittner, München, C.H. Beck, 1991, pp. 405-421.
- MOSER Peter, *Schweizerische Wirtschaftspolitik im Internationalen Wettbewerb, ein Ordnungspolitisches Programm*, Zürich, Orell Füssli, 1991.
- MÜLBERT Peter O., *Das Transparenzgebot des UWG als Instrument der AGB-Kontrolle*, PJA 1995 pp. 723-732.
- MÜLLER Jürg, *Einleitung und Generalklausel (Art. 1-2 UWG)*, in : Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1 : Lauterkeitsrecht, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1994, pp. 1-75;
- MÜLLER Wolfgang, *Immaterialgüterrecht in Liechtenstein*, in : RSPI 1994 pp. 21-33.
- MÜNCH Peter, *Aktuell aus dem Bundesgericht. Marktrelevante Äusserungen von Wissenschaftlern und Wettbewerbsrecht*, RJB 1994 pp. 306-307.
- NEIRYNCK Jacques / HILGERS Walter, *Le consommateur piégé - Le dossier noir de la consommation*, Paris, Editions ouvrières, 1975.
- NENNEN Dieter Joseph, *Rechtsweg bei kartellrechtlichen Streitigkeiten zwischen Krankenkassen und privaten Leistungsbringern*, Th. Münster 1993.
- NEUMAYER Karl H., *Zu Art. 8 des neuen UWG : eine rechtsvergleichende Analyse*, in : FS für Max Keller, Zürich, Schulthess, 1989, pp. 727-741.
- NIEDERMEIER Ursula, *Deutsches Immaterialgüterrecht in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts seit 1945*, in : Das Recht Deutschlands und der Schweiz im Dialog, Genève, Université de Genève, 1993, pp. 77-102.
- NOBEL Peter, *Zu den Schranken des UWG für die Presse*, RSJ 1992 pp. 245-253.
- *Ein praxisbezogenes Lehrbuch [von Mario Pedrazzini]. Unlauterer Wettbewerb - "entfunktionalisiert"*, NZZ 22/23.05.1993 p. 36.
- NOBEL Peter / MEILI Andreas, *Unlauterer Wettbewerb und Medienpraxis. Für eine "medienverträgliche" Handhabung des UWG*, NZZ 17-18.07.1993 p. 19.
- NOFAL Samer Thomas, *Der Rechtsschutz im Antidumping- und Wettbewerbsrecht nach Artikel 173 Absatz 2 und Artikel 175 Absatz 3 des EWG-Vertrages*, Th. Universität des Saarlandes 1989.
- NORDEMANN Wilhelm, *Entwicklungsland Schweiz ? Bemerkungen zu der Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 19. Juni 1989*, in : FS für Mario M. Pedrazzini, Bern, Stämpfli, 1990, pp. 629-640.
- *Urheberrecht : Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz : mit den Texten der Urheberrechtsgesetze der früheren DDR, Österreichs und der Schweiz*, 8^e éd., Köln, Kohlhammer, 1994.
- NORDEMANN Wilhelm / VINCK Kai / HERTIN Paul W. / MEYER Gérard, *International Copyright and Neighbouring Rights Law. Commentary with special emphasis on the European Community*, Weinheim, VCH Verlagsgesellschaft mbH, 1990.
- NORDMANN Philippe, *Der Schutz des Mieters nach dem neuen Gesetz über den unlauteren Wettbewerb*, Mietrechtspraxis 1989 pp. 1-12.
- NÜTZI Patrick, *Urteilsanmerkung. UWG ohne Grenzen ? Anmerkungen zum Entscheid des Bundesgerichts vom 23.2.1994 i. S. H. c. Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe in der Schweiz*, RJB 1994 pp. 625-637.

- ONDO Gabor-Paul, *Die Interpretation der kartellrechtlichen Bestimmungen im Lichte der Verfassungsnorm : ein Beitrag unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter Stellungnahmen aus dem Banken-Bericht*, Th. Zürich 1993.
- OPATZ Claus Dieter, *Die Vertragsbeendigung im Bereich des integrierten Vertriebs als wettbewerbswidrige Handlung : ein Vergleich des deutschen mit dem französischen Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung wettbewerbspolitischer Konzeptionen*, Bern, P. Lang, 1993.
- PALMERO Javier / PARADELL Lluís, *L'association momentanée au regard du droit communautaire de la concurrence*, 1992, pp. 42-56.
- PECHLANER Harald, *Private Banking : eine Wettbewerbsanalyse des Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsmarktes in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Zürich, Rüegger, 1993.
- PEDRAZZINI Mario M., *Zur Praxisrelevanz der UWG-Revision für das Gebiet des Zivilrechts*, RSJ 1981 pp. 121-128.
- *Vom alten zum neuen UWG*, in : Rechtsprobleme der heutigen Wirtschaftsordnung, Lugano, Banca del Gottardo, 1989, pp. 125-142.
 - *L'art. 3 lit. a) - d) della nuova legge federale contro la concorrenza sleale e il suo rapporto con i diritti immateriali*, Rep. 1989 pp. 23-30.
 - *Die Verleitung zum Vertragsbruch nach dem neuen UWG*, RSPi 1991 pp. 349-358.
 - *Unlauterer Wettbewerb (UWG)*, Bern, Stämpfli, 1992.
 - *Neuere Entwicklungen im Urheberrecht des Architekten*, Baurecht 1993 pp. 3-8.
 - *Das Tessiner Urheberrechtsgesetz von 1835*, in : FS für Claudio Soliva, Zürich, Schulthess, 1994, pp. 175-182.
- PENARD Maurice, *Concurrence déloyale et appropriation de la bonne renommée d'autrui*, RSPi 1956 pp. 63-71.
- PERRET François, *La protection des prestations*, in : La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Lausanne, CEDIDAC, 1988, pp. 35-55.
- *Due nuovi delitti di concorrenza secondo la Legge federale contro la concorrenza sleale del 19 dicembre 1986 : i prezzi adescanti e lo sfruttamento di una prestazione d'altri*, Rep. 1989 pp. 31-43.
- PERRIN André, *La concurrence économique selon les dispositions civiles de la loi fédérale sur la concurrence déloyale du 30 septembre 1943*, Lausanne, Impr. H. Jaunin, 1960.
- PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, *Au nom de la liberté économique : de la libre concurrence au partage du pouvoir*, RSDiC 17/1983 pp. 3-25.
- PFISTER Rudolf, *Untersuchungen über das Verhältnis der Grundsätze über den unlauteren Wettbewerb zu den Bestimmungen der gewerblichen Spezialgesetze*, Th. Bern 1935.
- PIZZIO Jean-Pierre / LAMBERT Jean / VILLÉON Baudoin de la, *Droit du marché : commerce des produits et des services : France et CEE*, Paris, Dalloz, 1993.
- PLIAKOS Asteris, *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1987.
- PREISSINGER Eberhard, *Die Privilegierung öffentlicher Unternehmen*, Th. Bayreuth 1990.
- PROBST Franz, *Zum neuen Markenschutzgesetz*, RSDA 1993 pp. 175-181.
- PUKALL Kirstin, *Meinungsvielfalt im Rundfunk nach der audiovisuellen Revolution : verfassungs- wettbewerbs- und europarechtliche Aspekte*, Bern, P. Lang, 1994.
- QUAEDVLIEG Antoon, *Erfahrungen mit dem Schutz von Formen in den Niederlanden*, RSPi 1994 pp. 135-146.

- RAMPINI Adriano, *Das Emmissionsgeschäft für Schweizerfronken-Anleihen : eine Beurteilung des Wettbewerbs aus industrieökonomischer Sicht*, Bern, Paul Haupt Verlag, 1993.
- RAUBER Georg, *Das neue Markenrecht : Mittel gegen Parallelimporte ?*, PJA 1993 pp. 537-541.
- RAUBER Georg / MÜLLER Thomas, *Markenschutz als Hürde für den Wettbewerb ? Argumente für ein Verbot von Parallelimporten*, NZZ 29/30.10.1994 p. 29.
- RAYROUX François, *Amerikanisches Civil Jury Trial und Antitrust-, Products Liability- und Derivative Suits : vergleichende Aspekte*, Zürich, Schulthess, 1994.
- REHBINDER Manfred, *Schweizerisches Urheberrecht*, Bern, Stämpfli, 1993.
- *Rechtsdurchsetzung im neuen schweizerischen Urheberrechtsgesetz*, in : FS für H.-U. Walder, Zürich, Schulthess, 1994, pp. 81-94.
- REICH Norbert, *Le droit du consommateur en Europe. Le marché unique et les intérêts du consommateur*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1993.
- RENOLD Marc-André, *Les conflits de lois en droit antitrust*, Zürich, Schulthess, 1991.
- REUTER Alexander, *Der Ausländer im deutschen Wettbewerbs- und Kennzeichnungsrecht*, RSPi 1990 pp. 17-35.
- RIKLIN Franz, *Strafrechtliche Aspekte der Anwendung des neuen UWG auf Medienschaffende*, PJA 1993 pp. 620-625.
- RITTER Lennart / BRAUN W. David / RAWLINSON Francis, *EEC Competition Law. A Practitioner's Guide*, Deventer, Kluwer, 1991.
- ROHLFING Stéphanie Régine, *Investigations et sanctions en droit de la concurrence : étude de droit comparé*, Bern, P. Lang, 1994.
- ROMY Isabelle / WOLLMANN GAUTIER Eve/ WERNLI Martin, *Concurrence déloyale : textes législatifs et répertoire des arrêts fédéraux et cantonaux*, Lausanne, CEDIDAC, 1989.
- ROSENKRANZ August, *Parallelimporte und das neue Markenschutzgesetz*, RSDA 1994 pp. 120-122.
- ROTH Robert, *Les changements dans l'application du droit par l'effet des techniques*, Cahiers Vilfredo Pareto, Genève, tome 29 (1991), pp. 147-157.
- *La Suisse face au droit (pénal) européen des affaires : le grand saut*, DeS 1994 pp. 227-233.
- ROUBACH Michel, *La nouvelle réglementation des soldes*, Gaz. Pal. 1990, Doctrine, pp. 181-184.
- *Les nouvelles réglementations de la publicité*, Gaz. Pal. 1990, Doctrine, pp. 501-503.
- ROUX Claude / KHANMY Aita / MARGOT Pierre, *Une nouvelle génération de contrefaçons : les photocopies couleurs : leur danger, leur identification, les moyens de lutte et de prévention à leur encontre*, RICPT 1989 pp. 351-366.
- RUEY Claude, *Monopoles cantonaux et liberté économique*, Th. Lausanne 1988.
- RUFFNER Markus, *Funktionale Konkretisierung der Schlüsselartikel des neuen schweizerischen Kartellgesetzes*, Zürich, Schulthess, 1990.
- *Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrecht : Möglichkeiten und Grenzen einer markt- und institutionentheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik*, Zürich, Schulthess, 1990.
- SACK Rolf, *Probleme des neuen schweizerischen UWG im Vergleich mit dem deutschen UWG*, in : Das UWG auf neuer Grundlage, Bern, Paul Haupt Verlag, 1989, pp. 113-159.

- *Grenzüberschreitende Zugabe- und Rabattwerbung*, IPRax 1991 pp. 386-392.
- *Marktortprinzip und allgemeine Ausweichklausel im internationalen Wettbewerbsrecht, am Beispiel der sog. Gran-Canaria-Fälle*, IPRax 1992 pp. 24-29.
- SAINT-GAL Yves, *Evolution de la législation et de la jurisprudence en matière de concurrence déloyale et du droit de la concurrence depuis octobre 1989*, RIC 172 (1993) pp. 23-40.
- SALADIN Peter, *Das Recht auf Werbung und seine öffentlich-rechtlichen Schranken*, Th. Sankt-Gallen 1969.
- SANSON-HERMITTE Marie-Angèle, *La notion de source de droit à l'épreuve du droit européen de la concurrence*, in : *Mélanges Goldman*, Paris, Litec, 1983, pp. 299-326.
- SAXER Urs, *Die Anwendung des UWG auf ideelle Grundrechtsbetätigungen : eine Problemskizze*, PJA 1993 pp. 604-611.
- SCHALTEGGER Paul, *Die Haftung der Presse aus unlauterem Wettbewerb*, Zürich, Schulthess, 1992.
- SCHEJA Katharina, *Der Mittelstandsschutz im belgischen Gesetz über die Handelspraktiken : eine rechtsvergleichende Studie zu mittelstandsschützenden Vorschriften des belgischen und deutschen Rechts des unlauteren Wettbewerbs*, Bern, P. Lang, 1994.
- SCHLAEPPI Pierre-Alexandre, *Notion de l'art appliqué et sa protection en droit d'auteur suisse : avec un aperçu de droit français, allemand, italien et de droit international*, Th. licence Lausanne 1993.
- SCHLUEP Walter René, *Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewusste*, RDS 1972 I pp. 353-394.
 - *Über Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb*, in : FS für Alois Troller, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1976, pp. 225-254.
 - *Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen*, in : FS Sieber, Bern, Paul Haupt Verlag, 1976, pp. 95-130.
 - *Lockvogelpreise und Lockvogelmarken im schweizerischen Recht*, in : *Prix et marques d'appel en droit comparé*, Actes du Colloque de Lausanne, Genève, Librairie Droz, 1976, pp. 57-84.
 - *Über den Begriff der Wettbewerbsverfälschung*, in : FS für Kummer, Bern, Stämpfli, 1980, pp. 487-521.
 - *"Wirksamer Wettbewerb", Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts*, Bern, H. Huber, 1987.
 - *Aspects de politique nationale et de morale économique de la nouvelle législation suisse en matière de concurrence*, Basel, Informations BPS, 1987.
 - *Die Werbung im revidierten Lauterkeitsrecht*, in : *Das UWG auf neuer Grundlage*, Bern, Paul Haupt Verlag, 1989, pp. 71-97.
 - *Über das innere System des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts*, in : FS für Hans Giger, Bern, Stämpfli, 1989, pp. 561-596.
 - *Wettbewerbsfreiheit - staatliche Wirtschaftspolitik : Gegensatz oder Ergänzung ?*, RDS 1991 pp. 51-81.
 - *Revitalisierung, Deregulierung, Reprivatisierung, Wettbewerb der Systeme : was sonst noch an neuen wirtschaftsrechtlichen Delikatessen ?*, in : FS für A. Koller, Bern, Paul Haupt Verlag, 1993, pp. 477-514.
 - *Die Europaverträglichkeit des Schweizerischen Lauterkeitsrecht*, in : *Un droit européen de la concurrence déloyale en formation ?*, Genève, Droz, 1994, pp. 67-96.

- *Verfahrensrechtliche Anmerkungen zum BG über Kartelle und ähnliche Organisationen und zu dessen Weiterentwicklung*, in : FS für H.-U. Walder, Zürich, Schulthess, 1994, pp. 95-124.
- SCHMID Hans-Georg, *Die Bezugnahme in der Werbung nach dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986*, Th. Sankt-Gallen 1988.
- SCHMID Jörg, *Der EG-Richtlinienvorschlag über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und mögliche Auswirkungen auf die Schweiz*, in : Aspects du droit européen, Fribourg, Ed. universitaires, 1993, pp. 243-259.
- SCHMID Rolf, *Kooperatives Verwaltungshandeln in den Kartellverfahren der Schweiz und der EG*, Bamberg, Difo-Druck, 1994.
- SCHMIDHAUSER Bruno, *Protection des consommateurs grâce à une concurrence efficace*, La vie économique, Bern, 1990, 4, pp. 8-12.
- SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, *Les relations entre brevet et concurrence en droit américain*, in : Mélanges Chavanne, Paris, Litec, 1990, pp. 309-317.
- *La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence*, RTDCDE 1994 pp. 455-471.
- SCHNEEBERGER Ernst, *Der freie Wettbewerb als Grundrecht*, RSJ 1965 pp. 218-221.
- SCHNYDER Anton K., *Gemeinschaftsrechtliches Kollisionsrecht ? Zur Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts bei Sachverhalten mit Beziehungen zu Drittstaaten*, in : Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht, Köln, C. Heymann, 1991, pp. 3-15.
- SCHUBARTH Martin, *"Res judicata" im Kartellprozess*, in : Mélanges Patry, Lausanne, Payot, 1988, pp. 205-216.
- SCHÜRMAN Leo, *Wettbewerb und Gemeinwohl*, in : Mélanges Deschenaux, Fribourg, Ed. universitaires, 1977, pp. 531-541.
- *Der Wettbewerb im Urteil der Staatswissenschaft*, WuR 1990, Sonderheft, pp. 35-41.
- SCHWANDER Ivo, *Das UWG im grenzüberschreitenden Verkehr*, in : Das UWG auf neuer Grundlage, Bern, Paul Haupt Verlag, 1989, pp. 161-186.
- *Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung im neuen IPR-Gesetz*, in : Kartellrecht auf neuer Grundlage, Bern, Paul Haupt Verlag, 1989, pp. 371-397.
- SENA Giuseppe, *La publicité comparative en Italie*, RIC 171 (1993) pp. 49-51.
- SERANDOUR Yolande, *L'avènement de la publicité comparative en France. Art. 10 de la Loi n. 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs*, La Semaine juridique, Doctrine, 1992, pp. 295-304.
- SERRA Yves, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile (droit interne et droit communautaire)*, Paris, Dalloz, 1991.
- *Le droit français de la concurrence*, Paris, Dalloz, 1993.
- SERRA Yves / CALAIS-AULOY Jean, *Concurrence et consommation*, Paris, Dalloz, 1994.
- SHENOUDA Béatrice, *Wertreklame und Preisreklame in Frankreich*, Bern, P. Lang, 1992.
- SIELAFF Wolfgang, *Produktpiraterie*, Kriminalistik 1991 pp. 434-438.
- SIRINELLI Pierre, *Propriété littéraire et droits voisins*, Paris, Dalloz, 1992.
- SOHRE Peter / SCHIPS Bernd / JAEGER Franz, *Hypothekarkreditmarkt : eine Untersuchung der Wettbewerbssituation in der Schweiz : Studie im Auftrag der Preisüberwachung*, Zürich, Rüegger, 1993.
- SPOENDLIN Kaspar, *Schmarotzerkonkurrenz im schweizerischen Recht*, in : La concurrence parasitaire en droit comparé, Actes du Colloque de Lausanne, Genève, Librairie Droz, 1981, pp. 106-132.

- *Zum Verhältnis zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht im schweizerischen Wettbewerbsrecht (Kartellgesetz und UWG)*, in *Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1985, pp. 361-379.
 - *Was soll noch Art. 8 UWG ?*, SAS 1987 pp. 112-113.
 - *Immaterialgüterrecht und unlauterer Wettbewerb*, SAS 1988 pp. 171-187.
 - *Immaterialgüterrecht und unlauterer Wettbewerb*, SAS 1989 pp. 195-203.
 - *Zusammenfassung der rechtsprechung seit 1991 : Immaterialgüterrecht, unlauterer Wettbewerb und Firmenrecht*, RSDA 1993 pp. 237-256.
- SPRUMONT Dominique, *La protection des sujets de recherche, notamment dans le domaine biomédical*, Bern, Stämpfli, 1993.
- STAEHELIN Adrian, *Die bundesrechtlichen Verfahrensverschriften über konsumentenrechtliche Streitigkeiten-ein Überblick*, in : FS für H.-U. Walder, Zürich, Schulthess, 1994, pp. 125-140.
- STAUDER Bernd, *Warentests im Spannungsfeld zwischen Recht und Richten*, in : *Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1991, pp. 281-298.
- *Der Konsumentenschutz nach dem EWR-Abkommen (Art. 72 EWR-A)*, in : *EWR-Abkommen*, Zürich, Schulthess, 1992, pp. 451-458.
- STAUFFACHER Eric, *La criminalisation du comportement collectif*, in : *Rapports suisses présentés au XIV^e Congrès international de droit comparé*, Zürich, Schulthess, 1994, pp. 183-200.
- STICHER Walter, *Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem*, Th. Sankt-Gallen 1981.
- STOFFEL Walter A., *Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit*, Fribourg, Ed. universitaires, 1994.
- *Das Schweizerische Kartellrecht : Rückblick auf die jüngste Praxis und Ausblick auf die Revisionsbemühungen*, RSDA 1994 pp. 105-116.
- STRATENWERTH Günter, *Strafrechtliche Unternehmenshaftung ?*, in : FS für R. Schmitt, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1992, pp. 295-307.
- STREULI-YOUSSEF Magda, *Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden (Art. 3 UWG)*, in : *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1 : Lauterkeitsrecht*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1994, pp. 79-165.
- STRODTHOFF Hans-Jürgen, *Werbung in Wirtschaft und Recht*, Th. Hamburg, 1964.
- STROWEL Alain, *Droit d'auteur et copyright : divergences et convergences : étude de droit comparé*, Paris, LGDJ, 1993.
- SUTTER Guido, *La LCD au service du consommateur*, *La vie économique*, Bern, 1990, 4, pp. 17-21.
- *Das Lockvogelverbot im UWG*, Bern, Paul Haupt Verlag, 1993.
- TAHEDL Rainer, *Der Missbrauch marktbeherrschender Stellung im österreichischen Kartellrecht*, Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1993.
- TERCIER Pierre, *De la mise en oeuvre du droit de la concurrence*, in : FS für Furgler, Zürich, Benziger, 1984, pp. 213-220.
- *Du rôle de la concurrence dans l'appréciation des effets nuisibles des cortels et organisations analogues*, in : *Hommage à H. Deschenaux*, Fribourg, Ed. universitaires, 1988, pp. 27-36.
 - *Le régime de concurrence EEE : une vue suisse (art. 53-56 EEE)*, in : *Accord EEE*, Zürich, Schulthess, 1992, pp. 315-325.
 - *Du droit des cortels au droit de la concurrence*, RDS 1993 pp. 399-417.

- *Le sport et le droit de la concurrence : aspects de droit suisse*, in : FS für A. Koller, Bern, Paul Haupt Verlag, 1993, pp. 555-578.
- *Rapport annuel 1993 de la Commission des cartels*, CCSPR 1994, 1a, pp. 52-104.
- THIEFFRY Jean, *Les pouvoirs d'enquête de la Commission CEE en droit de la concurrence*, Gaz. Pal., 1990, Doctrine, pp. 309-313.
- THOMANN Felix H., *Vergleichende Werbung und Lockvogelangebote im Lichte des UWG*, BJM 1981 pp. 1-29.
 - *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 2^e éd., Zürich, Schulthess, 1989.
 - *Grundriss des Softwareschutzes*, Zürich, Schulthess, 1992.
 - *Marken und Urheberrecht*, Zürich, Schulthess, 1993.
 - *Die Euroverträglichkeit der Softwareschutz-Regelung gemäss dem revidierten URG*, PJA 1993 pp. 563-568.
- THOMASBERGER Wolfgang, *Rufausbeutung im Wettbewerbsrecht : ein Problem des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes*, Bern, P. Lang, 1993.
- TIEDEMANN Klaus, *Tendances mondiales d'introduction de sanctions nouvelles pour les crimes en col blanc*, RICPT 1991 pp. 226-242.
- TISSOT Nathalie, *A propos des marques en trois dimensions et des marques de haute renommée de la LPM*, RSPi 1994 pp. 35-42.
- TRACHSLER Herbert, *Revision of the Swiss trademark law*, International business lawyer, London, 1994, n° 2, pp. 70-73.
- TRAVNICEK Richard, *Markenschutzgesetz und Parallelimport*, NZZ 19.04.1994 p. 63.
- TROJAN-LIMMER Ursula, *Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Anzapfpraktiken : eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, schweizerischen und französischen Recht*, Bern, P. Lang, 1990.
- TROLLER Alois / TROLLER Patrick, *Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts : Patentrecht, Markenrecht, Urheberrecht, Muster- und Modellrecht, Wettbewerbsrecht, Firmenrecht*, 3^e éd., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1989.
- TROLLER Kamen, *Les interrelations entre l'ancienne et la nouvelle loi contre la concurrence déloyale selon l'interprétation du Tribunal fédéral*, RSJ 1989 pp. 134-137.
 - *L'encadrement légal de la publicité en Suisse*, Publicité, Zürich, 1990, 7/8, pp. 28-32.
 - *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1992.
 - *Industrial and intellectual property*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1994.
 - *Specific aspects of intellectual property disputes in arbitration : the Swiss perspective*, Bulletin ASA 1994, n° 6, pp. 155-163.
- TROLLER Patrick, *Kollisionen zwischen Firmen, Handelsnamen und Marken*, Th. Bern 1979.
 - *Zur Erheblichkeit der "post sale confusion" bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr von Ausstattungen nach Art. 3 lit. d. UWG*, RSJ 1992 pp. 332-335.
- TSCHÄNI Rudolf, *Entgegnung : Parallelimporte und das neue Markenschutzgesetz*, RSDA 1994 pp. 178-180.
- UNGERN-STERBERG Thomas von, *Das neue Kartellgesetz : eine kritische Würdigung*, Lausanne, HEC, 1993.
- VAN DER ESCH Bastiaan, *Dérégulation, autorégulation et le régime de concurrence non faussée dans la CEE*, CDE 1990 pp. 499-528.

- VANDEVELD Terrence, *Les moyens d'action des consommateurs face aux pratiques commerciales abusives*, Genève, Droz, 1979.
- VAN BAELE Ivo / BELLIS J. F., *Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1991.
- VERANNEMAN-WATERVLIET Peter, *Die marktbeherrschende Gruppe : Darstellung und Bewertung der gesetzlichen Regelung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Nachfragewettbewerbes*, Th. Regensburg 1993.
- VILLALBA Carlos A., *La répression pénale dans l'ordre international. Le régime international des sanctions pénales du droit d'auteur*, Bulletin du droit d'auteur, Vol. XXVI, n° 3, 1992, pp. 19-25.
- VISCHER Frank, *Was soll noch Art. 8 UWG ?*, SAS 1987 pp. 116-117.
- VOGEL Louis, *Droit de la concurrence et concentration économique. Etudes comparatives*, Paris, Economica, 1988.
- *L'influence du droit communautaire sur le droit français de la concurrence*, La Semaine juridique, Doctrine, 1992, pp. 33-40.
- VOGT Stefan, *Lexikon des Wettbewerbsrechts*, München, C. H. Beck, 1994.
- VOYAME Joseph, *Propriété intellectuelle, raisons de commerce et concurrence déloyale*, JT 1961 I pp. 586-603.
- WAGNER Jürgen, *Das Wettbewerbsverbot bei der deutschen GmbH*, ECS 1994 pp. 99-104.
- WALCH Dieter Erich, *Ergänzender Leistungsschutz nach § 1 UWG : " Ersatz-Ausschliesslichkeitsrechte " bei Computerprogrammen und ästhetischen Schöpfungen*, Köln, C. Heymann, 1992.
- WALTER Hans-Peter, *Das Wettbewerbsverhältnis im neuen UWG*, RSPI 1992 pp. 169-179.
- WEBER Rolf H., *Rechtliche Grundlagen für Werbung und Sponsoring*, RSPI 1993 pp. 213-230.
- WEDER Beatrice, *Wirtschaft zwischen Anarchie und Rechtsstaat*, Zürich, Rüegger, 1993.
- WEGNER Hans-Joachim, *Unlauterer Wettbewerb durch Druckerkolonnen*, Kriminalistik 1991 pp. 353-354.
- WIRTH Sibylle M., *Vergleichende Werbung in der Schweiz, den USA und der EG in Zivilrecht, Werbe- und Medienkodizes*, Zürich, Schulthess, 1993.
- WÜRSCH Daniel, *Der Aktionär als Konkurrent der Gesellschaft*, Th. Zürich 1989.
- WÜTHRICH Kurt / SUTTER Guido, *Bundesgesetzgebung im Bereich des Immaterialgüterrechts und des Wettbewerbsrecht. Stand Oktober 1993*, RSDA 1993 pp. 315-316.
- WYLER Jürg, *Vergleichende Werbung gemäss neuem Wettbewerbsrecht in der Schweiz*, PJA 1993 pp. 612-615.
- WYLER Thomas, *Werbung mit dem Preis als unlauterer Wettbewerb*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1990.
- ZÄCH Roger, *Das UWG und die Medien : Plädoyer für besondere Anforderungen an die journalistische Sorgfalt*, RDS 1992 pp. 173-185.
- *Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin ?*, PJA 1992 pp. 857-866.
- *Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang : Mittel zum Schutz der Wettbewerber und des Wettbewerbs*, RSDA 1992 pp. 1-9.
- *Wettbewerbsrecht und Freizügigkeit für Arbeitnehmer im Bereich des Sports nach dem Recht der EG*, in : FS für A. Koller, Bern, Paul Haupt Verlag, 1993, pp. 837-854.
- *Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft*, Bern, Stämpfli, 1994.

- ZELLER Ernst, *Urteil des schweizerischen Bundesgerichts (Kassationshof) vom 18. März 1991 i. S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau ("Bernina"-Entscheid : BGE 117 IV 193)*, RSDA 1993 pp. 19-26.
- ZIMMERLI Adrian, *Was bringt das neue Markenschutzgesetz ?*, Revue suisse d'assurances 2/1993 pp. 46-49.
- ZWENG Hanspeter, *Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Werbung mit Gewinnspielen: in Deutschland, Österreich, Schweiz, Frankreich und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland*, München, V. Florentz, 1993.

Introduction

1. Examen du problème. LCD de 1943. LCD de 1986. Médias. 2. Conséquences de l'abandon de l'exigence du rapport de concurrence. 3. Enquête de l'Association suisse des éditeurs de journaux (ASEJ). Nombre des litiges. 4. Nature des litiges. Matières à réformer. 5. Solutions envisageables.

1. Examen du problème. LCD de 1943. LCD de 1986. Médias. "Das neue Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 setzt die Journalisten einer neuartigen Drohung aus. Straffbar ist nämlich, wer «Waren, Werke, Leistungen... durch unnötig verletzend Äusserungen herabsetzt» (Art. 3a und 23). Ein Wettbewerbsverhältnis ist nicht notwendig. Frage : Ist der «Verriss» eines Theaterstücks von nun an verboten ?" Ces lignes sont dues à la plume de Jean-François Aubert.¹ Dans cette citation, c'est surtout la question qui nous intéresse, car elle révèle un malaise juridique. *In cauda venenum.*

Schématiquement, la LCD de 1943 exigeait un *rapport de concurrence* pour qu'elle puisse s'appliquer. Il était par conséquent rare sinon impossible qu'elle s'appliquât à des journalistes dans leur fonction de médias, exception faite du cas où les médias étaient concurrents directs (p. ex. imitation d'un titre de journal ou de périodique, dénigrement d'un concurrent, etc.). Tout aussi schématiquement, la LCD de 1986 n'exige plus un rapport de concurrence pour qu'elle puisse s'appliquer. Il suffit que l'*état de concurrence* soit influencé (faussé) d'une manière déloyale telle qu'elle est définie par la loi. Se trouvent ainsi dans le viseur les journalistes, les associations de consommateurs, les instituts de sondages ou de tests comparatifs et tous ceux qui virtuellement peuvent fausser la concurrence d'une manière que la loi juge déloyale.

2. Conséquences de l'abandon de l'exigence du rapport de concurrence. Cette modification législative, intéressante sur le plan théorique, soulève de nombreux problèmes sur le plan pratique. Nous verrons que l'abandon de l'exigence du rapport de concurrence a des

¹ Cf. Jean-François AUBERT, *Bundesstaatsrecht der Schweiz*, Band II, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1995, n° 2113ter (p. 1180).

conséquences très variables selon le type d'infractions visé : elles sont ainsi négligeables en cas d'imitation de la présentation d'un produit (art. 3 lit. d LCD), mais très importantes en cas de dénigrement (art. 3 lit. a LCD). La solution pour sortir de cette impasse se résume en une alternative : ou bien la loi garde son champ d'application élargi (maintien de l'abandon de l'exigence du rapport de concurrence) et alors il faut restreindre la notion de déloyauté (qui est trop large, visant jusqu'aux *allégations inutilement blessantes*); ou bien le législateur tient à une notion large de la déloyauté en affaires, mais il faut alors restreindre le champ d'application aux concurrents (et exclure *eodem facto* les tiers non concurrents). *Tertium non datur*.

3. Enquête de l'Association suisse des éditeurs de journaux (ASEJ).

Nombre des litiges. Le nombre des procès de presse augmente. Une enquête faite par l'Association suisse des éditeurs de journaux en 1993 l'atteste.² Ainsi, de 1990 à 1992, le nombre de litiges a crû de 79%. Plus de deux tiers de ces litiges ont été liquidés hors justice, selon le principe vérifié qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès. Sur le tiers des litiges tranchés en justice, les plaignants ont obtenu raison dans 27% des cas et les journalistes ont obtenu gain de cause dans 60% des cas; le solde de 13% s'explique par des transactions judiciaires. Ces chiffres sont donc un démenti formel à toutes les affirmations tendant à faire croire que les médias sont régulièrement en infraction avec les lois.

4. Nature des litiges. Matières à réformer. Après le côté quantitatif de l'analyse, il est intéressant d'en disséquer le côté qualitatif. Parmi ces litiges, 67% avaient trait au droit de réponse, 15% à la protection de la personnalité par le droit privé, 11% à des infractions pénales contre

² Voir aussi Victor GILLIOZ, *Paysage suisse des media*, PJA 1994 pp. 1087-1090, 1088. Dans la *NZZ* du 02.04.94, un journaliste accuse les avocats d'intenter des procès de presse avec un zèle particulier, car ils pourraient détourner de ce fait les règles de déontologie qui proscrivent toute publicité des membres du barreau. Ce même journaliste critique avec force l'application de la LCD aux médias car elle aboutit, selon lui, à faire le procès du messager porteur de mauvaises nouvelles alors que les médias ne font que rapporter les situations désastreuses existantes (*NZZ*, 02.04.94, p. 19).

l'honneur, 3% seulement concerne l'application de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale. Le solde de 4% se compose de problèmes de droit d'auteur, d'atteintes au crédit et de refus de témoigner. L'application de la LCD aux médias ne constitue donc que le 3% de l'ensemble des litiges.

La place minimale occupée par le problème de la LCD est pourtant trompeuse. Dans les matières à réformer cités par les journalistes, la LCD figure en deuxième place avec 24%, derrière la réforme du droit de réponse (35%), mais bien avant des sujets pourtant sensibles comme le droit des journalistes de refuser de témoigner (18%), le droit de la protection de la personnalité (12%), les mesures superprovisionnelles (6%) et la loi sur le droit d'auteur (5%). Dans cette ventilation, la LCD figure en tête avec 24% de mécontents.

5. Solutions envisageables. Face à cette situation, il y a deux réponses de principe possibles : la première consiste à laisser le cadre législatif tel quel, mais à montrer aux journalistes comment ils peuvent accomplir leur mission en passant entre les mailles du filet. C'est le choix préconisé par BAUR dans sa thèse, qui est un plaidoyer en faveur des points d'interrogation, du discours indirect et des généralités.³ De deux mots, il faut choisir le moindre. C'est la technique du *politiquement correct*.

La deuxième réponse est d'un autre ordre : il faut modifier la loi, car la LCD ne doit pas s'appliquer aux journalistes lorsqu'ils interviennent comme tiers non concurrents, surtout au niveau pénal. Le droit pénal, subsidiaire, doit rester, selon une belle formule, la charte fondamentale de lutte contre le crime et ne doit pas devenir un outil de règlement de comptes chaque fois que la vérité blesse (inutilement ?) pour des bagatelles. Nous sommes contre un journalisme fait de points d'interrogation et de discours indirect.

³ Cf. Richard BAUR, *UWG und Wirtschaftsberichterstattung - Vorschläge zur Reduktion des Haftungsrisikos*, Zürich, Schulthess, 1995, p. 166 : "Der sachgerechte Umgang mit Satzzeichen, die Verwendung indirekter Rede bei Wiedergabe von Äusserungen Dritter und der Einsatz von Konjunktiven zur Bezeichnung von Hypothesen sind tendenziell geeignet, konfliktarme Texte zu erzeugen." Les rédactions travailleraient avec des listes de termes et locutions *économiquement corrects*.

L'ordre juridique, sans la LCD, permet de maintenir la loyauté du débat et de sanctionner les dérapages inévitables : il y a déjà le code civil, le code pénal, la loi sur la radio et la télévision (LRTV), la loi sur la protection des données, la Concession SSR, etc. Il y aura bientôt peut-être la loi sur les médias. Cela suffit à garantir la correction nécessaire à toute information libre et digne de ce nom. Et aux juristes perplexes, nous rappellerons la belle phrase du Figaro de Baumarchais (*Le Mariage de Figaro*, V, 3) : "Sans la liberté de blâmer, il n'est point d'éloge flatteur et il n'y a que les petits hommes qui redoutent les petits écrits."

TITRE I : LES RÈGLES DU JEU ET LA CONCURRENCE

6. Nécessité des règles. 7. Nécessité de la sanction. 8. Choix de la sanction. 9. La codification vue comme préalable à toute compétition. 10. Limites de l'autodiscipline. Nécessité d'un arbitre. 11. Utilité de la sanction. 12. La concurrence est un jeu. 13. La concurrence doit être loyale. Comme le jeu. 14. Au jeu, il y a des tricheurs. Dans la concurrence, aussi. 15. Tout jeu a besoin de règles. Toute concurrence aussi. 16. La concurrence a besoin de sanctions. 17. Le monde de la concurrence évolue très vite et de plus en plus vite. 18. La concurrence est omniprésente. 19. En matière de concurrence, de nombreux cas sont affaire d'appréciation.

Chapitre I : Les règles du jeu

6. Nécessité des règles. La concurrence, observée comme phénomène social, s'apparente à un jeu. Les concurrents rivalisent entre eux et se trouvent dans un climat de compétition. Et cet aspect ludique, bien présent dans l'optique économique, nous semble parfois absent dans l'approche juridique. La concurrence est un jeu; à ce titre, toute règle édictée en matière de concurrence déloyale doit tenir compte de ce facteur.

Dans notre société, les règles sont omniprésentes. Le football, par exemple, est un sport collectif régi par une multitude de normes, visant l'organisation, la technique ou le comportement des joueurs sur le terrain. Ainsi, il faudra des règles pour définir la longueur et la largeur du terrain, la hauteur et la largeur des buts, la circonférence et le poids du ballon, le nombre de joueurs dans une équipe ou encore la durée de la partie. Le besoin d'unification dans un tel domaine saute aux yeux : on a peine à imaginer en effet des équipes qui, avant de s'affronter, devraient s'entendre sur la durée de la partie, le nombre de joueurs, la distance séparant le point de réparation et la ligne de but, les modalités d'exécution du coup de pied de coin ou encore les dimensions des surfaces de but, des surfaces de réparation ou des surfaces de coin.

7. Nécessité de la sanction. Toute prescription pouvant être transgressée, intentionnellement ou non, le problème du respect des règles se pose immédiatement (BOLLE, *Procès pénal*, 11). Si

l'obéissance spontanée et éternelle à toute injonction reste un idéal plaisant mais utopique, il faut se poser la question de savoir comment l'arbitre ou le juge de touche vont sanctionner un comportement non conforme à la règle (cf. l'affaire jugée par un tribunal de Munich in *SpuRt* 1994 pp. 98-102), car, selon la belle formule de Philippe Graven, "les participants ne joueront pas seulement les uns avec les autres pour se divertir, mais encore les uns contre les autres pour gagner ou du moins pour ne pas perdre" (GRAVEN n° 1; 121 IV 249, 254, *hockeyeur A.*).

8. Choix de la sanction. Quelles sanctions peut-on ou doit-on appliquer lorsqu'un athlète ne respecte pas une règle et se trouve, à la suite de cette déviation par rapport à la norme, avantagé de manière déloyale vis-à-vis de ses concurrents ? Quelle sanction faut-il prévoir, au football, en cas de charge volontairement dangereuse sur l'adversaire, en cas de toucher de la balle de la main ou en cas de dopage ? Quelle sanction et quels contrôles s'imposent, au niveau des fédérations internationales, pour lutter contre le dopage ? A quelles conditions faut-il sanctionner un accrochage ou le non-respect d'un drapeau en sport automobile ?⁴

- ⁴ • *Sur les contrôles antidopage* : le Conseil de la Fédération internationale d'athlétisme amateur (IAAF) a décidé de porter le nombre de contrôles antidopage de 800 en 1994 à 1'200 en 1995 après la révélation, par le Comité olympique asiatique, que onze athlètes chinois avaient subi des contrôles antidopage positifs (absorption de stéroïdes anabolisants) lors des jeux asiatiques d'Hiroshima en octobre 1994 (*Journal de Genève*, 30.11.94, p. 17 : *Le Comité olympique chinois prêt à sanctionner ses sportifs*); décision du 23.08.94 du DSV-Schiedsgericht in *SpuRt* 1994 pp. 210-213. Voir aussi les statistiques du CIO sur les contrôles antidopage in *SpuRt* 1994 p. 164.
- *Sur le dopage dans le football* : suspension de 15 mois prononcée par la FIFA le 24 août 1994 contre Diego Maradona (dopage à l'éphédrine lors du match Argentine-Nigeria à la World Cup 94).
- *Sur le dopage dans la gymnastique* : La Russe Olga Kovalenko, médaillée en gymnastique aux JO de 1968, a été contrainte par ses entraîneurs à être enceinte puis à avorter, ce qui constituait une méthode de dopage courante en ex-URSS, car, selon certaines études, un corps de femme enceinte produirait plus d'hormones masculines et pourrait devenir de ce fait plus fort. (*Journal de Genève*, 23.11.94, p. 15).
- *Sur le dopage dans l'athlétisme* : le Kenyan John Ngugi, champion olympique du 5000 m (1988), a été suspendu pour quatre ans après avoir refusé de se soumettre le 13.02.93 à un contrôle antidopage inopiné (*Journal de Genève*, 30.11.94, p. 17). Ben

9. La codification vue comme préalable à toute compétition. L'enjeu est simple et triple : d'abord, il est évident qu'aucune compétition, entendue ici au sens large, n'échappe au besoin d'être codifiée pour qu'elle puisse avoir lieu. C'est une condition sine qua non : si des enfants veulent se mesurer lors d'un sprint dans une cour d'école, ils doivent se mettre d'accord sur le type d'épreuve (il s'agit de courir le plus vite possible et non de sauter sur un seul pied), sur la ligne de départ, sur la ligne d'arrivée ou encore sur le signal de départ. Et l'enfant qui s'élance avant le signal de départ sera considéré comme un "tricheur" par les autres concurrents.

10. Limites de l'autodiscipline. Nécessité d'un arbitre. Ensuite, chacun se rend bien compte qu'il est utopique de laisser les concurrents d'une compétition, notamment d'une joute sportive, quelle qu'elle soit, régler eux-mêmes les problèmes de respect et de non-respect des normes. On voit mal un match de football se dérouler selon le principe de l'autodiscipline, chaque concurrent respectant *proprio motu* toutes les règles et chaque irrégularité étant sanctionnée après entente entre les joueurs.

Dans le couple obéissance/désobéissance interviennent alors l'arbitre, le juge de touche ou le juge, c'est-à-dire un tiers non concurrent, pas impliqué mais compétent, chargé de réprimer toute violation d'une

Johnson, dopé aux *stéroïdes* (stanozolol), a été déchu de son titre olympique en 1988 à Séoul.

⁵ La suspension de Michael Schumacher pour deux GP par la Fédération internationale de l'automobile (FIA) pour non-respect du drapeau noir (intimant l'arrêt immédiat et l'exclusion de la course) lors du GP de Silverstone du 11 juillet 1994 a fait couler beaucoup d'encre : la FIA y a ajouté le retrait des 6 points acquis lors du GP litigieux et une amende de 25'000 dollars (cf. *Journal de Genève*, 27.07.94, p. 10 et Luc DOMENJOZ, *Schumacher puni pour deux courses, le championnat est relancé*, *Le Nouveau Quotidien*, 31.08.94, p. 29).

A la suite de l'accrochage lors du GP d'Australie du 13.11.1994 entre Michael Schumacher et Damon Hill, deux prétendants à la première place, la FIA n'a pris aucune sanction après avoir visionné l'accident (cf. *NZZ*, 24.11.94, p. 63 : "keine konkreten Hinweise für ein unsportliches Verhalten von Schumacher"). En 1989 et en 1990, le même genre d'accrochage s'est déjà produit entre Alain Prost et Ayrton Senna.

réglementation donnée avec un arsenal de sanctions plus ou moins variées.⁶

11. **Utilité de la sanction.** Enfin, il n'est pas impertinent de se demander si la sanction prévue et infligée est utile. Si une règle est transgressée, il convient de montrer qu'elle ne peut être impunément bafouée. Une déviation par rapport à la norme appelle une remise à l'ordre immédiate, appropriée et efficace (REHBERG ad art. 63; BOLLE, *Conclusion*, 114). Tout individu, consciemment ou non, étudie l'importance comparative des maux en présence ("de deux maux, il faut choisir le moindre"), réalise une estimation de leur vraisemblance.⁷

Tel footballeur évitera de toucher la balle de la main dans ses 16 mètres, non pas parce qu'une règle le lui interdit, mais parce que, connaissant la sanction (penalty), il estime avoir tout à y perdre pour lui

⁶ • En matière de *droit pénal économique*, l'arsenal se compose principalement des sanctions privatives de liberté, des sanctions restrictives de liberté, des peines pécuniaires, des interdictions professionnelles et du dédommagement de la victime par l'auteur de l'infraction. Pour plus de détails, Pierre-Henri BOLLE, *Le rôle sanctionnateur du droit pénal : bilan des travaux du Conseil de l'Europe*, in : *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Fribourg, Ed. universitaires, 1985, pp. 47-50. Pour la Recommandation R (81) 12 sur la criminalité des affaires, cf. Pierre-Henri BOLLE, *Les sanctions en matière de délinquance économique. L'apport du Conseil de l'Europe*, in : *Actes des journées de Kristiansand*, Publ. FIPP N° 26, 1984, pp. 75-79.

• En matière de *hockey*, l'arsenal a été récemment enrichi de nouvelles sanctions en réponse à une augmentation spectaculaire des lésions corporelles graves. Cf. *NZZ*, 02.09.94, p. 63, *Viele Strafen als mögliche Folge neuer Eishockey-Regeln* : "Die wohl bedeutendste Neuerung liegt in der Feststellung, dass eine Fünfminutenstrafe - auch *grosse Strafe* genannt - *automatisch* eine Spieldauerdisziplinarstrafe nach sich zieht, welche ihrerseits eine Spielsperre zur Folge hat."

⁷ Nous renvoyons ici au *principe de l'arithmétique pénale*, tel que Jeremy Bentham (1748-1832) l'a proposé : la fonction de la peine est plus utilitaire que morale. La peine a un rôle de *prévention générale* (inciter les tiers à ne pas imiter le criminel) et de *prévention spéciale* (inciter le criminel à ne pas récidiver). Il faut que le mal de la peine soit supérieur au profit du délit : "le crime ne paie pas". Dans le même sens, Caroline BUQUET, *La contrefaçon de marques*, in : *Revue internationale de police criminelle*, mai-juin 1993, pp. 13-33, spéc. p. 33 : "Les risques encourus par les contrefacteurs sont encore trop dérisoires par rapport aux profits dégagés. Ils spéculent sur des gains faciles."

et pour son équipe, dont le gardien ne brille pas lors de tirs au but. A relever que le couple infraction/sanction est lié à une condition simple, mais souvent tue ou oubliée par les théoriciens : il faut que l'arbitre voie et sanctionne la transgression ! L'histoire du sport en particulier et du droit en général est riche d'ailleurs en exemples de transgressions non réprimées.⁸

Le parallèle entre le droit et le jeu peut être dressé à plus d'un égard : ainsi, on peut voir le procès comme un match dont l'issue, inconnue au départ, se solde par une victoire, une défaite ou un match nul. Et si parfois un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès, le droit reste une sorte de jeu,⁹ à la fois un jeu de rôles, un jeu de scène,¹⁰ un jeu d'écritures, un jeu d'ombre et de lumière, un jeu de société ou, pour tenter le jeu de mots, un jeu de lois. Expression révélatrice en mécanique car il y a jeu aussi quand il y a excès d'aisance dû à un défaut de serrage entre deux pièces en contact. Aux lois de serrer au plus près la réalité, ce qui tient parfois de la gageure dans un domaine aussi vaste et évolutif que le droit de la concurrence.

⁸ Lors du match Belgique-Allemagne (huitième de finale de la World Cup 94), l'arbitre, Kurt Röthlisberger, ne voit pas une faute grave d'un Allemand sur un Belge et n'accorde pas un penalty pour la Belgique. Il n'était pas assez proche de l'action et sa vue était bouchée par deux joueurs. Par la suite, Röthlisberger avoue son erreur et dit qu'il aurait accordé un penalty pour la Belgique et expulsé un Allemand. Cf. Frédéric DONZÉ, *Les confessions de Kurt Röthlisberger, arbitre suisse au centre de la polémique*, *Le Nouveau Quotidien*, 13.07.94, p. 17 et Peter ASCHWANDEN, *Arbitre professionnel - erreur - chômage*, *L'Arbitre suisse*, août 1994, p. 21.

⁹ Cf. Jacques VERGÈS, *La justice est un jeu*, Paris, Albin Michel, 1992. Voir aussi BOLLE, *Procès pénal*, 27.

¹⁰ Cf. Jacques VERGÈS in *Journal de Genève*, 15.03.91, p. 23 : "Dans un procès pénal, celui, de l'accusation ou de la défense, qui l'emporte est celui qui raconte la meilleure histoire." Il faut cependant se garder de réduire l'enjeu du procès accusatoire à celui d'un jeu. Ce qui en définitive est "en jeu", c'est une conception de la vérité perçue comme notion relative et qui doit être recherchée lors du procès.

Chapitre II : Les règles du jeu de la concurrence

12. La concurrence est un jeu. Deux concurrents économiques sont comme deux sportifs : chacun veut gagner. La compétition économique, artistique, politique, syndicale, académique ou scientifique répond aux mêmes critères : on peut perdre une bataille sans perdre la guerre, il s'agit de trouver ce qui peut plaire aux consommatrices et aux consommateurs. Voir le nouveau marché, la possibilité, le créneau porteur, l'occasion en or. C'est ce que les spécialistes du marketing appellent la course à l'innovation.

C'est dans cette idée que le Tribunal fédéral reconnaît à chaque concurrent le droit de donner à son produit la forme la plus attrayante, la présentation la plus pratique, le conditionnement le moins coûteux. Qui dit profitable dit rentable. Les juges sont attentifs à ce phénomène (CJ GE in RSP1 1994 pp. 236-241, 239, *catalogues de voyages OASIS*; HG ZH in RSP1 1991 pp. 219-223, 222, *Chanel-Kostüm*). Ainsi, dans un marché saturé comme celui des produits pour bébés (car il y a de moins en moins de bébés et des produits de plus en plus performants) et face à un public infidèle (car les clients changent tous les trois ans - dès que bébé est propre), les producteurs de couches-culottes comme *Pampers*, *Peaudouce* ou *Kimberly-Clark* rivalisent d'ingéniosité : après les barrières anti-fuites, les micro-capteurs, les culottes d'apprentissage (*Up and Go*) qui aident les bébés à devenir propres, il y aura les couches pour garçon ou fille, pour le jour ou la nuit, l'ultra-mince, l'ultra absorbant, l'ultra-rapide, l'ultra-résistant."

C'est un jeu. Et derrière ce jeu se trouve en toile de fond notamment l'analyse sensorielle, opération à laquelle s'adonnent la consommatrice et le consommateur lorsqu'ils souhaitent manger un nouveau produit alimentaire, changer de dentifrice, acheter un tissu ou essayer un cosmétique concurrent. Appliquée au secteur agro-alimentaire, l'analyse sensorielle permet de mettre en évidence les propriétés organoleptiques de ces produits (aspect, odeur, goût, texture, etc.). Elle aura pour but, dans les secteurs des cosmétiques, des parfums, de l'automobile, de

¹¹ Lire l'analyse de Laure PANERAI dans *Le Nouvel Observateur* n° 1598 du 22 au 28 juin 1995, p. 21 : *Rififi dans les couches-culottes* : "Sur ce marché en faible croissance, on ne peut se faire une place au soleil qu'en l'enlevant aux autres."

l'ameublement, d'évaluer quels sens sont mis à contribution et quelles grandeurs physiques et chimiques sont à même de déclencher préférence et aversion du public acheteur pour tel ou tel produit.¹² Tout producteur doit jouer avec ces paramètres, dans une logique de concurrence.

13. La concurrence doit être loyale. Comme le jeu. "Une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée" (*lauter* et *unverfälscht*; *leale* et *inalterata*). Tels sont les termes de l'art. 1^{er} LCD. Cette exigence est du reste dans l'intérêt de toutes les parties, qu'il s'agisse des concurrents eux-mêmes, de leurs employés ou des consommateurs. Une concurrence acharnée, aveugle, débridée, à la limite de l'absurde, apporte plus de désavantages que d'avantages. Poussée à l'extrême, la pression sur les prix est telle que les contrôles sont moins nombreux et/ou moins approfondis (entretien des avions), les mesures de sécurité négligées (chantiers), la législation sur les conditions de travail oubliée (heures de repos des chauffeurs, travail de nuit), les prescriptions en matière de protection de l'environnement bafouées (filtres, élimination des déchets).

Acculée par la concurrence, toute entreprise doit réduire les coûts de production pour améliorer voire maintenir les marges bénéficiaires. La concurrence, si elle s'apparente à une mêlée générale où tous les coups sont permis, a en outre un côté criminogène¹³ : elle incite à commettre des infractions pour gagner son combat contre les concurrents. Ainsi, elle pousse à payer des pots-de-vin pour obtenir des commandes, elle pousse à maquiller la comptabilité pour obtenir des crédits, elle pousse à truquer les documents pour avoir des subventions, elle pousse à oublier des entrées pour tromper le fisc (BAUMBACH/HEFERMEHL 31).

¹² Cf. Jean-François CHAMBA, *L'analyse sensorielle*, *La Revue Polytechnique*, 10/95 pp. 616-617, 616 : "Cette méthode [i.e. l'analyse sensorielle] intéresse plusieurs secteurs : recherche et développement, marketing et contrôle qualité, en réponse à différents domaines d'application, tels que positionnement des produits par rapport à la concurrence, effet d'un changement de la technologie ou de matière première, suivi de la stabilité d'un produit au cours du temps."

¹³ On lira avec intérêt l'interview de Franceline DUPENLOUP, patronne de l'agence de publicité Publissime à Genève, qui déclare : "La publicité a pris d'assaut la rue (...). J'aimerais un code pour qu'elle gagne ses lettres de noblesse. On ne peut plus faire un métier où tous les coups sont permis. Comme Benetton." (*Tribune de Genève*, 19.09.94, p. 25).

Et quand ces pratiques se généralisent ou ne sont pas ou pas assez punies, le tissu économique de la société en général se gangrène de par la juxtaposition des turpitudes individuelles. C'est alors l'heure de gloire du fameux raisonnement : "Tous fraudent, il faut donc aussi frauder pour ne pas être défavorisé." C'est le début d'un cercle vicieux¹⁴ et c'est pour éviter cet engrenage pernicieux que la concurrence doit rester loyale, c'est-à-dire non faussée¹⁵ (OG ZH in RSPI 1995 pp. 139-148, 146, *SWICA/SWISSCARE I*; PEDRAZZINI 36).

14. Au jeu, il y a des tricheurs. Dans la concurrence, aussi. Dans le sport, pour gagner, il y a ceux qui s'entraînent. Il y a aussi ceux qui se dopent.¹⁶ Dans la concurrence, idem. Certains copient. Certains dénigrent.

¹⁴ La politique, avec ses scandales, vit les mêmes problèmes : pour gagner une bataille (électorale), tous les moyens sont bons pour déclasser ses concurrents (politiques). Le discours est le même. Cf. Pierre ROSANVALLON, *La République a besoin de vertu !*, L'Histoire n° 166/mai 1993 pp. 54-57.

¹⁵ Sans aller jusqu'à vouloir une concurrence fraternelle : Philippe LE TOURNEAU, *Liberté, égalité et fraternité dans le droit de la concurrence*, Gaz. Pal. 1991 Doctrine p. 348. La vie est un combat, comme en attestent ces titres : *Photos de vacances : la guerre des laboratoires* (*Journal de Genève*, 22.08.94, p. 11); *deux disquaires s'affrontent sur le marché lausannois* (*Le Nouveau Quotidien*, 09.08.94, p. 11); *Les armateurs européens doivent disposer des mêmes armes que leurs terribles concurrents asiatiques* (*Le Monde*, 07.01.94, p. 14); *Die Migros eröffnet den Kampf ums tägliche Brot : Migros hat genug vom Mehlkartell* (*Cash*, 02.09.94, p. 12).

¹⁶ Cf. Marie-Capucine BOYER-CHAMMARD, *Tricher n'est pas jouer*, Gaz. Pal. 1993 pp. 781-789, 781 : "Quelquefois, pour échapper aux contraintes qui lui sont imposées et dans le but de s'assurer une victoire plus facile, le sportif invente des stratagèmes destinés à s'y soustraire... il triche."

- *Sur la tricherie dans le football* : pratique de Bernard Tapie (président de l'OM) : cf. l'interview de Jean-Pierre Bernès, ancien directeur général de l'OM, in : *Le Provençal*, 08.07.95, pp. 11-12 : "Le club phocéen a investi chaque année entre 5 et 6 millions de FF pour acheter des joueurs adverses ou des arbitres internationaux". Pour qu'ils courent moins vite...

- *Sur la tricherie dans le sport automobile* : suspicion de l'utilisation d'assistances électroniques illicites, minceur non conforme de semelle, retrait d'un filtre à

Certains comparent. Certains trompent. D'autres exploitent les prestations d'autrui. D'autres violent des secrets de fabrication ou d'affaires. D'autres utilisent des conditions commerciales abusives. Tous agissent de façon déloyale. Pour être les premiers, il y a ceux qui travaillent. Il y a aussi ceux qui copient.

L'homme triche au jeu comme en affaires (cf. BAUMBACH/HEFERMEHL 101 : "Wo Wettbewerb stattfindet, gibt es auch *unerlaubten* Wettbewerb. (...) Die *Gewerbefreiheit* hat den unerlaubten Wettbewerb gefördert; geschaffen hat sie ihn nicht."). Ainsi, si une entreprise de taxi avec un logo triangulaire a un numéro d'appel formé de la suite 3 202 202 répondant à un besoin légitime et évident d'être facile à mémoriser, un nouveau concurrent, offrant aussi ses services de taxi avec un logo en double triangle, ne peut sans arrière-pensées choisir le numéro 320 20 20 (CJ GE in RSP1 1995 pp. 163-165, 320 20 20, avec note Michel MUHLSTEIN) !

15. Tout jeu a besoin de règles. Toute concurrence aussi. On l'a déjà vu: si des enfants veulent jouer à cache-cache dans un préau, ils doivent s'entendre sur certains principes de base.¹⁷ La concurrence a aussi besoin de règles. C'est du reste un a priori qu'on peut discuter.

Pourquoi ne pas imaginer un système économique libéral (principe de laissez-faire), sans réglementation (heures d'ouverture des magasins),¹⁸ sans garde-fous (prix cassés), sans intervention étatique (autorisation), sans déontologie (publicité), sans protection (dénigrement, copie, parasitisme) ? La mêlée où tous les coups sont permis, la jungle où tous

carburant. Cf. Alain R. WALON, *Aucune preuve de tricherie de Benetton, la FIA calme le jeu*, *Journal de Genève*, 08.09.94, p. 14.

¹⁷ Cf. Marie-Capucine BOYER-CHAMMARD, *Tricher n'est pas jouer*, *Gaz. Pal.* 1993 pp. 781-789, 781 : "La pratique organisée d'un sport est indispensable à son bon déroulement, surtout en compétition; elle a pour but d'assurer une confrontation égalitaire et loyale des adversaires dans la lutte pour la victoire." Voir aussi *Journal de Genève*, 27.07.95, p. 12 : *Sepp Blatter accuse les joueurs allemands de tricherie* (sur l'art des plongeurs dans la surface de réparation !).

¹⁸ Cf. Françoise BUFFAT, *Pour revigorer son commerce, Genève desserre ses règlements*, *Journal de Genève*, 29.06.95, p. 21 : "Le commerce genevois s'anémie, asphixié par la concurrence française et par une réglementation locale trop tatillonne." Voir aussi 120 Ib 332, 335, *Union du commerce local de Porrentruy* et 120 Ib 390, 395, *Willy Creteigny-Dupraz*.

luttent contre tous. *Homo homini lupus*. N'est-il pas plus raisonnable d'estimer que le désordre, à long terme, ne profite à personne et que les victimes d'un combat sans merci entre concurrents sont en fin de compte les consommateurs, les travailleurs, en un mot la société ? Il faut donc intervenir pour éviter des dérapages. Il faut des règles (MÜLLER 20; DUTOIT 297; BOLLE, *Procès pénal*, 8; BOLLE, *Conclusion*, 117).

16. La concurrence a besoin de sanctions. Il faut éviter que la loi sourie à ceux qui la violent. Qui dit injonction, dit répression.¹⁹ La LCD a plusieurs volets : le volet civil est prioritaire, le volet pénal subsidiaire.²⁰ L'art. 23 LCD prévoit l'*emprisonnement* ou l'*amende jusqu'à 100'000 francs*. Même si la peine ne peut pas tout (récidive), il est faux de prétendre qu'elle ne peut rien. La justice a un rôle important à jouer dans ce domaine, pour éviter que chaque intervenant économique ne règle son compte lui-même aux concurrents déloyaux ou qu'il y ait surenchère dans la déloyauté (prix cassés, dumping, dénigrement, agressivité dans la publicité ou les méthodes de vente).

Des prises de position d'industriels dans les médias telles que celle de Jean Bousquet de Cacharel sont les signes d'un malaise : "Dans le textile, la Commission de Bruxelles laisse l'Europe sans défense. Ni contrôles, ni sanctions : c'est le chaos. (...) Par ailleurs, les fraudes et les contrefaçons sont très rarement recherchées, poursuivies et condamnées. (...) Tout est permis puisque rien n'est sanctionné."²¹ Mutatis mutandis, cet appel est

¹⁹ Cf. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, adaptation de l'allemand de H. Thévenaz, 2^e éd., Neuchâtel, Ed. de la Baconnière, 1988, p. 70 : "Le droit est un ordre social basé sur la contrainte." Cf. aussi CICERON, *Des Loix*, Livre I, Ch. VI : "La bonne direction de la conduite est une loi, dont la force propre est de prescrire des actions droites et d'interdire les écarts."

²⁰ Cf. MCF du 18.05.83 in FF 1983 II 1037, 1071 : "La LCD restera fortement axée sur le droit civil" et 1088 : "Conformément à l'orientation fondamentale de la LCD vers le droit civil, il ne s'agit que de délits poursuivis sur plainte en ce qui concerne les faits constitutifs pénaux." Voir aussi BOLLE, *Conclusion*, 119 : " (...), rien ne sert de criminaliser, ni de punir, il faut poursuivre, et poursuivre à temps."

²¹ L'annonce remplit la moitié d'une page dans *Le Monde*, 25.05.93, p. 11 et est due à l'UIT, l'Union des industries textiles.

valable aussi en droit interne. C'est aux concurrents et aux consommateurs de sauvegarder la loyauté de la concurrence en intentant action le cas échéant (art. 10 LCD; PEDRAZZINI 228-231; BOLLE, *Procès pénal*, 11 sur le couple *contrainte/négociation*).

Dans une société d'inspiration libérale, chacun doit pouvoir déterminer lui-même sa ligne de conduite. Mais sa liberté s'arrête où commence celle de l'autre. C'est pourquoi un législateur doit limiter les barrières régissant le comportement du citoyen à un minimum indispensable pour que tous les concurrents puissent se côtoyer dans un climat de concurrence saine et loyale.

17. Le monde de la concurrence évolue très vite et de plus en plus vite. Tout législateur court le risque d'avoir continuellement une guerre de retard. Ce n'est pas un reproche; c'est une constatation. Une codification doit tenir compte du caractère protéiforme et évolutif du phénomène qu'elle doit appréhender (PEDRAZZINI 53 : "Vielfalt wirtschaftlicher Betätigungen und Verhalten"). Il faudra être assez général (pour ne pas être dépassé trop vite), mais quand même assez précis (pour ne pas être inapplicable)²² ! Vaste programme.

C'est donc à la jurisprudence de prendre le relais. Les juges ont, dans un domaine comme la concurrence déloyale, un rôle important à jouer. A la loi d'incriminer le fait de prendre des "mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les oeuvres, les prestations ou les affaires d'autrui" (art. 3 lit. d LCD). Aux juges de dire selon quels critères et dans quelles conditions il y a risque de confusion.²³

²² Cf. François TERRÉ / Anne OUTIN-ADAM, *Codifier est un art difficile*, D. 1994 Chronique pp. 99-100, 100 : "Pour codifier sainement le droit des affaires, il faut économiquement y voir clair."; Dominique BUREAU, *Remarques sur la codification du droit de la consommation*, D. 1994 Chronique pp. 291-297, 295 : "La codification doit être sûre : c'est là le gage de sa qualité. Or celle-ci ne l'est pas : à plusieurs reprises elle fait naître le doute. (...) Doute également sur le sens des dispositions qu'elle contient...".

²³ Comme les juges doivent trancher dans le vif du sujet, ils sont parfois sévèrement critiqués par la doctrine : cf. CJ GE en l'affaire 320 20 20 (RSPI 1995 pp. 163-165), critiquée par Michel MUHLSTEIN; HG ZH en l'affaire *Chanel-Kostüm* (RSPI 1991 pp. 219-223), avec une note due à la plume du Professeur DUTOIT.

18. La concurrence est omniprésente. Toute activité, qu'elle soit scientifique, académique, économique ou journalistique, peut avoir un impact en matière de concurrence (PEDRAZZINI 31; MÜLLER 8). Un scientifique peut intervenir dans le débat économique et modifier les conditions de concurrence (120 II 76, *four à micro-ondes*).²⁴ Un journaliste peut influencer sur la position concurrentielle d'un tiers, que ce soit un avocat (120 IV 32, "*Anwalt macht Kasse*"), une grande surface (Arrêt *Denner*, "*diktatorische Sortimentskürzung*"),²⁵ un fabricant (117 IV 193, *Bernina*; RSPI 1992 pp. 109-113, *Kästle/Nordica [Kassensturz]*), une entreprise pharmaceutique (Arrêt *Contra-Schmerz*)²⁶ ou une banque (Bezirksgericht ZH in RSJ 1994 pp. 178-184).

Il faut avoir à l'esprit cet élément car la LCD se révèle redoutable au vu des cas d'application qu'elle trouve. Il convient donc d'être prudent car la concurrence est omniprésente et la LCD a reçu pour but de garantir une concurrence loyale et non faussée (PEDRAZZINI 37-44), donc la LCD est aussi omniprésente (BOLLE, *Procès pénal*, 17).

19. En matière de concurrence, de nombreux cas sont affaire d'appréciation. Nous l'avons vu : le seuil de déloyauté est fluctuant car il dépend du cas d'espèce. Et la réalité économique fluctue. Quand y a-t-il risque de confusion entre deux emballages (art. 3 lit. d LCD; STREULI-YOUSSEF 137) ? Quand y a-t-il dénigrement (art. 3 lit. a LCD; STREULI-YOUSSEF 116) ? C'est une question d'appréciation et il faut laisser à la pratique le soin de la trancher au vu des éléments du cas d'espèce et selon les principes dégagés par la jurisprudence. Il est vain de vouloir dans la loi codifier toutes les manifestations extérieures de la concurrence qui est comme l'Hydre de Lerne : l'acte déloyal qu'on vise ici rejaillit là-bas sous une autre forme.

²⁴ Voir aussi Sylvie ARSEVER, *Micro-ondes : scientifique controversé réduit au silence*, *Journal de Genève*, 13.04.94, p. 17 : "Quand le débat scientifique quitte le milieu académique pour influencer le marché, il peut être censuré."

²⁵ Jugement 6S.648/1994 du 13.12.94, Cour de cassation pénale, pas destiné à la publication; cf. *Plädoyer* 1/1995 p. 63.

²⁶ Jugement N° 8162 du 21.09.94 du Handelsgericht (BE) en l'affaire *Dr. Wild & Co AG c/SSR*, non publié.

APPENDICE AU TITRE I : Bibliographie

- BEHRENS Stephan, *Vermögensstraftaten bei Sportwetten und Pferderennen unter besonderer Berücksichtigung einer Betrugsstrafbarkeit nach den §§ 263, 263a StGB*, Th. Würzburg 1993.
- DIXIT Avinash K. / NALEBUFF Barry J., *Spieltheorie für Einsteiger - Strategisches Know-how für Gewinner*, Stuttgart, Schäffer-Poeschel-Verlag, 1995.
- DUTOIT Bernard, *Le droit de la concurrence déloyale dans le domaine du ski*, RDS 1983 I pp. 293-307.
- FABER Alexander, *Doping als unlauterer Wettbewerb und Spielbetrug*, Th. Zürich 1972.
- HUIZINGA Johan, *Homo ludens, Essai sur la fonction sociale du jeu*, Paris, Gallimard, 1951.
- IMHOF Michel, *Les tricheurs vont toujours plus vite que les contrôles antidopages*, *Tribune de Genève*, 10.12.94, p. 3.
- JOLIDON Pierre, *Ordre sportif et ordre juridique*, RJB 1991 pp. 213-235.
- KUMMER Max, *Spielregel und Rechtsregel*, Bern, Stämpfli, 1973.
- NIKI-HEGE Bokanga, *Les normes de sanctions dans l'ordre juridique sportif*, D. 1994 Chronique pp. 86-88.
- OST François / VAN DE KERCHOVE Michel (éd.), *Le jeu : un paradigme pour le droit*, Paris, LGDJ, 1992.
- TERCIER Pierre, *Le sport et le droit de la concurrence : aspects de droit suisse*, in : FS für A. Koller, Bern, Paul Haupt Verlag, 1993, pp. 555-578.
- WITTIG Petra, *Rennwette und Doping*, SpuRt 1994 pp. 134-138.
- ZÄCH Roger, *Wettbewerbsrecht und Freizügigkeit für Arbeitnehmer im Bereich des Sports nach dem Recht der EG*, in : FS für A. Koller, Bern, Paul Haupt Verlag, 1993, pp. 837-854.
- On lira avec profit l'article de la NZZ du 27.05.95 (p. 64) intitulé *Giro d'Italia im harten Konkurrenzkampf* au sujet des tours cyclistes (Tour de France, Tour de Suisse, Tour de Romandie, Vuelta, Giro) et de la concurrence entre organisateurs: "Konkurrenz steigert Leistung und Effizienz - nicht nur in der Wirtschaft und unter Athleten. Auch Organisatoren sind diesem System unterworfen (...)."

TITRE II : LE SEUIL DE DÉLOYAUTÉ DANS LES CAS D'IMITATION DE LA PRÉSENTATION D'UN PRODUIT (art. 3 lit. d LCD)

20. Importance économique du conditionnement. 21. Imitation de la présentation d'une marchandise. Cas illicites. Force distinctive. 22. Cas licites. Absence de force distinctive. Couleurs. Impératifs techniques. 23. Copie d'une ligne entière de produits. Copie servile et quasi-servile. 24. Emballages et étiquettes. 25. Impression générale, indirecte, directe. 26. Détermination de la confusion dans l'esprit de la clientèle. 27. Actes déloyaux. Cas évidents. 28. Cas limites : Lego I et Lego II. 29. Arrêt NIVEA. Eléments de fait. 30. Aspects différents. Exclusion de la copie servile ou quasi-servile. 31. Aspects semblables. Admission d'un risque de confusion ? 32. Flacons. Forme. Présentation. Appellations. 33. Marques NIVEA/Jana. 34. Parallèle avec d'autres arrêts. 35. Pratique de Migros pour d'autres produits. 36. Couleurs. 37. Mention de la provenance. Exclusion du risque de confusion. 38. Importance de l'infraction. 39. Notion de risque. Moyens de preuve. 40. Notion de moyenne. Détermination. 41. Degré d'attention. Modulation selon la personne du consommateur. 42. Modulation selon le bien de consommation. 43. Appréciation en direct et en différé. 44. Lois phonétiques et linguistiques. 45. Primauté de l'ouïe sur la vue. 46. Erreur sur la marchandise. Erreur sur le fabricant. 47. Cas 1 : l'imitation est imposée par des impératifs techniques. 48. Cas 2 : l'imitation est imposée par des impératifs esthétiques. 49. Rappel des principes. 50. L'arrêt Chanel. 51. Enseignement de l'arrêt Chanel. 52. Cas 3 : l'imitation porte sur un élément banal sans force distinctive. 53. Industrie du parfum. Flacons et bouchons. 54. Incorrection. 55. Systématique. 56. Obligation de changer les éléments non nécessaires au fonctionnement. 57. Mise en évidence d'une marque ou d'un signe distinctif. 58. Jurisprudence. 59. Bilan. Perspectives. Rôle régulateur du droit de la concurrence. 60. But de la démonstration. 61. Le produit médiatique est un produit comme les autres. 62. Jurisprudence. Annabelle et Annette (102 II 222). 63. Raisonnement juridique. 64. Portée de l'arrêt Annabelle/Annette. 65. Conclusion : l'application de l'art. 3 lit. d LCD aux médias se justifie pleinement.

Chapitre I : Généralités

20. Importance économique du conditionnement. D'un point de vue socio-économique, la vente commence avec la présentation du produit (*Produktausstattung*) et il s'établit une communication entre le producteur et le consommateur. Ainsi, la forme du produit, son emballage, sa désignation, le graphisme de la marque, les couleurs accompagnant le logo et habillant le conditionnement vont attirer -

d'aucuns diront séduire - le consommateur avec plus ou moins de succès et de facilité.

Le *packaging* consiste à mener à bien ce dialogue entre l'offre et la demande par une présentation de la marchandise convaincante, adaptée aux buts fixés et aux types de produits.²⁷ D'où l'importance capitale de l'emballage (*Verpackung*) : la profession de *technologue d'emballage* a d'ailleurs acquis aujourd'hui ses lettres de noblesse (FF 1995 III 1043).

D'un point de vue juridique, il est généralement admis que le fabricant qui imite la présentation d'un produit d'un concurrent commet un acte de concurrence déloyale, car il provoque une confusion dans l'esprit de la clientèle et profite indûment de cette méprise (BAUMBACH/HEFERMEHL 1287). L'art. 3 lit. d LCD s'applique à celui qui « prend des mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les oeuvres, les prestations ou les affaires d'autrui. » Auparavant, l'art. 1 al. 2 lit. d aLCD visait celui « qui prend des mesures destinées ou de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les oeuvres, l'activité ou l'entreprise d'autrui ».

L'art. 10bis al. 3 ch. 1 CUP a une portée identique puisqu'il vise « tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ».

L'art. 13 ch. 1 de la loi polonaise du 16.04.93 sur la répression de la concurrence déloyale vise aussi « la copie servile de l'aspect extérieur d'un produit déjà fabriqué, réalisée à l'aide de moyens techniques de reproduction, à condition qu'elle soit susceptible d'induire les clients en erreur sur l'identité du producteur ou du produit » (RIC 173/1994 pp. 6-9, 7).

A première vue, tombe ainsi sous le coup de cet article de la LCD tout concurrent dont la marchandise peut être confondue avec le produit déjà existant d'une autre entreprise du fait de sa présentation extérieure (VOGT 30; BAUMBACH/HEFERMEHL 1288; DAVID 1509). Cependant, la casuistique dégagée par le Tribunal fédéral est beaucoup

²⁷ Sur la différenciation des produits offerts sur un même marché, voir Michel GLAIS/Philippe LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, Paris, PUF, 1983, pp. 326-328. La différenciation découle d'éléments *objectifs* (présentation du produit, etc.) et d'éléments *subjectifs* ("le sourire de la vendeuse", etc.). Le conditionnement est donc l'élément central mis en valeur par la *publicité* et les *techniques de vente*.

plus fine et est nuancée par plus d'un distinguo, ce qui prouve que le *seuil de déloyauté* est parfois *difficile à déterminer*.²⁸

Quand l'imitation de la présentation d'un produit devient-elle illicite? Dans quels cas reste-t-elle licite? Selon quels critères apprécier le risque de confusion entre plusieurs conditionnements (*Verwechslungsgefahr*, PEDRAZZINI 85-88; BAUMBACH/HEFERMEHL 581, 596, 1245; DAVID 1504; STREULI-YOUSSEF 136)? L'aspect général d'une marque ou d'un produit découle d'*éléments principaux (caractéristiques)* et d'*éléments secondaires (détails)*. Comment dégager les éléments particulièrement frappants (118 II 322, *Ferosped/Fertrans*; 77 II 321, 323, *Sihli/Silta*; 74 II 235, 242, *Wollenhof*; 47 II 226, 235, *A l'Etoile bleue*; 20 1051, 1053, *Monopole*)? Un acheteur moyen, qui veut acheter du raki, peut-il être amené à confondre deux produits si l'un s'appelle *Yeni Raki* ("nouveau raki") tandis que l'autre s'appelle *Eski Raki* ("vieux raki")? Le concurrent a-t-il pris des mesures, dans le cas d'espèce, qui favorisent la confusion avec les marchandises d'autrui (art. 3 lit. d LCD; 120 II 144, 154, *Yeni Raki*)?

21. Imitation de la présentation d'une marchandise. Cas illicites. Force distinctive. A la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'imitation de la forme d'une marchandise est illicite lorsqu'elle a trait à une forme dotée d'une certaine force distinctive (*Kennzeichnungskraft*). La confusion peut être relative aux marchandises, mais aussi à l'entreprise elle-même (87 II 35, *stylos à bille BIC*; 83 IV 198, *engins Expresso*).

Viole aussi l'art. 3 lit. d LCD le concurrent qui crée un risque de confusion, direct ou indirect, par lequel le "consommateur moyen" a l'impression que les marchandises proviennent d'entreprises étroitement

²⁸ Cf. Lucas DAVID, *Ausstattungsschutz*, Zürich, Schweizerische Kommission für die Lauterkeit in der Werbung, 1989, p. 16 : "Die Beurteilung der Verwechselbarkeit ist vorwiegend Ermessenssache. Verschiedene Richter kommen denn auch oft zu verschiedenen Ergebnissen. Dies macht Prognosen über einen Prozessausgang ziemlich schwierig." Voir aussi, plus moqueur, Lucas DAVID in RSPI 1991 p. 247: "Für den Praktiker wird es damit schwierig vorauszusagen, ob für eine gegebene Produktgruppe die Bildelemente oder die Wortelemente dominant sein werden, denn wer kennt schon die Einkaufsgewohnheiten von Richtern?". Voir déjà 39 II 352, 358, *filatures* : le juge doit se baser sur "seine eigene Lebenserfahrung".

liées entre elles parce que les signes distinctifs apposés sur les produits ou leur présentation prêtent à confusion (120 II 144, *Yeni Raki*; 116 II 365, *NIVEA*; 114 II 106, *CeBIT*; 102 II 122, *Annabelle/Annette*; 87 II 35, *stylos à bille BIC*; 81 II 467, *Ciné-Studio/ITA-Studio*; 76 II 77, *Cinéac*; 58 II 449, *Persil*; 33 II 172, *Cailler*).²⁹

22. Cas licites. Absence de force distinctive. Couleurs. Impératifs techniques. L'imitation de la présentation de la marchandise d'autrui ou le rapprochement entre les modes de présentation n'est pas illicite lorsque la forme d'un produit ne possède aucune force distinctive (63 II 160, *164, cigarettes Brésiliennes* : "éléments communs dont le pouvoir d'individualisation est très faible"; 46 II 151, *154, Christbaumkerzen*; OG BS in RSPI 1991 pp. 141-145, *144, Seifenschalenhalter*; BURST n° 91). Si un concurrent imite la couleur noire de la couverture d'un catalogue et la couleur blanche des inscriptions (texte et prix), il n'y a pas illicéité car la couleur est un élément banal et, in casu, un concurrent a le droit de le reprendre.³⁰ Il y a toutefois lieu de rester prudent en matière de couleurs :

²⁹ • *ATF 114 II 106* : opposition entre la foire spécialisée de Hanovre pour la bureautique et l'informatique sous l'appellation "CeBIT" (*Centrum der Büro- und Informationstechnik*) et une société anonyme de Cham (ZG) du nom de CeBIT, vendant des produits de bureautique et d'informatique et utilisant dans sa publicité et son papier l'adjonction "Centrum für Büro- und Informationstechnik". Ces deux entités n'ont aucun lien. Risque de confusion admis.

• *ATF 102 II 122* : risque de confusion entre deux titres de journaux : d'une part, "Annabelle", revue féminine de la *Weltwoche AG*; d'autre part, "Annette", revue féminine lancée par Ringier après une étude de marché centrée sur le succès de la revue "Annabelle". Dans ces deux noms, l'élément principal est le même : Anna, une fois avec un suffixe qualificatif (*Annabelle*), une fois avec un suffixe diminutif (*Annette*). Ce même mot de base donne l'impression de marque en série (même maison d'édition). Risque de confusion admis. Cf. aussi VOGT 311 et 391 et DAVID 1504.

• *ATF 87 II 35* : la marque BIC (de Bich) et la marque BIG-PEN (de *Plastofin AG*), destinées toutes deux à des produits identiques (stylos à bille), ne se distinguent pas suffisamment, étant donné leur grande similitude (effet auditif et visuel), leur usage courant et leur bas prix : le large public qui achète des stylos à bille le fait sans y consacrer une attention démesurée (achat de type automatique, sans réflexion). Risque de confusion admis.

une couleur ajoutée à une forme, à d'autres couleurs (combinaison, dégradé, superposition) ou à un logo peut avoir une certaine force distinctive (*Unterscheidungskraft*, PEDRAZZINI 106, VOGT 332; BAUMBACH/HEFERMEHL 1233, 1270; DAVID 1503).

Tel est le cas du "M" orange de Migros, cette lettre ayant toujours le même graphisme (grandeurs différentes, mais proportions identiques) et cette même couleur orange (jamais vert ou bleu !). Le logo *United Colors of Benetton* est toujours vert et la plaque de chocolat *Milka* est lilas depuis son lancement en 1901 ! Le "M" de Migros a, à notre avis, un caractère suffisamment distinctif car le public connaît l'origine des produits quand il voit le signe (cf. pour le terme *Migros* : 59 II 155, 161, *Migros*).³¹ De même, 4711 fait penser à *echt Kölnisch Wasser* fabriquée par la Parfümerie-Fabrik, Glockengasse N° 4711, Köln am Rhein. Il s'est établi un lien entre le nombre 4711 et l'eau de cologne. Dans le même ordre d'idée, une entreprise, qui avait choisi le noir et le jaune lors d'une campagne publicitaire dans la presse écrite, a obtenu gain de cause contre un concurrent qui utilisait les mêmes couleurs pour son papier à en-tête (concurrence déloyale confirmée).³² Le même problème se pose lorsqu'il n'y a pas ou plus de protection légale quelconque (113 II 319, *rayonnages métalliques "Universal"*; 113 II 306, *thèse de doctorat*; 77 II 377, *Micky-Maus/Mickey-Mouse*; 76 II 97, *dentelles*).

³⁰ Cf. aussi jugement du Tribunal de commerce de Lyon du 2 mars 1978 (RTDCDE 1978 p. 793) : reprise d'une série de pages du catalogue d'un concurrent (reproduction de produits courants, catalogue dans son ensemble différent, pas de risque de confusion). Concurrence déloyale niée, plagiat nié; le Tribunal a accordé toutefois 5000 FF de dommages-intérêts pour appropriation indue du travail d'autrui. Voir aussi VOGT 163. Pour d'autres cas de "reprise" de catalogues d'un concurrent, voir 113 II 319, *rayonnages métalliques "Universal"*; 113 II 190, *meubles Le Corbusier*; 47 II 64, 69, *Studer*; 46 II 425, *Gesenkschmiedartikel*.

³¹ Il s'agit du reste d'un élément déclinable : *Migros* a donné naissance à *Micarna*, *Mifa*, *Micasa*, *Mibelle*, *Migrol*, *Mifroma*, *Mitreva*, *Miotherm*, *Miostar*, etc. Le "M" de Migros vient s'ajouter comme préfixe dans *M-Sano*, *M-electronic*, *M-Fresh*, *M-Quartz*, etc. Les points de distribution sont, d'après leur importance, des centres *M*, *MM* ou *MMM*. Confusion possible avec la marque *3M* ou le *M* de *McDonald's* ? Confusion entre les chaussures *Nike* et les chaussures *Mike* de Migros ? Confusion entre les montres *Swatch* et les montres *M-WATCH* de Migros ?

³² Cf. jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 30 avril 1987 (BURST n° 90). Voir aussi 30 II 586, «*A la Chevrette*».

Si aucune prétention découlant du droit des marques, du droit des brevets, du droit d'auteur ou du droit des modèles ne s'y oppose, l'imitation des produits d'un concurrent est en principe licite. Le procédé ne contrevient aux règles du droit de la concurrence déloyale que si le consommateur est induit en erreur de façon évitable sur la provenance du produit par le fabricant de la marchandise imitée ou si l'imitateur exploite de façon parasite le renom ou le succès des produits d'un concurrent (116 II 471, 472, *Volvo*). Il y a donc des couleurs et des signes qui sont banals et d'autres qui se sont imposés dans l'esprit du grand public. Si l'imitation de la présentation d'une marchandise est imposée techniquement (*technisch bedingte Gestaltung*) par le mode de fabrication, par la destination ou par les contraintes de la technique, il n'y a pas acte de concurrence déloyale.³³ Encore faut-il, dans ce cas, que la copie de la forme ou du produit du concurrent soit l'unique moyen pour arriver au résultat technique escompté (73 II 194, *Gillette*; DAVID 1504).

23. Copie d'une ligne entière de produits. Copie servile et quasi-servile. Le Tribunal fédéral a dégagé des circonstances particulières qui sont de forts indices de déloyauté lors de l'examen du caractère licite ou illicite de la présentation du produit d'un concurrent (*Beurteilung der Verwechselbarkeit*; 102 II 111, *Silva*; 58 II 449, 455, *Persil*). Le seuil de déloyauté est nettement franchi lorsqu'un concurrent imite un grand nombre de modèles ou copie une ligne entière de produits (116 II 365,

³³ Cf. jugement de la *Cour d'appel de Paris* du 16 avril 1986 (BURST n° 93) : pas de concurrence déloyale lors de la copie d'un modèle de *robinet* d'un concurrent, imitation imposée par des impératifs techniques : 1) normes existantes; 2) contraintes de fabrication dues aux matériaux utilisés; 3) recherche d'un coût minimal de fabrication; 4) composants eux-mêmes produits standard du commerce. Exemples où l'aspect extérieur d'une marchandise est lié à des motifs techniques (*durch Gebrauchszweck und Fabrikationsweise bedingte Ausstattung*) : charnière (87 II 54), interrupteur (79 II 316), lame de rasoir (73 II 194, *Gillette*), porte-skis (RSJ 1965 p. 278), isolateur (RSJ 1964 p. 8), filtres Melitta (ZR 1965 n° 149), mouvement de montre (57 II 457). Pour le cas du Rubik-Cube, voir ATF 108 II 69 et RSPi 1982 p. 190 (Obergericht AG) et p. 199 (Obergericht ZH) et PEDRAZZINI, *Bonne foi*, pp. 184-185.

NIVEA; 113 II 190, *meubles Le Corbusier*;³⁴ 104 II 322, *chaussures Bata*). Il y a alors une certaine systématique qui exclut toute ressemblance fortuite.

Est déloyal aussi le concurrent qui imite de nombreux détails d'un conditionnement (imitation quasi-servile), voire qui fait une copie conforme de la marchandise de son concurrent (imitation servile). Selon les cas d'espèces, le risque de confusion est plus ou moins évident. Il doit être examiné de cas en cas, chaque détail imité ou non imité ayant son importance (93 II 50, *VAC (Migros)*; 72 II 392, *Elco*; ZR 1990 n° 62, *Haarentfernungsgerät*; arrêt du Bundesgerichtshof du 11.03.93 en l'affaire *Asterix/Isterix* in IIC 1994 pp. 610-616).

24. Emballages et étiquettes. Dans les cas de *confusion quant aux emballages*, il faudra examiner le *mode de conditionnement* (flacon, boîte, bouteille, pot, tube, etc.), les *dimensions*, le *graphisme*, les *couleurs* (types, combinaisons, dégradés, superpositions, contours), le *type de fermeture* (bouchons vissés ou non vissés, etc.), la *présentation* (produits préemballés à 1, 2, 3, 6, 12 unités : cf. les 6-pack de bières ou les emballages duo de pâtes dentifrices) ou encore les *accessoires du produit* (sachet de recharge, cadeau offert avec le produit : voiture d'enfant, Picsou, puzzle, BD, pin's, Pingu, etc.).

Dans les cas de *confusion quant aux étiquettes*, entrent en ligne de compte la *forme* de l'étiquette (rectangulaire, carrée, ronde, ovale, etc.), les *dimensions*, l'*agencement des motifs*, les *couleurs* (types, combinaisons, dégradés, superpositions, contours), les *signes distinctifs* éventuels (p. ex. étiquette ronde surcollée dans l'angle gauche supérieur de l'étiquette principale), le *type* d'étiquette (p. ex. décollable avec un concours au verso comme le concours DRINK & DRIVE d'Henniez).

³⁴ ATF 113 II 190 : état de fait : chaises et meubles de repos Le Corbusier avec une tubulure en acier (élément essentiel et nouveau). Style, design et forme copiés servilement. Utilisation dans la publicité d'illustrations prises dans les prospectus du concurrent copié ! Imitation servile de toute une série de meubles. Voir aussi la décision autrichienne avec des illustrations des chaises *Le Corbusier* in IIC 1994 pp. 126-131 et la décision italienne in GRUR Int. 1991 pp. 743-745. Pour la reproduction non autorisée de la signature originale *Le Corbusier* sur des affiches, cf. RJN 1986 pp. 72-75. Voir aussi OG ZH in RSPI 1994 pp. 302-306, LC-1/ILC-10.

25. **Impression générale, indirecte, directe.** Dans les cas d'imitation servile (*sklavische Nachahmung*), le risque de confusion est facile à démontrer, surtout si l'imitation est faite au millimètre près (*sogenannte millimetergenaue Nachahmung*, PEDRAZZINI 108, VOGT 210; 103 II 211, *Choco Nuts*; 61 II 381, *Wyberttabletten*). Dans les autres cas, il reviendra aux tribunaux de trancher en se mettant à la place du consommateur moyen, normalement intelligent et attentif (BURST n° 11) et en appréciant l'impression générale (*Gesamteindruck*, PEDRAZZINI 106; DAVID 1508) se dégageant du produit pris dans son ensemble, l'impression indirecte (sensiblement plus faible) laissée dans la mémoire par un produit étant différente de l'impression directe provoquée par la vue du même produit (dans le même sens 58 II 449, 455, *Persil* : "In der Erinnerung aber schwächt sich die Prägung einer Vorstellung im allgemeinen bedeutend ab.").

Si un distributeur d'eau minérale, nouveau sur le marché, entend commercialiser son produit en créant une étiquette avec du rose dégradé, du bleu pour les inscriptions, du blanc pour le centre de l'étiquette, du rouge pour la marque de l'eau et un panorama des Alpes dans le tiers supérieur de l'étiquette, on peut sans témérité penser qu'un consommateur moyen, de manière consciente ou inconsciente, établira un lien avec les étiquettes *Evian*. Quant à savoir quelles déductions il en fera, bien malin le juriste qui pourra avancer des éléments de réponse scientifique. Nous voyons plutôt une multitude de questions: le lien est-il toujours établi entre le produit X et l'eau minérale *Evian* ? Si oui, comment le prouver ? Le consommateur pense-t-il acheter *Evian* en mettant dans son panier le produit du concurrent ? Lira-t-il attentivement l'étiquette litigieuse pour s'assurer que les deux produits proviennent ou ne proviennent pas de deux entreprises étroitement liées entre elles (*Waren gleicher Herkunft*, 58 II 449, 457, *Persil*; 95 II 354, 360, *Elisabeth Arden*; 77 II 331, 337, *Soliput*) ?

Il semble établi que l'acheteur moyen est peu attentif lorsqu'il s'agit d'acheter des produits d'usage courant : l'achat d'un tube de *Colgate* tient plus du réflexe que de la réflexion. De même, le consommateur est plus attentif lors du premier achat, où il examine avec plus ou moins de soin marque et emballage, que lors d'achats subséquents, où il reprend automatiquement un emballage qu'il connaît déjà (dans le même sens 72 II 183, 187, *Nago/Napro*; 63 II 282, 284, *Star/Blaustern*; 58 II 449, 457, *Persil*).

26. **Détermination de la confusion dans l'esprit de la clientèle.** Si, par hypothèse, *Evian* fait une gigantesque campagne de publicité et que notre "consommateur moyen" veut boire *Evian* au lieu de *Volvic* ou *Henniez*, s'il choisit le produit X dont l'étiquette est similaire (confusion) à celle de la bouteille d'*Evian*, comment le juriste peut-il établir avec sûreté les liens de cause à effet d'un mécanisme évidemment injuste, car la publicité, payée par *Evian* pour ses propres produits, profiterait dans notre hypothèse à un concurrent parasite et copieur, profitant du succès de son rival en provoquant intentionnellement une confusion dans l'esprit de la clientèle (dans le même sens 120 II 144, *Yeni Raki*; 88 II 378, *Tobler-o-rum*; 79 II 219, *Scandale/Sandal*; 72 II 380, *Mauler*; 58 II 449, *Persil*; 52 II 159, *Coro/Hero*; 47 II 360, *Glygis/Hygis*).³⁵

Etant donné que le consommateur peut confondre les deux étiquettes, surtout lorsqu'il n'a pas les deux bouteilles sous les yeux en même temps, le fait d'utiliser la même forme, la même taille ou le même agencement des motifs crée un risque de confusion évident. La difficulté réside souvent dans sa détermination jurisprudentielle : il convient de se mettre à la place du client moyen non averti devant le rayon d'un magasin, qui agit spontanément et qui n'a normalement pas les produits sujets à confusion simultanément sous les yeux mais qui fait appel à son souvenir (*Erinnerungsvermögen*) avec les aléas que cette démarche mnémorique comporte (cf. arrêt du Bundesgerichtshof du 10.10.91, *Bally/Ball*, IIC 1993 pp. 265-270). Ceci rend *ipso facto* la détermination du seuil de déloyauté parfois hasardeuse : c'est davantage une zone mouvante qu'une frontière tirée au cordeau (sur les précisions apportées par la jurisprudence en matière de contrefaçon des marques, cf. DELMAS-MARTY II 406-408; 36 II 604, *Cora*; 30 II 601, *Borel*; ZR 1956 n° 58, *Solis/Solaris/Sularis*).

³⁵ Cf. arrêt de la *Cour de Paris* du 6 janvier 1977 (RTDCDE 1978 p. 793) : entreprise de transport dont le nom commercial est *Taxis-Marchandises* et concurrent qui "choisit" la dénomination *Taxis Marchandises Locafret* (concurrence déloyale confirmée). Voir aussi CJ GE in RSPI 1995 pp. 163-165, 320 20 20, note Michel MUHLSTEIN : compagnie de taxis utilisant comme logo un triangle jaune et ayant le numéro 3 202 202 et concurrent qui "choisit" un logo en double triangle avec le numéro 320 20 20 ! Voir aussi Justizkommission LU in LGVE 1978 I n° 428, *Piccolo-Taxi*. Pour un autre cas d'inscription dans l'annuaire téléphonique, 104 II 58, *Griner*.

27. **Actes déloyaux. Cas évidents.** Plaident aussi pour la déloyauté le comportement incorrect ou astucieux de l'imitateur (113 II 319, *rayonnages métalliques "Universal"*; 90 II 51, *imitation à partir d'échantillons de tissu reçus à l'examen*), l'intention de tirer profit de la bonne réputation d'un concurrent (113 II 190, *meubles Le Corbusier*; 104 II 322, *chaussures Bata*; 95 II 354, *Elisabeth Arden/Arlem*; 79 II 305, *Interchemical*) ou l'imitation de la présentation d'une marchandise qui n'est pas imposée par des impératifs techniques ou par la destination du produit (93 II 272, *machine à nettoyer les tripes*).³⁶

Si certaines hypothèses sont claires (56 II 24, *Maggi*), il en est d'autres qui le sont moins.³⁷ Que penser du concurrent qui s'emploie habilement à rester en-deçà du seuil de déloyauté, qui cherche, par tous les moyens licites, mais pas forcément honnêtes, à tirer profit des investissements, des efforts, des recherches, du travail, de la renommée ou de la publicité d'autrui ? Pour reprendre la belle formule de Burst, "il veut récolter le grain semé par autrui" (BURST n° 199). Une concurrence loyale et non faussée est incompatible avec ces formes de parasitisme et d'exploitation indue du travail d'autrui.

28. **Cas limites : *Lego I* et *Lego II*.** Le concurrent déloyal tentera d'imiter assez de détails pour favoriser la confusion, sans pour autant tomber sous le coup de la loi. Ce sont les cas limites, voulus ou non voulus par leurs auteurs. Un bel exemple est fourni par les arrêts *Lego I* (RSPI 1961 pp. 71-79) et *Lego II* (RSPI 1962 pp. 157-162). Dans un premier temps, un concurrent de *Lego* produit des blocs que Migros vend sous la

³⁶ Sur l'arrêt des tripes, cf. PEDRAZZINI, *Bonne foi*, 185-187.

³⁷ Un bel exemple est fourni par le Bundesgerichtshof allemand dans son arrêt *Mars-Kondom*: le MARS traditionnel est une branche de chocolat et a comme slogan : *MARS macht mobil bei Arbeit, Sport und Spiel*. Un concurrent a créé un MARS non traditionnel (préservatif) avec le slogan : *MARS macht mobil bei Sex, Sport und Spiel*. La plaisanterie - parodie - (*Scherzartikel*) permet-elle l'exploitation de la bonne renommée d'autrui, la création d'un risque de confusion entre deux produits à l'aspect semblable, l'atteinte au crédit commercial? Cf. NJW 1994 pp. 1954-1958 et 3342-3343. Tout aussi graveleux, HG BE in RSPI 1991 pp. 234-240, *Kopulierende Krokodile* (utilisation de l'image de Lacoste pour des préservatifs). Voir aussi le "BMW-Entscheid" in GRUR 1986 pp. 759-762.

désignation *Diplom* avec les mêmes dimensions, couleurs et conditionnements (boîte cylindrique). Pour le Tribunal fédéral, il y a concurrence déloyale (*Lego I*). Dans un deuxième temps, le même concurrent de *Lego* produit pour Migros les mêmes blocs, mais en noir et blanc et emballés dans des sacs en plastique transparent. Les dimensions restent les mêmes (ils peuvent donc être assemblés avec des blocs *Lego*!). Pour le Tribunal fédéral, il n'y a pas concurrence déloyale (*Lego II*). Cette fois, la limite n'est pas franchie (cf. aussi l'affaire *Lego/Tomy* in GRUR Int. 1995 pp. 505-511).

Si, dans certains cas, le risque de confusion est facile à établir (copie d'une ligne entière de produits, copie servile ou quasi-servile; HG ZH in RSPI 1956 pp. 194-199, *Solis/Solaris/Sularis*)³⁸ ou facile à écarter (reprise d'une couleur banale, d'une forme sans force distinctive; noms ou marques suffisamment différents; 51 I 338, *Isatose/Sebodrol*), il est de nombreuses situations où ce qui est encore loyal à défaut de ne pas être déjà déloyal donne lieu à discussion (116 II 365, 367, *NIVEA*; 97 II 78, 83, *POND'S/RESPOND*; 95 II 191, 193, *Polar Menthe*; 93 II 272, 274, *machine à nettoyer les tripes*; 87 II 40, 42, *Quick/Blick*; 72 II 380, 382, *Mauler*; RSJ 1989 pp. 193-194, *Chanel-Kostüm*; ZR 1965 n° 149, *Melitta*). Le seuil de déloyauté n'est pas facile à fixer et cette incertitude pourrait profiter aux concurrents audacieux, sans scrupules ou astucieusement conseillés.³⁹

³⁸ Concurrence déloyale et contrefaçon de marques sont des domaines très proches, ce qui donne lieu parfois à des imprécisions. Cf. Caroline BUQUET, *La contrefaçon de marques*, in: Revue internationale de police criminelle, mai-juin 1993, pp. 13-33, spéc. p. 26 : "Certaines reproductions ou imitations de noms, d'éléments graphiques ou de formes sont souvent improprement qualifiées de contrefaçons de marques. (...) Il peut s'agir soit d'une contrefaçon de modèle ou d'un droit de propriété littéraire ou artistique, soit d'un acte de concurrence déloyale." Voir aussi l'interview de Pierre BOURQUIN, chef du service juridique de la Fédération de l'Industrie horlogère suisse à Bienne, in : FriConomy, Journal des étudiants en sciences économiques de l'Université de Fribourg, N° 2 (mai 1995), pp. 16-17, spéc. p. 16 : "En principe, le produit horloger est protégé par le droit des marques, le droit des modèles et le droit des brevets. Pour copier l'apparence d'un produit, on commence par violer le droit sur le modèle. Si le produit est très célèbre, on commet alors un acte de concurrence déloyale."

³⁹ Cf. PEDRAZZINI, *Bonne foi*, 187 : "elle [la bonne foi] nous indique - mais d'une façon que je qualifierai d'intuitive - à partir de quand la concurrence est loyale." Dans le même sens, voir le célèbre et ancien arrêt anglais *Mogul Steamship Co. v.*

Chapitre II : L'arrêt *NIVEA* (116 II 365)

29. Arrêt *NIVEA*. **Éléments de fait.** Cette affaire est un bel exemple du type de litiges que les tribunaux doivent trancher en matière de concurrence déloyale, en l'occurrence dans un problème d'imitation de la présentation d'un produit. Le tableau suivant montre les paramètres pris en considération pour établir ou écarter le risque de confusion entre des emballages *NIVEA* et des emballages *Jana* (présentation semblable de produits cosmétiques)⁴⁰ :

NIVEA (Beiersdorf AG)	Jana (Migros)
Cosmétiques lancés en 1982 sur le marché suisse.	Cosmétiques litigieux lancés en 1985 sur le marché suisse.
Flacon de 17 cm de haut; section ovale.	Flacon de 13,5 cm de haut; section à angle droit avec des côtés bombés.
Fermeture vissée ronde bleu foncé.	Fermeture vissée ronde bleu foncé, mais autre forme et cerclée de blanc en sa partie inférieure.
Marque "NIVEA Visage" inscrite en blanc dans un ovale bleu foncé avec un bord panaché bleu foncé, bleu clair et argent.	Marque "Jana Beauty" inscrite en bleu foncé dans un ovale blanc fermé avec un bord bleu foncé.
Flacon blanc pour le "lait démaquillant". Flacon rose pour le "tonique facial sans alcool".	Flacon blanc pour le "lait démaquillant". Flacon rose-rouge pour le "tonique facial".
Provenance indiquée au dos du flacon : "Beiersdorf Doetsch, Grether AG".	Provenance indiquée au dos du flacon : "Mibella AG, Buchs AG, entreprise Migros" avec le signe habituel "M".

Mc Gregor Gown and Co. (1889) 23 Q.B.D. 598 (C.A.) : "to draw a line between fair and unfair competition, between what is reasonable and unreasonable, passes the power of the court." et 97 II 78, 83, *POND'S/RESPOND* : "Die Auffassung des Handelsgerichtes, eine Verwechslungsgefahr zwischen den Marken POND'S und RESPOND sei zu verneinen, ist somit nicht zu beanstanden, wenn auch einzuräumen ist, dass es sich namentlich (...) um einen Grenzfall handelt."

⁴⁰ L'arrêt *NIVEA* du 12.07.90 a fait l'objet d'une recension de Rolf BÄR in RJB 1992 pp. 248-250 et d'une note de Lucas DAVID in RSPI 1991 pp. 246-247 et est aussi reproduit in GRUR Int. 1991 pp. 825-827 et dans PEDRAZZINI 286-293. Les emballages litigieux sont reproduits in RSPI 1991 pp. 245-246.

30. Aspects différents. Exclusion de la copie servile ou quasi-servile. Le Tribunal fédéral a exclu le risque de confusion dans le cas d'espèce (116 II 365, cons. 3 b) notamment). Il est intéressant de voir comment il est arrivé à ce résultat à partir des éléments de fait susmentionnés. Dans l'arrêt *NIVEA*, il n'y a pas imitation servile ou quasi-servile car il est possible de citer de nombreux aspects différents :

- 1) La *hauteur* des flacons est différente (17 cm et 13,5 cm);
- 2) La *section* est différente (ovale et à angle droit);
- 3) La *fermeture des flacons Jana* a une autre forme et est cerclée de blanc en sa partie inférieure ;
- 4) Les *marques* ne sont pas les mêmes (*NIVEA Visage* et *Jana Beauty*);
- 5) Le *design du logo* est différent (*NIVEA Visage* inscrit en blanc dans un ovale bleu foncé; *Jana Beauty* inscrit en bleu foncé dans un ovale blanc);
- 6) La *provenance indiquée* est différente (avec, entre autres, le signe habituel "M" pour Migros).

31. Aspects semblables. Admission d'un risque de confusion ? Mais y a-t-il risque de confusion ? Sans être une copie conforme des produits du concurrent, trouve-t-on suffisamment de caractères repris qui pourraient susciter dans le public l'impression que les deux lignes de cosmétiques proviennent du même producteur ou d'entreprises étroitement liées entre elles (116 II 365, cons. 3 a); BURST n° 90) ? Voici quels sont les aspects semblables :

- 1) Les produits litigieux font partie de la même *classe* de marchandises (cosmétiques);
- 2) Ce sont des produits de même *type* (lait démaquillant et tonique facial);
- 3) Le *conditionnement* est identique (flacon dans les deux cas, et non pas une fois flacon et une fois pot p. ex.);
- 4) Le *type de fermeture* est identique (vissée, ronde, bleu foncé);
- 5) Les *couleurs* des flacons sont identiques avec la même distinction (*blanc* pour le lait démaquillant, *rose* pour le tonique facial).

32. Flacons. Forme. Présentation. Appellations. Voilà les faits bruts. Mais comment les apprécier ? Le risque de confusion ne peut résulter de

la forme des marchandises, les flacons étant suffisamment différents. Du reste, cette présentation est usuelle pour les cosmétiques. Pour le Tribunal fédéral, les remarques et les logos utilisés ne portent pas non plus à confusion. Il est évident que chaque producteur de cosmétiques a le droit d'appeler ses produits *tonique douceur*, *lait démaquillant hydratant*, *crème de jour hydratante* ou *crème de nuit régénérante*. Il recourra d'ailleurs souvent à des néologismes ou des appellations sans signification précise : *soin multi-actif nuit* (traduction - malheureuse - de *multi-aktiv Nachtcreme*), *sérum éclat fermeté*, *soin jeunesse aux liposomes*. Même le fait de s'insérer dans la ligne d'une série de cosmétiques d'un concurrent en jouant sur les mentions nous semble difficile à combattre.

Prenons un exemple: NIVEA mousse soin du corps porte la mention *doux soin satinant*, NIVEA lait corps (peaux sèches) porte la mention *doux soin nourrissant* et NIVEA corps (peaux normales) porte la mention *doux soin hydratant* : si un concurrent lance une ligne de cosmétique avec la mention *doux soin régénérant*, *doux soin restructurant* ou *doux soin parfumant*, ces remarques sont banales même si, selon les cas, elles peuvent ne pas être innocentes, surtout si elles accompagnent d'autres détails identiques ou semblables. De même, le terme *raki* pour désigner une liqueur traditionnelle d'Orient à base d'eau-de-vie parfumée à l'anis est d'usage courant et ne saurait être monopolisé par un concurrent (120 II 144, 150, *Yeni Raki*; 54 II 404, *Rachenputzer*). Le raisonnement est aussi valable en matière de chaussures: aucun fabricant ne peut "s'approprier" certains procédés ou certains éléments de conception d'une botte tels que coutures, semelle intérieure amovible ou lacets (104 II 322, *Bata*). Il en va de même en matière de produits horlogers (120 II 307, *The Original*). Mais le risque de confusion quant aux logos ne peut être écarté sans examen approfondi.⁴¹

⁴¹ Les tribunaux allemands se livrent souvent à des *Bekanntheitsgradumfrage* pour voir si la marque s'est imposée dans les esprits. Ainsi, NIVEA a obtenu 98,8%, contre 98% pour Grundig et 85,7% pour Honda. Cf. Jürgen ERNST-MOLL, *Die berühmte und die bekannte Marke*, GRUR 1993 pp. 8-17, 10. Il convient toutefois d'être prudent avec ces sondages, où l'exactitude de la décimale compense souvent l'inexactitude du chiffre entier (dans le même sens PEDRAZZINI 87). Le TF utilise parfois des témoignages (63 II 160, 167, *cigarettes Brésiliennes*), les erreurs répétées dans le tri postal (73 II 110, 115, *Autogen Endress AG*) voire des indices (88 II 28, 32, *Au Bûcheron*).

33. **Marques NIVEA/Jana.** L'acheteur moyen peut-il se tromper en voyant *NIVEA* et *Jana* (VOGT 196, PEDRAZZINI 88) ? Le Tribunal fédéral a jugé que les marques *BIC* et *BIG* ne se distinguent pas suffisamment, même si la deuxième marque a comme adjonction le mot *PEN* (*BIG-PEN*), qui n'a qu'une force distinctive réduite (87 II 35). Selon la jurisprudence fédérale, il y a aussi risque de confusion avec les deux titres de revues *Annabelle* et *Annette*, car ils proviennent d'un prénom féminin commun (*Anna*) et donnent l'impression de marques de série (102 II 122; dans le même sens 119 II 473, *Radion/Radomat*, pour la problématique *Serienprodukte desselben Herstellers*).

Il y a aussi risque de confusion entre les deux marques de bas nylon *Scandale* et *Sandal*, car la suppression du *e* final ne change rien à l'effet auditif (*e* muet !). L'identité du *S* initial majuscule, du son "an" et de la terminaison "dal" prête à confusion. Que penser de la suppression de la lettre *c* (cf. aussi 90 II 43, *DACRON/Dralon*; 80 II 171, *Clip/Clix*; 79 II 98, *Solis/Sollux/Soliput*; 77 II 321, *Sihl/Silta*; 73 II 183, *Alpina/Alps*; 72 II 183, *Nago/Napro*) ? Elimine-t-elle le risque de confusion, oui ou non ? Pour le Tribunal fédéral, il y a risque de confusion entre *Scandale* et *Sandal* pour des bas nylon, du point de vue auditif et visuel (79 II 219).

34. **Parallèle avec d'autres arrêts.** Par contre, la Haute Cour a refusé de voir un risque de confusion entre deux marques d'anesthésiques locaux, le *Xylocaïne* et le *Célécaïne*. Seule la première partie des marques diffère, la terminaison *-caïne*, identique en l'espèce, se retrouvant d'ailleurs dans une centaine d'anesthésiques locaux (Recommandation O.M.S. !). Pour le Tribunal fédéral, l'effet distinctif initial suffit (84 II 441; ⁴² dans un autre sens 70 II 188, 190, *Figor/Cafidor* : "La syllabe initiale «Ca» ne suffit pas pour les distinguer").

⁴² Sur le risque de confusion entre des médicaments : 1) *Vasogen* et *Vasapon* pour des préparations pharmaceutiques (27 II 620); 2) *Lysol* et *Lysolat* pour des désinfectants (57 II 603); 3) *Alucol* et *Aludrox*, médicaments contre l'hyperacidité stomacale (78 II 379); 4) *Stugeron* et *Ugaron*, le premier étant un médicament contre les problèmes circulatoires cérébraux, le second étant un médicament contre les ulcères d'estomac (101 II 290); 5) *Corvaton* et *Corvasal*, médicaments contre les maladies cardiaques (jugement du *Bundesgerichtshof* du 15.10.92 in NJW 1993 pp. 787-789).

De même, les juges fédéraux n'ont vu aucun risque de confusion entre *Quick* et *Blick* car, même si l'effet auditif est semblable (consonance), ces deux mots ont un sens différent en allemand et les publications sont d'un type différent, *Quick* étant un magazine et *Blick* un journal (format, qualité du papier, etc.). Le lecteur appréciera la nuance (87 II 40, *Quick/Blick*; DAVID 1504).

35. Pratique de Migros pour d'autres produits. Qu'en est-il du risque de confusion entre *NIVEA* et *Jana* ? Quelle impression générale (*Gesamteindruck*) se dégage de ces deux marques (pour les critères, PEDRAZZINI 88-90; DELMAS-MARTY II 406-407; cf. mutatis mutandis 118 IV 184, *prix de fabrique* : "zu Fabrikpreisen, teilweise bis 50% günstiger als im Detailhandel") ? La terminaison en *a* plaide pour la confusion, de même que le rythme (deux ou trois syllabes). Sinon, tout diffère (78 II 379, *Alucoll/Aludrox*; 73 II 57, *Mido/Smidor*; 70 II 188, *Figor/Cafidor*; 56 II 222, *Cuprofill/Cuprofino*). L'adjonction est différente: *NIVEA Visage* et *Jana Beauty*. L'adjonction elle-même ne prête pas à confusion, comme cela serait le cas par exemple si on ajoutait une fois *Beauté* et l'autre fois *Beauty*. *Jana* est basé sur la répétition du son *a*, ce qui n'est pas le cas avec *NIVEA* (une fois *i*, une fois *éa*, et non pas *Navéa*). Seul *NIVEA* a le son *éa* à la fin (et ce n'est pas *Janéa*).

Il nous semble justifié d'écarter tout risque de confusion, même si Migros recourt dans d'autres cas à la même technique : le bâton praliné au chocolat et noisettes *Ragusa* (Chocolats Camille Bloch S.A.) devient le bâton de chocolat aux noisettes *Tresella* (Chocolats Frey S.A., entreprise de Migros), *isostar* (Wander) devient *isodrink* et *Nike* devient *Mike* !⁴³ Parfois, le procédé est l'occasion d'un jeu de mots : ainsi, en 1931,

⁴³ Après la stricte philosophie des "produits maison" de Gottlieb Duttweiler, Migros a changé de stratégie au début des années 1990 en offrant de nombreuses marques : *Adidas*, *Nike*, *Reebok* et *Burton* pour le sport, *Lego* et *Playmobil* pour les jeux, *Pepsi*, *Smarties*, *Del Monte*, *Trident*, *Heinz* (ketchup), *La vache qui rit*, *Cantadou* pour les denrées alimentaires, *Cover Girl*, *Clarion* (Procter & Gamble), *Canon* (copieurs), *Siemens* (paraboles) et *Wilkinson* (rasoirs) pour les produits non alimentaires. Cf. Andreas GÜNTERT/Armin MÜLLER, *La Migros propose de plus en plus d'articles de marque sur ses étalages*, *Le Nouveau Quotidien*, 29.09.95, p. 19.

Gottlieb Duttweiler s'attaque à Persil, fabriqué par la maison allemande *Henkel*, en lançant un produit de lessive auto-agissant nommé *Ohä*. Sur l'emballage, sous le nom *Ohä*, se trouve un pot à deux anses qui sont barrées et où figurent les deux termes *Ohne Hänkel* (sans anses). Sur le pot est écrit : " dafür nur 50 Rp". L'allusion est doublée d'un trait d'esprit. Henkel porte plainte pour violation du nom, violation du droit des marques et concurrence déloyale. Migros réagit en recouvrant les lettres "ne" et "nkel" d'une feuille de vigne et en ajoutant sur le couvercle : "Ohä, mit Feigenblatt, ohne Aufschlag". Outre la boutade (enjeu juridique), le débat porte aussi sur le prix (enjeu économique). La lessive mise au point par Migros coûte deux fois moins cher que *Persil*. Ce que Migros ne se gêne pas de relever dans ses publicités (le fameux *Zeitung in der Zeitung*) en traitant son concurrent de "grosskapitalistisches ausländisches Unternehmen, das seine Machtstellung unbedingt und masslos ausnütze" (58 II 449, 452). Et cette lessive, qui coûte deux fois moins cher, a le même effet ("Kein Persil, aber gleich gut", 58 II 449, 462). Ce qui permet à Migros de terminer son mode d'emploi par la phrase : "Gebrauchsanweisung ist also dieselbe wie das bekannte Persil." (58 II 449, 451).

A la même époque, Migros a aussi attaqué le produit *Vim* fabriqué par Sunlight S.A. en lançant son produit de nettoyage *Päng* avec la campagne de publicité : "«Wim»-mern Sie nicht mehr wegen des zu hohen Preises, sondern «Päng»-en Sie hinfort fröhlichen Herzens" (59 II 15, *Vim*). Le jeu de mot est peut-être moins bon, mais tout aussi condamnable.⁴⁴

36. Couleurs. Il est indéniable que parfois des couleurs ou leur combinaison (*Farbenzusammenstellung*) ou des signes ont une certaine force distinctive (cf. contra ATF 20 95, 102, *Lumpert*, abandonné par 58 II 449, 455, *Persil*) : c'est ainsi qu'on parle de *géant jaune*⁴⁵ pour les PTT,

⁴⁴ Cf. Alfred A. HÄSLER, *L'aventure Migros*, Ed. de la Presse Migros, 1985, pp. 52-53 et p. 298, avec une représentation très explicite de l'emballage *Ohä*, objet de l'ATF 58 II 449.

⁴⁵ Cf. Publ. CCSPr 2/1994 p. 97 : "dorénavant le géant jaune doit les commercialiser (...)." Idem en allemand : cf. Sepp MOSER, *Kampf mit Haken und Ösen, Brückenbauer*, 23.08.95, pp. 8-10, 8 : "Das Telekommunikationsmonopol der PTT soll aufgehoben werden. Aber der Gelbe Riese wehrt sich heftig." Cette couleur

de *géant orange*⁴⁶ pour Migros. *BB* nous fera penser à Brigitte Bardot, *PPDA*⁴⁷ à Patrick-Poivre d'Arvor, *VGE* à Valéry Giscard d'Estaing, *YSL* à Yves Saint-Laurent, *P.M.F.*⁴⁸ à Pierre-Mendès France. La couleur des flacons dans notre cas est identique : *blanc* pour le lait démaquillant, *rose* pour le tonique facial et *bleu foncé* pour la fermeture. Sont-elles un élément marquant ou un élément banal (69 II 295, 297, *verniss rose pour des meubles*) ? Le Tribunal fédéral a penché pour le côté banal, usuel (cf. aussi 58 II 449, 456, *Persil* : "(...), da es allgemein üblich ist, Waschpulver in rechteckigen Paketen mit entsprechend geformter Etikette versehen zu verkaufen"; 63 II 160, 164, *cigarettes Brésiliennes*) : les cosmétiques, les papiers hygiéniques ou les tubes de pâtes dentifrices sont peu ou prou tous de la même couleur !⁴⁹ Dans le même ordre d'idée, les pendules neuchâteloises se ressemblent toutes par leurs couleurs et par leurs formes et il semble bien hasardeux de prétendre qu'un modèle particulier ait acquis une force distinctive propre et incontestable.

Ainsi, selon la Cour civile du canton de Neuchâtel, "dans l'esprit du consommateur, il n'y a pas de confusion possible entre les pendules qui portent la marque *Zénith* et celles qui se vendent sous le nom *Le Castel*,

permet aussi d'individualiser les produits des PTT : le compte jaune (das gelbe Konto, il conto giallo).

⁴⁶ Cf *Journal de Genève*, 01.05.95, p. 1 dans le titre : "Même si le géant orange perdra des centaines de millions dans la débâcle de "Konsum", (...)."

⁴⁷ Ce qui permettait au *Journal de Genève* de titrer le 13.02.95 en page 3 : "PPDA, Michel Noir et Pierre Botton devant le tribunal correctionnel de Lyon". Cf. aussi Alain ROLLAT, *L'absolution de PPDA*, *Journal de Genève*, 22.04.95, p. 4.

⁴⁸ Cf. Catherine NAY, *Le Noir et le Rouge*, Paris, Grasset, 1984, p. 303 : "Or, ce même soir, de nouveaux incidents éclatent Boulevard Saint-Michel. (...) François Mitterand s'interroge. P.M.F. déconseille l'expédition. (...)."

⁴⁹ Cf. PEDRAZZINI 92; BURST n° 90; DAVID 1508; autres exemples : *brun* pour des skis (70 II 110) ou des sacs à ordures (GVP 1977 n° 16); *rose* pour des meubles (69 II 295); *vert* pour des produits écologiques; *vert* pour un parfum; *bleu* pour un après-rasage; *rouge* pour une boîte de sauce tomate; *noir* pour un corbillard; *blanc* pour une robe de mariée; *jaune* pour des balles de tennis; cf. aussi RSPi 1991 p. 225, *BIO KILL* et 83 II 154, *support Dublo pour fleurs coupées (pique-fleurs)*. On sera toutefois attentif à la charge historique de certaines couleurs (brun, rouge) : cf. 121 IV 76, 82, *Mariette Paschoud*: "Wohl wird im heutigen Sprachgebrauch unter einer «braunen» Gesinnung ganz allgemein eine rechtsextreme Haltung verstanden."

même si leur apparence est très semblable". (RJN 1983 p. 73, p. 76, *Pendules Le Castel*). Ce qui est plus subtil, par contre, c'est le problème de *l'inversion des couleurs*. Si le concurrent X écrit sa marque en noir sur un fond blanc, le concurrent Y, en inscrivant sa marque en blanc sur un fond noir, crée-t-il un risque de confusion ? La marque "NIVEA Visage" est inscrite en *blanc* dans un ovale *bleu foncé* avec un bord panaché bleu foncé, bleu clair et argent tandis que la marque "Jana Beauty" est inscrite en *bleu foncé* dans un ovale *blanc* fermé avec un bord bleu foncé (cf. aussi 58 II 449, 457, *Persil*, où l'ovale est l'élément principal de l'étiquette; 61 II 381, 387, *Wyberttabletten*, où les boîtes ont les mêmes couleurs : bleu, blanc, noir). C'est différent, mais ce n'est pas innocent ! Le TF exclut tout risque de confusion quant aux couleurs entre flacons *NIVEA* et *Jana*. Il convient toutefois à notre avis d'émettre une réserve de taille pour les cas d'inversion de couleurs identiques. Si le concurrent X fait un flacon avec un *dégradé du bleu au blanc*, il y a risque de confusion si, ceteris paribus, le concurrent Y crée un flacon avec un *dégradé du blanc au bleu* avec le même coefficient de dégradé (inversion traitée par ordinateur).⁵⁰

37. Mention de la provenance. Exclusion du risque de confusion. Ce qui a peut-être sauvé Migros, c'est la mention bien lisible de la provenance avec le rappel de l'entreprise Migros. En indiquant au dos du flacon "Mibella AG, Buchs AG, Entreprise Migros" avec le signe habituel "M", le concurrent en question prévient tout risque de confusion. On peut objecter, en se faisant l'avocat du diable, que l'indication de provenance

⁵⁰ Cf. jugement du 19 mai 1987 du Tribunal de grande instance de Paris (BURST n° 90) : conditionnement représentant le *même dégradé de couleurs* (rouge, blanc, noir) et la dénomination inscrite en lettres noires sur fond blanc (risque de confusion admis). Il en va de même, à notre avis, de la couleur jaune, utilisée par le Touring Club Suisse (TCS) pour ses voitures de dépannage dans le cas où un autre service de dépannage reprendrait le même coloris (Cf. la phrase du TF in 117 II 199, 200, *Garantie Touring* : "Die hierfür verwendeten gelben TCS-Fahrzeuge geniessen einen hohen Bekanntheitsgrad."); voir aussi 103 II 211, *Choco Nuts*, où la couleur de base, rouge, de la bande de papier qui entoure la boîte est absolument identique pour les "Choco Nuts" de Disch et les "Choco-Dragées" de Denner (risque de confusion admis).

est au dos du flacon et qu'elle n'est donc pas visible immédiatement lorsque les flacons sont présentés (étalages ou publicité); il est pourtant possible de répliquer que le prix est inscrit du même côté que l'indication de provenance et donc que les yeux du consommateur moyen tombent sur le fameux "M" au moment de prendre connaissance du prix. Le risque de confusion est écarté par l'indication claire de la provenance (91 II 117, 135, Zeiss; VOGT 143; BAUMBACH/HEFERMEHL 871). Quoique la ressemblance ne soit pas fortuite, mais au contraire volontaire⁵¹ (116 II 365, 367 : "nicht zufällig und unabsichtlich, sondern ganz bewusst"), le Tribunal fédéral a jugé que le seuil de déloyauté n'avait pas été franchi. Cette affaire montre jusqu'où on peut aller trop loin.⁵²

⁵¹ Un exemple de confusion volontaire à la limite du carton rouge est fourni par l'affaire *Red Bull*, boisson énergisante sans alcool fabriquée en Autriche, interdite en Suisse jusqu'en décembre 1994 et liée au phénomène techno. Un liquoriste suisse (Lateltin à Zürich) a fait, de son côté, un *Red Bull* avec 18% d'alcool mais sans effets énergisants. Le nom est le même, le goût est le même, la clientèle est la même. Et le directeur de Lateltin a déclaré à la presse : "Il est évident que l'incroyable notoriété de la marque est une plate-forme de lancement unique." Cf. Roland ECOFFEY, *Une liqueur suisse plagie une nouvelle boisson sans alcool branchée*, *Journal de Genève*, 03.12.94, p. 2.

⁵² Nous renvoyons aussi à DAVID, *Ausstattungsschutz*, Zürich, Schweizerische Kommission für die Lauterkeit in der Werbung, 1989, qui contient de nombreuses illustrations dans un domaine où montrer est aussi important que démontrer ! Confusion entre deux produits de nettoyage *Pronto standard* et *Pronto Desinfect* (p. 7); copie de la crème *NIVEA* (p. 9); copie du tube de pâte *le Parfait* (p. 10); types de shampooing semblables (p. 12); copie des *Choco Nuts*, état de fait de l'ATF 103 II 211 (p. 15); ressemblance des *Tobler Mint* et des *Polar Menthe*, état de fait de l'ATF 95 II 191 (p. 16); confusion entre *Oil of Olaz* et *Oil of Becos* (p. 17); confusion entre bouillons *Morny* et bouillons *Knorr* (p. 19); copie d'un emballage de feuilles d'aluminium pour l'alimentation (p. 23). Pour d'autres tentatives de tracer le seuil de déloyauté, on lira le rapport allemand au Congrès de Montréal du 25 au 30.06.95 in GRUR Int. 1995 pp. 206-214, 207-208. Selon le TF, un droit individuel à l'utilisation d'un emballage "n'existe que si, par sa forme originale et son aspect particulier, l'emballage dont il s'agit se distingue des autres emballages communément employés pour une certaine marchandise et constitue un signe caractéristique qui individualise cette marchandise aux yeux du public" (63 II 160, 164, *cigarettes Brésiliennes*).

Chapitre III : La portée de l'arrêt *NIVEA*

38. **Importance de l'infraction.** La recherche de confusion est sûrement l'acte de concurrence déloyale le plus répandu (DAVID 1502). Comme le consommateur agit plus par réflexe que par réflexion, tout concurrent est naturellement amené à vouloir tirer profit du succès d'un rival en provoquant une confusion dans l'esprit des acheteurs, tel le coucou qui va déposer ses oeufs dans le nid d'un autre oiseau et profite ainsi de la méprise de sa victime. Face à ce phénomène, la jurisprudence et la doctrine ont dégagé les principes suivants :

Principe 1 : Un risque de confusion suffit.

39. **Notion de risque. Moyens de preuve.** Il suffit qu'il y ait risque de confusion (*Verwechslungsgefahr, rischio di confusione*).⁵³ Il n'est donc pas nécessaire qu'une confusion se soit déjà produite (BURST n° 11; PEDRAZZINI 86; BAUMBACH/HEFERMEHL 563; STREULI-YOUSSEF 136). Mais une possibilité très éloignée d'un risque de confusion ne suffit pas (56 II 407, 412, *Süssfett (Migros)*; OG ZH in RSPI 1995 pp. 139-148, 145, *SWICA/SWISSCARE I*; ZR 1992 n° 38, *Prosoft/Profisoft*: "Nicht jede entfernte Möglichkeit einer Verwechslungsgefahr ist aber schon erheblich, (...) [p. 138]). Le risque doit être "sérieux" (*ernstliche Gefahr*, 98 II 138, 143, *LUWA*). Il nous

⁵³ Dans le même sens : • MCF du 11.06.34 (FF 1934 II 529-575, 546) : "Il n'est pas nécessaire que la confusion se soit déjà produite; il suffit qu'il y ait danger de confusion («... de nature à créer une confusion»); • MCF du 03.11.42 (FF 1942 I 661-723, 688) : "(...), point n'est besoin qu'une confusion soit voulue ou se soit déjà produite; il suffit qu'il y ait danger de confusion, objectivement parlant (...)."; • MCF du 18.05.83 (FF 1983 II 1037-1137, 1096) : "(...) il suffit qu'il y ait objectivement danger de confusion (...); HG BE in RSPI 1991 pp. 234-240, 237 : "Dabei ist zu beachten, dass bereits die Schaffung einer Verwechslungsgefahr als unlauter gilt, m.a.W. konkret vorgekommene Verwechslungen nicht Voraussetzung für eine Verletzung des UWG sind."; 92 II 257, 266, *Sihli/Silbond* : "Es genügt, dass sich die Massnahme eignete, zu Verwechslungen zu führen."

semble par contre discutable d'introduire la notion de "*confusion légère*" (TC VS in RVJ 1988 pp. 240-251, 246, *Petit*). Il y a confusion ou il n'y a pas confusion. *Tertium non datur*. Le demandeur voit ainsi sa position s'améliorer, car il n'a pas besoin de prouver des cas de confusion. Il doit simplement (!) rendre vraisemblable que des confusions peuvent survenir dans le cas d'espèce. De même, le défendeur ne peut exciper valablement du fait qu'aucune confusion ne s'est encore produite, puisque le tribunal tranchera en terme de risque et non sur la base de confusions déjà survenues (78 II 379, *Alucoll/Aludrox*; 63 II 282, 287, *Star/Blaustern*;⁵⁴ 40 II 283, 288, *Liechty*).

Cette jurisprudence basée sur le risque et non sur le résultat prend tout son sens lorsque, par exemple, un produit n'est pas encore distribué sur un marché donné : dans ce cas, il y a danger abstrait malgré l'absence d'un résultat concret. Qu'il y ait eu ou non des confusions n'est pas déterminant en l'état actuel de la jurisprudence. Des confusions répétées ou toujours plus fréquentes seront tout de même de forts indices pour l'admission d'un risque de confusion et aideront le demandeur dans sa démarche (OG ZH in RSPi 1995 pp. 139-148, 145, *SWICA/SWISSCARE I*; 118 II 322, 326, *Ferosped/Fertrans*); de même, l'absence de confusions pendant une longue période et/ou lors de nombreuses relations d'affaires est un indice qui plaide contre l'admission du danger de confusion (79 II 98, 100, *Solis/Sollux/Soliput* : "Im Fehlen von Verwechslungen während langer Zeit erblickt die Rechtsprechung ein gewichtiges Indiz gegen die Verwechslungsgefahr."; 47 II 226, 237, *A l'Etoile bleue*).

Dans cet esprit, il conviendra, dans un procès, de ne pas négliger des témoignages à charge ou à décharge de distributeurs, vendeurs ou consommateurs (70 II 110, 114, *skis bruns*; 63 II 22, 23, *Sportdress*; 63 II 160, 167, *cigarettes Brésiliennes*; 55 II 249, 256, *Brennessel-Petrol*; 34 II 369, 372, *Herzog*; OG BS in RSPi 1991 pp. 141-145, 144, *Seifenschalenhalter*; ATF in RSPi 1980 pp. 157-160, 160, *Cartier*) et l'absence ou la présence d'erreurs dans le tri postal (73 II 110, 115, *Autogen Endress AG*; 61 II 121, 123, *Cerncic*; 47 II 64, 69, *Studer*; 28 I

⁵⁴ Cf. 63 II 282, 287, *Star/Blaustern* : "Allein ob eine Verwechslungsgefahr besteht oder nicht, ist eine Rechtsfrage, die vom Bundesgericht unabhängig davon zu entscheiden ist, ob Verwechslungen tatsächlich schon vorgefallen sind oder nicht, und die Verwechselbarkeit kann selbst dann bejaht werden, wenn bis dahin noch keine Verwechslungen nachgewiesen sind...".

463, 465, *Schweizerische Uniformfabrik*). En application de la règle selon laquelle l'appréciation juridique d'un fait est assimilée à une question de droit, la détermination de l'absence ou de l'existence d'un danger de confusion est une question de droit et peut donc être revue librement par le Tribunal fédéral dans le cadre d'un recours en réforme (91 II 17, 22, *La Résidence SA*; 88 II 28, 35, *Au bûcheron*; 69 II 202, 206, *Patentex*; 63 II 282, 287, *Star/Blaustern*; TC VS in RVJ 1986 pp. 357-369, 365, *Hôtel Romantica*).

Principe 2 : Le consommateur moyen non averti sert de base.

40. Notion de moyenne. Détermination. Le risque de confusion est apprécié par rapport à une *consommatrice moyenne* ou un *consommateur moyen*.⁵⁵ Il s'agit d'un personnage fictif, sans formation spéciale, pure création de la doctrine et de la jurisprudence comme en d'autres domaines du droit : ainsi, par exemple, l'étendue du devoir de diligence d'un mandataire (art. 398 al. 2 CO) se mesure à l'aune de la diligence d'un représentant de la profession ayant des connaissances et une capacité professionnelle conformes à la moyenne et placé devant la même situation dans les mêmes circonstances (voir entre autres arrêts 120 II 248, *Dr. med. W*; 117 II 563, 567, *M X*; *mutatis mutandis* 120 II 312, 317, *FTR* : "homme du métier normalement compétent dans le domaine concerné").

Par conséquent, le risque de confusion entre deux emballages est nié ou admis par les juges en se mettant à la place du consommateur moyen (*Durchschnittskonsument*), qui sera, selon les cas, un acheteur moyen (*Durchschnittskäufer*, 93 II 260, 265, *Brisemarine/Blue marine*; 78 I 278, 280, *Nycord*; *compratore comune*, 101 II 290, 293, *Stugeron*), un lecteur moyen (*Durchschnittsleser*, 120 IV 32, 37, *Anwalt macht Kasse*), un téléspectateur moyen (*Durchschnittszuschauer*). Ce consommateur moyen sera, en outre, non averti - ou non prévenu - (*unbefangen, non prevenuto*, 120 IV 32, 37, *"Anwalt macht Kasse"*; 116 IV 161, 165, *SCHMUTZLI*; 94 IV 34, 36, *billigste Preise der Schweiz*), c'est-à-dire

⁵⁵ Le MCF du 11.06.34 parle du "sentiment général de la clientèle" (FF 1934 II 546); le MCF du 03.11.42 parle du "sentiment général des clients" (FF 1942 I 688).

qu'on n'aura pas attiré son attention sur le risque de confusion et qu'il ne dispose pas d'une formation spéciale (101 II 290, 293, *Stugeron* : "privo di formazione specialistica").

Cette exigence est justifiée car un risque de confusion entre un produit Coca-Cola et un produit concurrent doit être admis ou nié selon l'impression d'un acheteur qui ne bénéficie pas d'une instruction en la matière (p. ex. technologue d'emballage) ou qui n'est pas initié d'une manière ou d'une autre (employé de Coca-Cola, etc.). Il s'agit de choisir des représentants du grand public. La terminologie utilisée par la doctrine ne révèle pas des écarts révélateurs : si BURST parle de "consommateur moyen, normalement intelligent et attentif" (BURST n° 1), Mireille DELMAS-MARTY préfère parler de "consommateur moyen, c'est-à-dire moyennement intelligent et attentif" (DELMAS/MARTY II 448). Pour DAVID, le risque de confusion doit être admis ou nié "nach dem Empfinden des Durchschnittskonsumenten" (DAVID 1504). PEDRAZZINI, lui, définit cette notion en recourant aux expressions "Durchschnittsabnehmer", "Durchschnittsperson", "Meinung eines nicht unbeachtlichen Teils der massgebenden Verkehrskreise" (PEDRAZZINI 88-90). La jurisprudence, elle, utilise des expressions équivalentes quoique variées.⁵⁶

⁵⁶ 120 IV 32, 37, *Anwalt macht Kasse* : " (...) Eindruck, den der unbefangene Durchschnittsleser erhält, (...)."; 120 II 144, 148, *Yeni Raki* : "la jurisprudence attache cependant une importance prédominante au premier [l'effet auditif], qui se grave le mieux dans le souvenir de l'acheteur moyen"; 118 IV 184, 187, *prix de fabrique* : "induire le public en erreur"; 117 II 199, 201, *Garantie Touring* : "Dies gilt auch insoweit, als sie [die Verwechslungsgefahr] sich nach dem Verständnis des allgemeinen Publikums (...) beurteilt."; 117 II 192, 197, *Münsterkellerei* : "Zu Täuschungen Anlass gibt eine Ortsbezeichnung insbesondere dann, wenn die Gefahr besteht, dass das Publikum - nicht nur die Kunden (...) - dadurch fehlgeleitet (...) wird"; 117 IV 54, 57 : "il faut analyser de manière concrète la réaction probable d'un lecteur moyen en fonction de l'opération publicitaire telle qu'elle a été conçue"; 117 IV 48, 51 : "il faut considérer l'impression que l'annonce produit sur le lecteur moyen, afin de savoir si elle lui fait croire que le vendeur offre des conditions spéciales..."; 116 IV 167, 170; 116 II 471, 474, *Volvo*; 103 II 211, 214, *Choco Nuts*; 101 II 290, 293, *Stugeron* : "il rischio di confusione deve essere commisurato al grado di attenzione del compratore come, privo di formazione specialistica, (...)"; 98 II 57, 65, *Commerz Bank / Commerzbank*; 95 II 461, 465, *cigarettes Parisiennes*; 94 II 44, 46, *Spandex*; 94 IV 34, 36, *Billigste Preise der Schweiz* : "Massgebend ist vielmehr, welchen Sinn der unbefangene Leser den Inseraten in guten Treuen

Principe 3 : Le degré d'attention du consommateur moyen varie.

41. Degré d'attention. Modulation selon la personne du consommateur. Le cercle des consommatrices et consommateurs visés par une marchandise est parfois limité, parfois illimité (PEDRAZZINI 89: "So kann der Durchschnittsabnehmer der breitesten Kategorie des kaufenden Publikums oder dem für ein Spezialgebiet in Frage kommenden engen Kreise (...) angehören."). Il s'agit d'un cercle restreint de destinataires dans les cas où le risque de confusion existe par exemple entre des médicaments destinés principalement aux professionnels de la santé (101 II 290, *Stugeron*; 78 II 379, *Alucol/Aludrox*; jugement du *Bundesgerichtshof* du 15.10.92 in *NJW* 1993 pp. 787-789, *Corvaton/Corvasal*), entre des pièces détachées destinées à des industriels, des détaillants ou des grossistes (116 II 471, *Volvo*; ZR 1946 n° 104). De ce fait, jurisprudence et doctrine ont déduit que le degré d'attention (*Aufmerksamkeitsgrad, Beobachtungs- und Bewertungsfähigkeit*) du consommateur moyen n'est pas le même selon qu'il s'agit du grand public en général ou d'une clientèle spécialisée en particulier (détaillants, industriels, commerçants, pharmaciens, droguistes, infirmières, garagistes, ferblantiers, etc.).

La démarche est donc double : le risque de confusion entre des pièces détachées destinées à des garagistes et non au grand public sera apprécié par rapport au *garagiste moyen*, c'est-à-dire un représentant fictif du cercle des destinataires ayant des connaissances et une capacité professionnelle conformes à la moyenne de la branche économique visée. Et le danger de confusion entre des conditionnements sera écarté ou admis sur la base du *degré d'attention moyen* d'un garagiste moyen, c'est-à-dire dans une hypothèse où il n'a pas été averti auparavant du risque de confusion ou rendu attentif par un autre biais à ce problème. Le *degré d'attention moyen d'un garagiste moyen* est plus élevé que celui du grand public, du fait de sa formation professionnelle (PEDRAZZINI 89; STREULI-YOUSSEF 137; 96 II 257, 260, *GLAS-SHOT* : "Auch wenn

beilegen darf. (...) Solche Angebote werden namentlich von einfachen Leuten erfahrungsgemäss schnell gelesen (...)"; 93 II 260, 265, *Brisemarine / Blue marine* : "Erinnerungsvermögen des Durchschnittskaufers"; 63 II 160, 165, *cigarettes Brésiliennes*; RSJ 1989, p. 193, 194, *Chanel-Kostüm*. Le TF a introduit une nouvelle formule in ATF 121 IV 76, 82, *Mariette Paschoud* : "der interessierte Leser mit minimalen Geschichtskennntnissen".

Fachleute in der Regel um die Herkunft einer Ware wissen (...), ..."; OG BS in RSPI 1991 pp. 141-145, 144, *Seifenschalenhalter* : "G. ist Sanitärinstallateur, also Fachmann mit grösseren Kenntnissen als der Durchschnittskäufer."; ZR 1990 n° 62, *Haarentfernungsgerät*; RSJ 1989 p. 193, *Chanel*). La modulation du degré d'attention selon la *personne du consommateur* est soutenable, même si elle n'est pas exempte de risques de dérapages.⁵⁷

42. Modulation selon le bien de consommation. En revanche, la tentative de moduler le degré d'attention selon le *bien de consommation* est moins convaincante. Elle contient certes une part de vérité (73 II 57, 59, *Midol/Smidor*). Le consommateur sera sûrement plus attentif s'il achète une Rolex que s'il achète un Sugus.⁵⁸ On est en droit de penser que les acheteuses et les acheteurs d'articles coûteux qui ne sont pas d'usage courant vouent une plus grande attention au choix du produit et, *eodem facto*, de la marque (121 III 377, 381, *Hugo Boss*).

Séduisant sur le plan théorique, le principe de la modulation du degré d'attention moyen de l'acheteur moyen selon le bien de consommation est un véritable casse-tête sur le plan pratique : quels critères faut-il utiliser pour distinguer les "articles coûteux qui ne sont pas d'usage courant" (73 II 57, 59, *Midol/Smidor*) et les "marchandises de consommation ou d'usage tout à fait courants" (73 II 57, 60, *Midol/Smidor*) ? Si le juriste arrive facilement à séparer la brosse à dents et la montre Vacheron

⁵⁷ Cf. 73 II 183, 187, *Alpina/Alps* : "La clientèle étrangère est en général moins apte que la clientèle suisse à distinguer entre les marques d'horlogerie."; ATF du 17.09.47, *Au Printemps SA* in SJ 1948 pp. 113-128, 120 : "(...), la clientèle des grands magasins, en majorité féminine et peu versée dans les choses du droit, (...)"; 33 II 172, 174, *Cailler* : "Le public qui sait lire, et c'est évidemment de celui-là qu'il doit s'agir, peut aisément distinguer «Villars» de «Cailler»."; 90 IV 43, 47, *«beispiellos günstig»* : "Diese Ansicht entspricht denn auch dem Sinn, den Kaufsinteressenten, insbesondere unerfahrene Brautleute, einem solchen Angebot beilegen dürfen."

⁵⁸ Sur le degré particulier d'attention qu'on peut exiger d'un *acheteur de montre*, voir 31 II 731, 739, *Didol/Lilo*; 39 II 121, 125, *Roskopf*; 52 II 159, 168, *Corol/Hero*; 56 II 222, 226, *Cuprofill/Cuprofino*; abandon de cette jurisprudence par 73 II 57, 59, *Midol/Smidor* et 73 II 183, 187, *Alpina/Alps*.

Constantin, il semble hasardeux de mesurer systématiquement le pouvoir de discernement du consommateur à l'aune du montant de la dépense engagée, car l'importance d'un achat dépend davantage des ressources dont chaque individu dispose : le critère éminemment subjectif de la valeur du bien acheté en terme de sacrifice patrimonial ne peut faire l'objet d'une application qui se voudrait objective et uniforme et aboutirait à une jurisprudence à géométrie variable ne satisfaisant guère l'impératif de sécurité et de prévisibilité de notre droit. Sans entrer dans un débat sociologique, force est de constater qu'il n'y a pas égalité de sacrifice pour une même dépense selon que l'on est Job ou Rockefeller.

Principe 4 : Le risque de confusion est apprécié dans l'hypothèse où les produits ne sont pas simultanément sous les yeux du consommateur.

43. **Appréciation en direct et en différé.** En bonne logique, il y a deux conceptions possibles pour déterminer s'il y a risque de confusion entre deux emballages ou produits : ou bien le juge se place dans la situation du consommateur moyen qui a les conditionnements litigieux sous les yeux *en même temps* (démarche comparative; appréciation en direct); ou bien le juge part du principe que l'acheteur moyen *n'a pas simultanément* les emballages devant lui (démarche mnémonique; appréciation en différé). C'est cette dernière option qui a été retenue par la jurisprudence et la doctrine (OG BS in RSPi 1991 pp. 141-145, 144, *Seifenschalenhalter*; 88 II 465, 469, *Felina/Florina*; BURST n° 11; PEDRAZZINI 86; STREULI-YOUSSEF 138) : est décisive l'image qui reste dans la mémoire du consommateur moyen (*Erinnerungsbild*) et non la comparaison immédiate de deux ou plusieurs conditionnements disponibles simultanément (*gleichzeitiges Vergleichen*).⁵⁹

⁵⁹ La jurisprudence française va dans le même sens : cf. jugement du 27.09.90 du Tribunal de Paris in : D. 1990 I.R. p. 242 : "..., dès lors que la clientèle d'attention moyenne qui n'aurait pas les deux produits simultanément sous les yeux est susceptible de se tromper sur leur origine, une telle erreur étant encore susceptible de se produire même si les deux produits sont présentés côte à côte du fait de la forme quasi identique des deux présentoirs et de la dénomination évocatrice des deux produits comprenant le radical Astro."

Ce choix n'est pas sans conséquences : dans le cas de la démarche mnémorique, du fait des aléas dans la précision et la sûreté des souvenirs et du fait de l'écoulement du temps entre deux confrontations, le risque de confusion est plus généralement admis car l'impression générale (impression d'ensemble, *Gesamteindruck*)⁶⁰ qui imprègne la mémoire du consommateur est moins fidèle, plus floue et plus sélective que la comparaison de deux emballages que l'acheteur peut prendre directement dans la main en établissant les différences et les ressemblances (116 II 365, 370, NIVEA : "Das Erinnerungsbild, nicht das gleichzeitige Vergleichen entscheidet."; 114 II 371, 374, *alta tenstone*; 108 II 327, 329, *Lego III*; 103 II 211, 213, *Choco Nuts*; 96 II 400, 404, *Men's Club*; 95 II 191, 194, *Polar Menthe*; 61 II 54, 58, *Tru-Lay/Ox-Lay* et les arrêts cités).

Le risque de confusion résultant de l'imitation de la présentation du produit d'un concurrent se détermine donc par référence à la clientèle moyenne qui n'a pas les deux conditionnements simultanément sous les yeux (PEDRAZZINI 86 : "Massgebend ist das *Erinnerungsbild* der nachgemachten Leistung, nicht die Reaktion auf den aktualisierten Vergleich beider Leistungen."; TC FR in RSP1 1991 pp. 240-244, 241 : "Le risque de confusion s'apprécie selon le souvenir laissé par les objets en cause et non par leur comparaison côte à côte."; voir déjà ATF 7 421, 429, *Ormond* : "(...) surtout lorsqu'on les considère séparément, ainsi que c'est généralement le cas dans les transactions commerciales.").

Principe 5 : L'effet auditif est plus important que l'effet visuel.

44. **Lois phonétiques et linguistiques.** La désignation d'une marchandise joue un rôle important, sinon capital, car elle est le vecteur du produit. Lorsque le juge compare deux ou plusieurs marques, il s'attachera principalement à leur effet auditif (*Wortklang*) et à leur effet visuel (*Wortbild*). Tout énoncé comporte un *signifié* (concept), qui est son sens

⁶⁰ Cf. PEDRAZZINI 86 : "Massgebend ist der *Gesamteindruck* (des Zeichens, der Ausstattung usw.), wobei auf die auffälligen Elemente abzustellen ist." Voir aussi 117 II 321, 326, *Valser*; 116 II 365, 370, NIVEA et 62 II 331, 333, *magasins de sport* : "souvenir grossier"; 38 II 306, 310, *montres Roskopf* : "On doit au contraire se placer au point de vue de l'acheteur qui ne se livre pas à cet examen minutieux et dont la mémoire n'enregistre qu'une impression d'ensemble."

et sa valeur, et un *signifiant* (image acoustique) grâce à quoi le signe se manifeste. Le juriste est placé devant cet état de fait sur lequel il n'a pas prise : le nombre des énoncés possibles dans chaque langue est théoriquement infini, car la liste des *monèmes* d'une langue est une *liste ouverte* (un nouveau besoin fait naître une nouvelle désignation), alors que la liste des *phonèmes* est une *liste fermée* (le nombre de sons articulés est limité, le français comptant 34 phonèmes).⁶¹

Ceci posé, la phonétique cède le pas à la concurrence (dé)loyale : les concurrents jouent sur les mots pour mieux se jouer des lois (DAVID 1504; PEDRAZZINI 86). Ainsi, une voyelle muette supprimée dans une désignation change l'effet visuel et non l'effet sonore (*Gesamteindruck nach Schriftbild und Wortklang*) : l'e muet français, appelé ainsi parce qu'il disparaît en effet le plus souvent dans la prononciation moderne standard, s'élide naturellement, qu'il soit final ou à l'intérieur d'un mot.⁶² Dans les marques *Scandale* et *Sandal*, la terminaison *dal(e)* se prononce de manière identique, si l'on fait exception de l'accent du midi (e sourd au lieu de e muet). Tirer de la suppression de la lettre e une différence notable et excluant tout risque de confusion au niveau de l'impression générale faite sur le consommateur moyen relève plus de la témérité que du bon sens (79 II 219, 222, *Scandale/Sandal*; différent mais illustratif : 77 II 377, *Micky-Maus/Mickey-Mouse*; 112 II 362, *Escolino/Seccolino*;

⁶¹ Cf. André MARTINET, *Eléments de linguistique générale*, Paris, Colin, 1970, pp. 15-16 (signifiant/signifié) et pp. 19-20 (monème/phonème); Ferdinand de SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris, Payot, 1982, pp. 97-102 (signifiant/signifié) et pp. 63-68 (monème/phonème).

⁶² Faut-il tenir compte de la prononciation des Méridionaux qui font entendre souvent un e sourd (et non muet !) à la fin des mots (accent du midi) ? Sur l'e muet français, voir Edouard BOURCIEZ, *Phonétique française*, Paris, Ed. Klincksieck, 1978, pp. 43-46. Les tribunaux se lancent parfois dans des développements phonétiques assez audacieux : cf. p. ex. OG LU in RSPI 1994 pp. 149-154, 152, *SWICA/SWISSCARE II* : "Vielmehr muss ebenso beachtet werden, dass ein erheblicher Teil des schweizerischen Publikums die englische Sprache nicht beherrscht und daher das Wort SWISSCARE nicht englisch, sondern phonetisch als «SWIS-CAR» liest und ausspricht. Erfahrungsgemäss wird dabei vor allem bei Ausländern südlicher Staaten das R' undeutlich ausgesprochen werden." et 63 II 74, 76, *Vimi-Néon* : "(...), la prononciation de la voyelle «u» se rapprochant souvent en français de celle de la voyelle «i»."

62 II 60, *Ka-Abal/Gaba*; OG ZH in RSPI 1995 pp. 139-148, 143, *SWICA/SWISSCARE D*).⁶³

De même, si un concurrent utilise la suite de signes *Pic Asso*, l'effet sonore est exactement le même, l'effet visuel est par contre différent. Il est même probable que, dans une première lecture rapide, certains lecteurs n'établissent pas un lien entre *Pic Asso* et *Picasso*. Le raisonnement reste en principe le même dans l'hypothèse où l'orthographe change l'effet visuel sans toucher l'effet auditif (*Pik Asso*, *Pyk Asso*, *Pik Assau*, *Pique-Assaut*; cf. assez semblable RSJ 1989 pp. 178-181, *Plasticolor/Plasik-Color* et RSJ 1968 pp. 136-139, *Neocolor/Neo-Color*).

45. **Primauté de l'ouïe sur la vue.** Les lois phonétiques viennent aussi en aide aux concurrents qui veulent créer sciemment des confusions : sans entrer dans les détails, il est établi que *p* et *b*, deux consonnes occlusives bilabiales, prêtent plus à confusion que par exemple *k* (consonne occlusive gutturale) et *m* (consonne nasale bilabiale). Dans le même ordre d'idée, *f* et *v*, toutes deux consonnes fricatives labiodentales, ou *t* et *d*, toutes deux consonnes occlusives dentales, sont beaucoup plus proches, du point de vue acoustique, que *s* (consonne fricative dentale) et *n* (consonne nasale dentale).

Le Tribunal fédéral est conscient de l'importance de ces lois phonétiques et y consacre parfois de longs développements (118 II 322, 325-326, *Ferospedi/Fertrans*; 73 II 57, 62-63, *Mido/Smidor*). Reste le problème de la hiérarchie entre l'effet auditif et l'effet visuel : ont-ils la même importance ou le juge doit-il pondérer différemment ces deux critères ? Le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence constante, a considéré que l'effet auditif prime l'effet visuel, car le son du mot reste mieux dans la mémoire du consommateur moyen.⁶⁴ Ainsi, pour juger si

⁶³ Cf. aussi *Ben étonne* pour *Benetton*.

⁶⁴ Cf. 120 II 144, 149, *Yeni Raki* : "(...), il faut considérer d'une part l'effet auditif, d'autre part l'effet visuel du ou des mots utilisés sur les destinataires du produit commercialisé sous cette marque. La jurisprudence attache cependant une importance prédominante au premier, qui se grave le mieux dans le souvenir de l'acheteur moyen (...)."; 119 II 473, 476, *Radioni/Radomat*; 79 II 219, 222, *Scandale/Sandal*; 73 II 57, 62, *Mido/Smidor*; 70 II 188, 190, *Figori/Cafidor*; 56 II 222, 225, *Cuprofill/Cuprofino*; 52 II 159, 167, *Coroi/Hero*; 50 II 73, 78,

deux désignations verbales se distinguent suffisamment, le tribunal doit se baser sur l'effet auditif et, dans une moindre mesure, sur l'aspect extérieur afin de déterminer l'impression d'ensemble qu'elles laissent dans la mémoire du cercle de clients probables (*Gesamteindruck nach Klang und Schriftbild*, 96 I 248, 250, *DOMINANT*; 91 II 17, 22, *La Résidence SA*; 90 II 43, 48, *DACRON/Dralon*; 87 II 35, 36, *stylos à bille BIC*; 84 II 441, 446, *Xylocaine*; 82 II 231, 233, *Rolex*; 78 II 379, 380, *Alucoll/Aludrox*).

Principe 6 : La confusion peut porter sur les marchandises; elle peut aussi porter sur l'entreprise en tant que telle.

46. Erreur sur la marchandise. Erreur sur le fabricant. L'hypothèse qui vient d'abord à l'esprit est celle où le risque de confusion doit être apprécié à partir de deux ou plusieurs conditionnements qui peuvent être pris l'un pour l'autre par le consommateur moyen non prévenu. Il s'agit alors d'une confusion *directe*, relative aux marchandises (*warenbezogene Verwechselbarkeit*). Le tribunal doit dans un tel cas comparer deux présentations, établir la liste des ressemblances (108 II 327, 329, *Lego III*) et/ou des différences (116 II 365, 370, *NIVEA*).

Mais la confusion peut porter sur l'entreprise en tant que telle. Est déjà constitutif de concurrence déloyale le fait de créer un risque de confusion qui amène le public à avoir l'impression erronée que les marchandises proviennent d'une seule et même entreprise (87 II 35, *stylos à bille BIC*; 84 II 314, *Compactus*; 77 II 331, *Soliput*)⁶⁵ ou de deux ou plusieurs entreprises étroitement liées entre elles (114 II 106, *CeBIT*). Il s'agit alors d'une confusion *indirecte*, relative à l'entreprise (*betriebsbezogene Verwechselbarkeit*). Le tribunal, dans cette hypothèse, doit se mettre à la place du consommateur moyen non averti et déterminer, "selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale

Gènes/Génie; 42 II 666, 672, *Basolin/Bursolin*; 36 II 424, 428, *Honneur/Bonheur*; 36 II 255, 261, *Citrogen/Citrovin*; 27 II 620, 627, *Vasogen/Vasapon*.

⁶⁵ Sur la création d'un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle sur l'origine des produits (viroles), cf. aussi Cass. comm. du 24.01.95 in : *La Semaine Juridique* 1995 Tabl. de jurisp. n° 734. Sur le risque de confusion entre produits d'un Konzern, voir 86 II 270, 284, *Philips*.

de la vie", si les deux sortes de marchandises révèlent une parenté assez étroite pour que le public risque de les attribuer au même producteur (*erreur sur le fabricant*; 56 II 402, 405, *vin apéritif «Le Sportif»*) ou s'il s'établit un lien entre les fabricants de marchandises dont les signes distinctifs ou la présentation prêtent à confusion (*erreur sur la marchandise*; 114 II 106, 111, *CeBIT*; 109 II 483, 489, *Computerland*; 102 II 122, 126, *Annabelle/Annette*).

L'impression erronée que des liens étroits existent entre deux sociétés suffit (116 II 365, 368, *NIVEA*; CJ GE in RSP1 1994 pp. 236-241, 239, *catalogues de voyage OASIS*). Tel est le cas lorsque deux intitulés ou présentations éveillent l'impression de produits ou marques de série (*Serienprodukte*; *Serienzeichen*). Ainsi, les titres *Annette* et *Annabelle* donnent l'impression - inexacte - que les deux revues proviennent de la même maison d'édition ou que, en croyant à l'existence de deux entreprises, le consommateur pense que ces deux éditeurs sont étroitement liés du point de vue économique (*wirtschaftlich eng miteinander verbundene Unternehmen*; 102 II 122, 126, *Annabelle/Annette*; dans le même sens 109 II 483, 488, *Computerland* : "Meinung, der Laden der Beklagten sei einer der Computerland-Kette"; 105 II 49, 57, *OMO*; 78 II 164, *Lux*; 52 I 192, *F. Hoffmann-La Roche & Cie SA*). Le *détournement de clientèle* a toujours été ressenti comme un acte de concurrence déloyale (voir déjà 38 II 699, 701, *Helvetia-Zigarren*).

Principe 7 : Dans certains cas, l'imitation est licite.

47. Cas 1 : l'imitation est imposée par des impératifs techniques. Si la technique exige qu'une présentation soit imitée, s'il n'y a qu'un seul mode de réalisation du produit, s'il faut *cette* présentation pour obtenir *ce* résultat et que *ce* résultat ne peut pas être obtenu par une autre présentation, l'imitation du produit ou de sa présentation est licite (principe de la liberté de copie, *Nachahmungsfreiheit*), car elle est techniquement dictée par le *mode de présentation* ou par sa *destination*

(*technisch bedingte Nachahmung*).⁶⁶ Le cas le plus évident est bien sûr celui où il n'existe qu'un seul mode de réalisation du produit (ZR 1965 n° 149, *Melitta*). Si un fabricant veut se protéger efficacement contre ses concurrents, il doit utiliser en priorité le bouclier du droit des brevets, du droit des modèles ou éventuellement du droit d'auteur (*patent-, modell- oder urheberrechtlicher Schutz*, 116 II 471, 472, *Volvo*; 73 II 126, 134, *Davidoff*; BURST n° 93; PEDRAZZINI 90).⁶⁷ Le bouclier offert par le droit de la concurrence déloyale redeviendra utile si la protection de ces lois spéciales n'existe pas ou plus (117 IV 45, *H.* et 117 IV 475, *Uhren aus Hongkong* pour les rapports entre LMF et LCD; 118 II 181, *DUO*; 118 II 74, *MISS ELLECI* et 116 II 609, *FIORETTO* pour l'admissibilité de marques); lorsque la forme d'une marchandise n'est pas protégée par une règle du droit de la propriété intellectuelle, cette forme peut être utilisée car chacun peut donner à son produit la forme qui le rend le plus attrayant, qui coûte le moins cher et/ou qui permet de le vendre dans les meilleures conditions.

Ainsi, rien n'interdit d'imiter - fût-ce servilement - la présentation d'un concurrent, s'il n'y a aucun droit exclusif (104 II 322, 332, *chaussures Bata*; 103 II 211, 215, *Choco-Dragées*; 92 II 202, 206, *Wäschetruhe*; 84 II 579, *slips Cosy*). Le cas le plus célèbre est sûrement celui du *Rubik-Cube*, ce jeu d'adresse composé de 26 petits cubes en six couleurs formant sur les six faces du grand cube 54 carrés. La conception technique du jouet n'étant pas protégée par un brevet, le droit de la concurrence déloyale pouvait-il intervenir (108 II 69, 75, *Rubik-Cube*) ? N'est pas illicite l'imitation de la règle technique non brevetée, n'est pas illicite non plus l'imitation d'une forme ou d'une présentation qui ne conduit pas à une confusion chez le public. Par contre, l'imitation d'éléments non nécessaires d'un point de vue technique est illicite, dans la mesure où le fabricant peut se passer de les copier pour atteindre le même

⁶⁶ Le raisonnement est le même en France : si un horoscope est présenté sous forme de rouleaux, cette forme n'est pas nécessaire du point de vue technique. Elle constitue une innovation commerciale et le concurrent qui s'en inspire adopte un "comportement suiveur" et déloyal (D. 1990 I. R. p. 242).

⁶⁷ Voir OG ZH in ZR 1971 n° 67, *Fera*; HG ZH in RSJ 1970 pp. 326-328, *Geschichte der römischen Literatur*; OG LU in RSJ 1959 p. 9. Dans le même sens, en France, Cour de Cassation, 06.12.84, in D. 1987 Somm. Comm. p. 42 : "L'action en concurrence déloyale peut être intentée pour la protection d'une personne ne pouvant se prévaloir d'un droit privatif."

résultat (108 II 69, 74, *Rubik-Cube*; 93 II 272, 274, *machine à nettoyer les tripes*; PEDRAZZINI, *Bonne foi*, 184-186).

Une imitation, même servile, peut être licite si elle se justifie par des impératifs techniques. Cette solution s'explique facilement : lorsque la reproduction à l'identique d'une forme fonctionnelle s'impose, une jurisprudence par trop restrictive empêcherait au monde des affaires et de l'industrie de progresser et de fonctionner normalement (cf. dans le même sens art. 2 lit. b LPM). Les impératifs d'ordre technique peuvent résulter des normes édictées en la matière, qu'elles soient privées ou publiques,⁶⁸ des contraintes de fabrication, de l'utilisation de produits ou matériaux qui sont eux-mêmes standardisés ou préfabriqués.⁶⁹

⁶⁸ Voir, entre autres, en matière sanitaire : Norme Suisse SN 592 000, norme enregistrée par l'Association Suisse de Normalisation et réalisée par l'Association suisse des professionnels de l'épuration des eaux (ASPEE) et l'Association suisse des maîtres ferblantiers et appareilleurs (ASMFA) en vigueur depuis le 01.02.90 et ayant pour titre : *Evacuation des eaux des biens-fonds. Conception et réalisation d'installations*; en matière de construction: norme SIA 190 (canalisations), norme SIA 271 (toits plats); en matière de protection civile: instructions techniques pour la construction d'abris privés (ITAP) et spéciaux (ITAS); en matière automobile : O sur la construction et l'équipement des véhicules routiers (OCE) du 27.08.69 (RS 741.41) et O réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière (OAC) du 27.10.76 (RS 741.51). Le lecteur y ajoutera évidemment la masse de réglementations de l'UE en tous les domaines, reprises parfois indirectement dans les textes privés ou publics. Cf. aussi FF 1995 III 1340 (normes techniques pour les machines), FF 1995 III 1341 (normes techniques pour appareils à gaz), FF 1995 IV 384 (normes techniques pour équipements de protection individuelle).

⁶⁹ La standardisation est souhaitable en matière de pièces de rechange (*Ersatzteile*) et de produits accessoires (*Zubehör*). Très démonstratif, DAVID 1509 : "So gut wie der Konsument dafür dankbar ist, dass sich bei Modelleisenbahnen gewisse Spurweiten (...) als Standard herausgebildet haben, so sind auch in anderen Belangen die Standardisierung und die Zusammenbau-Möglichkeiten zu fördern und keine Warenmonopole aufkommen zu lassen." Voir, pour la jurisprudence, 116 II 471, *Volvo*, critiqué par R. BÄR in RJB 1992 pp. 250-252 et M. RITSCHER in GRUR Int. 1991 pp. 317-319 (arrêt cantonal in ZR 1990 n° 66); 108 II 327, *Lego III*; RSPI 1962 pp. 157-162, *Lego II*; RSPI 1961 pp. 71-79, *Lego I*; 87 II 54, *charnière*; 73 II 194, *Gillette*.

Au vu de la tendance toujours plus nette à harmoniser voire unifier formes, dimensions et caractéristiques techniques sous la pression de la mondialisation croissante des échanges économiques et au vu de la frénésie de l'Union européenne à vouloir légiférer en toutes matières, le principe de la liberté de copie est promis à un bel avenir, puisque tous les produits, en définitive, seront plus ou moins semblables (cf. déjà les bouteilles PET, les piles, les batteries, les films, les cartes de crédit, les sacs pour les aspirateurs, etc.; dans le même sens 73 II 194, *Gillette* et arrêt cantonal in ZR 1947 n° 157). Cette évolution repose sur l'idée que chaque concurrent a le droit de manufacturer ses marchandises en choisissant le mode de fabrication le plus simple techniquement, le plus économique et le plus pratique. En conséquence, il se peut que la présentation d'un produit se rapproche de celle d'un concurrent, voire que deux marchandises soient identiques.

Cette même idée permet de poser comme principe fondamental que chaque fabricant peut adapter son produit à celui d'autrui afin que le consommateur puisse les utiliser ensemble (pièces de rechange, accessoires). Il suffit alors qu'il prévienne ou dissipe tout risque de méprise du public sur la provenance du produit. Ainsi, un fabricant de lames de rasoir peut reprendre les dimensions et le profil des lames *Gillette*, afin de rendre ses lames utilisables dans les rasoirs *Gillette* (73 II 194, 197, *Gillette*). De même, une entreprise peut adapter ses charnières aux portes d'un concurrent et aux outils de montage de ce dernier, pour qu'elles soient compatibles (87 II 54, 63, *charnière*). Ces solutions jurisprudentielles doivent être appuyées, ne serait-ce que sur la base du bon sens. Il n'est pas inutile qu'un tournevis puisse dévisser les vis de toutes les marques confondues ou qu'un accessoire puisse s'adapter au produit de base auquel il est destiné, fût-il fabriqué par un concurrent.

48. Cas 2 : l'imitation est imposée par des impératifs esthétiques. Par opposition à l'imitation imposée par des impératifs techniques, les cas d'imitation de la présentation d'une marchandise découlant d'impératifs esthétiques (*ästhetisch bedingte Nachahmung*) sont beaucoup plus rares. On peut toutefois imaginer que la mode - surtout vestimentaire - impose une certaine présentation, un certain *look*, afin de trouver acquéreur sur le marché, puisque tout consommateur veut rester dans le vent : il s'agit d'être *in*. La mode est un phénomène où des vagues successives déferlent avec leur lot de styles : vestons croisés ou vestons droits, canons de pantalons étroits ou larges (patte d'éléphant), etc. Dans cette hypothèse,

un producteur, s'il veut vendre ses produits, est "obligé" de suivre la mode du moment. C'est la raison pour laquelle il semble justifié d'admettre que toute imitation résultant de contraintes esthétiques est licite (116 II 365, 372, *NIVEA*; *PEDRAZZINI* 91).

Cette discussion du reste chevauche celle de la force distinctive (d'une couleur, d'une forme, etc.).⁷⁰ Mais les problèmes commencent lorsque la mode est partie d'un type bien particulier de produits fabriqués par une seule maison : Chanel, Burberrys', etc. L'enjeu est simple : un fabricant X, peut-il donner aux tailleurs deux-pièces qu'il produit la coupe des costumes Chanel ("das sogenannte Chanel-Look") sans tomber sous le coup de la loi ou bien le juge doit-il voir en cette imitation de la forme d'un bien (costume Chanel) une infraction à l'art. 3 lit. d LCD ?⁷¹

49. Rappel des principes. Dans le cas où il s'agit d'un bien non protégé par une loi spéciale de propriété intellectuelle, une imitation - fût-elle servile - ne constitue pas un acte de concurrence déloyale (110 IV 102, *poupée «arlequin»*). Ceci est vrai si l'imitation est imposée par des impératifs techniques (116 II 471, *Volvo*) ou par des impératifs esthétiques (108 II 69, *Rubik-Cube*) ou lorsque la forme d'un bien ne jouit d'aucune force distinctive (OG SG in GVP 1977 n° 16, *sacs à poubelle bruns*).

La raison est assez facile à comprendre : la forme la plus attractive, la moins coûteuse ou la plus facile à produire ne saurait être monopolisée par un seul fabricant. Par contre, la forme d'une marchandise mérite protection lorsqu'elle permet d'individualiser le produit et, par ricochet, le

⁷⁰ Cf. 110 IV 102, 107, *poupée «arlequin»* : "Anders ist es nur, wo die ästhetische Form Kennzeichnungskraft besitzt, wenn das Erzeugnis eine bestimmte Form oder Ausstattung nur deshalb erhalten hat, um es von gleichen oder ähnlichen Erzeugnissen anderen Ursprungs zu unterscheiden (BGE 88 IV 83). Unter dieser Voraussetzung ist die Form nicht ästhetisch bedingt, sondern bloss äussere Zutat zur Kennzeichnung der Ware oder des Werkes und darf daher von anderen Herstellern nicht nachgemacht werden (...)."

⁷¹ L'art. 3 lit. e LCD est aussi envisageable. Cf. TC TI in RSPI 1991 pp. 98-101, *Soraya/Chanel*. Dans un autre domaine : HG ZH in RSPI 1995 pp. 136-138, *McDonald's/MacToni*, note DAVID; HG ZH in RSPI 1994 pp. 308-309, *CERBERUS*; 102 II 292, *Bicoflex*.

producteur (108 II 69, 74, *Rubik-Cube*; 105 II 297, 301, *Monsieur Pierre*; 104 II 322, 332, chaussures *Bata*; 103 II 211, 215, *Choco-Nuts* et les arrêts cités).

50. L'arrêt *Chanel*. A partir de cette jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il reste à déterminer si la forme du deux-pièces Chanel a atteint une notoriété et une force distinctive telles que le concurrent qui imite cette présentation - ce look - tombe sous le coup de l'art. 3 lit. d LCD. Le Tribunal de commerce de Zurich a, dans un arrêt du 26.08.88, nié la force distinctive des éléments de l'aspect extérieur du tailleur Chanel (RSPI 1991 pp. 219-223, 223 : "(...) kann das Chanel-Kostüm nicht als für den Betrieb der Klägerin kennzeichnend angesehen werden."). Ce qui veut dire, décrypté, que le tailleur Chanel est tellement répandu et s'est tellement imposé dans les esprits que la consommatrice ou le consommateur ne s'attendent pas toujours et forcément à voir un véritable costume Chanel lorsqu'ils voient un deux-pièces classique.⁷²

51. Enseignement de l'arrêt *Chanel*. La conséquence juridique, elle, ne nécessite aucun décodage : si le tailleur Chanel n'a aucune force distinctive, il peut donc être imité, même servilement. Un deux-pièces est un deux-pièces, comme une chaussure est une chaussure (104 II 322, chaussures *Bata*). Comme le relève justement le Professeur DUTOIT (in RSPI 1991 p. 224), "le coeur du débat, qui n'a rien de juridique, mais comporte pour l'essentiel des éléments subjectifs" tourne autour de la question suivante : "la forme du costume Chanel est-elle distinctive de la production «Chanel» ou au contraire a-t-elle dégénéré en un «look»

⁷² L'enjeu n'est pas seulement académique, il est aussi pratique. La présidente de la 18^e Chambre du Tribunal de commerce de Paris, dans un jugement du 18.05.94, a condamné Polo Ralph Lauren à payer à Yves Saint Laurent 1 million de FF pour contrefaçon, 1 million de FF pour concurrence déloyale et 200'000 FF de dédommagements. L'affaire portait sur une robe-smoking créée par YSL en 1970 et reprise en 1992 par sa maison de prêt-à-porter *Rive gauche*. L'avocat de Polo Ralph Lauren prétendait que "la robe-smoking est de tout temps et de toutes les modes". Le PDG de la maison Yves Saint Laurent, Pierre Bergé, accusait son concurrent de l'avoir copié "ligne pour ligne, coupe pour coupe." Cf. aussi *Le Monde*, 20.05.94, p. 19 : *Polo Ralph Lauren est condamné pour contrefaçon*.

classique ?". Toute la problématique de l'imitation imposée par des impératifs esthétiques vient se greffer sur celle de la force distinctive.

Un produit peut donner naissance à un style, ce qui tendra à favoriser l'individualisation de la marchandise et, *eodem facto*, de son fabricant. En parallèle, force est de constater que la mode - ce que les Allemands appellent *Modetrend* - impose de suivre ce que les concurrents font en matière de forme et de couleur. Entre ces deux pôles, il y a le juge et la fragilité des appréciations - subjectives par définition. *Tot homines, quot sententiae*.⁷³

52. Cas 3 : l'imitation porte sur un élément banal sans force distinctive. C'est le cas de l'utilisation de formes répandues et usuelles pour un type de produit donné (*tube* pour les pâtes dentifrices), de l'utilisation d'une couleur courante pour une marchandise spéciale (*vert* pour de la benzine sans plomb). Ainsi, pour des flacons de produits cosmétiques, l'utilisation du *blanc* pour le lait démaquillant et du *rose* pour le tonique facial ne constitue pas un élément marquant, car ces couleurs sont usuelles pour ce type de produits (116 II 365, 372, NIVEA; pour une désignation générique du domaine public : 87 II 349, 353, «Einfach»-Reinigung; SJ 1980 pp. 497-505, *Transcontainer*).

Il y a donc des couleurs, des formes et des objets qui ont perdu toute originalité : il ne s'établit plus un lien entre produit et producteur (perte de la *force distinctive*; sur la *force d'imagination* : 99 II 401, *Biovital*). La consommatrice ou le consommateur ne peuvent plus dire, en voyant un emballage, que ce produit provient de ce fabricant. Dans ces cas, l'imitation, même servile, est licite (116 II 365, 372, NIVEA; 27 II 613, *chocolat crémant*; CJ GE in RSPI 1994 pp. 236-241, *catalogues de voyage OASIS*; OG OW in RSPI 1991 pp. 397-401, *Rockwatch*; TC T1 in RSPI 1989 pp. 88-92, *Chicco d'oro*; OG ZH in RSPI 1993 pp. 154-155,

⁷³ Le jugement du Tribunal de commerce de Zürich a été sévèrement critiqué par DUTOIT in RSPI 1991 pp. 223-225, 224 : "A la lecture de l'arrêt on ne peut s'empêcher de penser que le tribunal a écarté d'un revers de main trop rapide les preuves de notoriété apportées par «Chanel», en prenant à son compte, sans la discuter, l'affirmation péremptoire du juge commerçant selon lequel «personne, en voyant un costume Chanel, ne peut supposer ou ne suppose non plus qu'il ait été fabriqué par la demanderesse»." Voir aussi, réservé, PEDRAZZINI 91-92.

Chrono-watch; OG ZH in RSPI 1989 pp. 208-210, *nine to six*; OG SG in GVP 1977 n° 16, *sacs à poubelle bruns*; RSJ 1965 pp. 278-280, 279, *Skiträger*).

53. Industrie du parfum. Flacons et bouchons. Il suffit de comparer certains conditionnements pour se convaincre de l'importance du principe de la liberté d'imitation de la forme d'un bien non protégé par une loi spéciale et sans force distinctive : en définitive, beaucoup de flacons de parfums se ressemblent peu ou prou. Les eaux de toilette pour homme *Azzaro* et *Paco Rabanne* se ressemblent comme deux gouttes d'eau : un flacon et un bouchon. L'effort principal de tout fabricant consistera alors à se démarquer le plus possible des concurrents, à donner cette *force distinctive* exigée par les tribunaux pour pouvoir appliquer l'art. 3 lit. d LCD. De beaux exemples sont fournis par le parfum *Panthère* de Cartier (flacon très particulier), par le parfum *Narcisse* de Karl Lagerfeld (bouchon en forme de corolle), par le parfum *Champagne* d'Yves Saint Laurent (forme du bouchon de champagne), par le parfum *Globe* de Rochas (flacon en forme de globe), par le parfum *Boucheron* d'Alain Boucheron (en forme de bague), etc.

Le coeur du problème est toujours le même : il n'a rien de juridique, il n'est que question de faits et affaire d'appréciation (dans le même sens DUTOIT in RSPI 1991 p. 224). Tel juge ou juriste trouvera que la forme du costume Chanel a une force distinctive telle que les milieux intéressés et la clientèle visée rattachent automatiquement *cette* forme à *cette* entreprise. Tel autre décidera que le deux-pièces Chanel a perdu toute originalité, victime en quelque sorte de son succès : le cordon ombilical entre produit et producteur a été coupé.⁷⁴

⁷⁴ Finalement, si les critères *juridiques* semblent assez clairs et non contestés, leur application *pratique*, elle, pose d'évidents problèmes et la jurisprudence paraît davantage tenir de la géométrie variable que résulter d'une ligne de conduite rigoureuse. L'arrêt Chanel est révélateur à cet égard. Chacun justifie sa position en se basant sur la réaction des consommatrices et des consommateurs, donnée en fait impalpable et purement conjecturale. Si le Tribunal de commerce de Zurich, très péremptoire, affirme, en reprenant l'opinion du juge non professionnel, que personne, en voyant un costume Chanel, ne peut supposer ou ne suppose non plus qu'il ait été fabriqué par Chanel, le Professeur DUTOIT, tout aussi péremptoire, affirme qu'un tel point de vue "ne reflète manifestement pas la réaction de la clientèle face à un costume Chanel" (RSPI 1991 p. 225). A chacun sa vérité.

Face à la difficulté d'apprécier le caractère distinctif de la présentation d'une marchandise, la seule aide qui peut être fournie aux juristes vient des producteurs eux-mêmes : ils doivent à tout prix renforcer leur image de marque et (re)donner à leur produit une force distinctive indiscutable (cf. HG ZH in RSPI 1991 219-223, 223, *Chanel* : "Es ist denkbar, dass es der Klägerin in Zukunft gelingt, die Kennzeichnungskraft der «Chanel»-Linie (wieder) herzustellen." et DUTOIT dans sa note in RSPI 1991 p. 225 : "Il reste donc à Chanel à renforcer encore, dans la mesure du possible, la notoriété de la forme du costume «Chanel»."; 65 II 202, 208, *Kaiser's Biomenthol* : "Individualisierungskraft").

Principe 8 : Dans certains cas, les circonstances font que la déloyauté doit être admise.

54. **Incorrection.** C'est le cas notamment lorsque le concurrent qui imite le produit d'un tiers le fait de manière incorrecte ou astucieuse (*unkorrektes oder hinterlistiges Verhalten*, 116 II 365, 369, *NIVEA*; 108 II 327, 332, *Lego III*; 105 II 297, 302, *Monsieur Pierre*; 54 II 56, 64, *Klappstuhl*; 35 II 665, 667, *Helvetia-Zigarren*; ATF in RSPI 1986 pp. 325-328, *affiches encadrées*). Celui qui commande des prospectus, des catalogues, des listes de prix ou des échantillons à un concurrent aux seules fins de les imiter en tout ou partie agit de manière déloyale.

Lorsqu'un fabricant utilise, pour faire enregistrer un modèle d'étagère, les dessins techniques tirés des catalogues qu'il a au préalable commandés auprès de son concurrent sous prétexte de nouer des relations d'affaires, ce comportement va à l'encontre des règles élémentaires d'une certaine éthique professionnelle (113 II 319, 322, *Universal*). De même, celui qui imite des dessins imprimés sur une étoffe en se basant sur des modèles et échantillons commandés et reçus à l'examen en vue d'un achat éventuel a un comportement incorrect (90 II 51, 55, *échantillons de tissu*; SJ 1979 238-244, 243, *soierie Bianchini Ferrier*).

55. **Systématique.** L'intention systématique et raffinée de tirer profit de la bonne réputation d'un concurrent constitue aussi une forme de parasitisme inconciliable avec la notion de loyauté en affaires (*schmarotzerische Ausbeutung des Rufes*, 116 II 365, 369, *NIVEA*; 113 II 190, 201, *meubles*

Le Corbusier; 50 II 195, 202, *Vin de Vial*; KG ZG in RSPI 1987 pp. 157-160, *Landschaftsdessin*; CJ GE in SJ 1979 pp. 634-637, *Van Cleef & Arpels*). Celui qui, par un effort de rapprochement évident (*systematisches Heranschleichen an fremde Ausstattungen*), vise à donner au grand public une impression globale identique à un produit original notoire, exploite la renommée du produit imité de façon parasitaire, puisqu'il parvient à bénéficier indûment des efforts de recherche, de développement et de diffusion - souvent fort coûteux - faits par le concurrent (114 II 432, 434, *Lacoste*; 108 II 69, 75, *Rubik-Cube*) et/ou il réussit à tirer profit de la renommée du produit d'un tiers (93 II 424, 432, *Burberrys*; 92 II 305, 312, *Sheila*; RSPI 1994 pp. 206-210, *BUD/BUDDY*; TC FR in RSPI 1994 pp. 202-206, *ROCO/ROKY*; RSPI 1994 pp. 87-88, *BURDA*; TC JU in RSPI 1993 pp. 113-128, 501; RSPI 1991 pp. 219-223, *Chanel-Kostüm*; RSPI 1991 pp. 98-101, *Soraya/Chanel* basé sur l'art. 3 lit. e LCD).⁷⁵ Il se cache en fait une double injustice puisque le concurrent qui dépense pour promouvoir son produit n'en bénéficie pas - ou pas entièrement - et celui qui en bénéficie n'engage aucune dépense (113 II 190, 201, *meubles Le Corbusier*, 105 II 297, 302, *Monsieur Pierre*; 104 II 322, 334, *chaussures Bata*; sur l'utilisation des efforts et des frais d'autrui : 95 II 461, 468, *cigarettes Parisiennes*; 87 II 54, 56, *charnière*; HG SG in RSPI 1987 pp. 94-97, *Katalogfotos*; RSJ 1995 p. 96, *Verkaufsstände*; ZR 1946 n° 200, *Elektroöfen*).

56. Obligation de changer les éléments non nécessaires au fonctionnement. L'imitation de la forme d'une marchandise, lorsque celle-ci est dépourvue de force distinctive, est licite. Cependant, lorsque l'on peut raisonnablement exiger de l'imitateur qu'il donne à son produit une autre forme sans modification de la construction technique et sans

⁷⁵ Il y a du reste des spécialistes en la matière : c'est ainsi que Rast A.G. (Zug) a lancé le produit *Polar Menthe* basé sur le succès de la marque *Tobler Mint* (95 II 191) et le produit *Choco-Dragées* basé sur la réussite des *Choco-Nuts* de Disch (103 II 211). Le comportement suiveur peut d'ailleurs viser plusieurs buts : tirer profit de l'idée d'autrui, tirer profit de la campagne de publicité d'autrui, éviter de payer des efforts de recherche et de développement. Dans tous les cas, il s'agit d'agissements parasitaires qu'un ordre juridique ne saurait tolérer (KG ZG in RSPI 1989 pp. 136-139, *super shot*).

que cela porte atteinte à la destination du produit (*zumutbare Form- und Farbeänderungen*, 116 II 365, 369, NIVEA; 93 II 272, 280, machine à nettoyer les tripes; 57 II 457, 461, Thommen's Uhrenfabrik), l'imitation de l'aspect donné à une marchandise peut constituer un acte illicite. C'est logique : si un produit n'est pas protégé parce qu'il n'a pas le caractère d'une invention ou parce que l'inventeur n'a pas obtenu de brevet valable - ou s'il ne l'est plus parce que le délai légal de protection est échu - sa construction technique peut être imitée, même servilement, par tout concurrent. Le côté technique, nécessaire au fonctionnement du produit, est tombé dans le domaine public, chacun peut l'utiliser.

En revanche, l'aspect extérieur de la marchandise, dans certains cas, n'est pas une condition *sine qua non* pour que le fonctionnement soit garanti.⁷⁶ On peut alors raisonnablement exiger d'un fabricant qu'il y renonce (PEDRAZZINI 93; 83 II 154, 158, support Dublo pour fleurs coupées; 79 II 316, 320, interrupteurs; ZR 1967 n° 32, Kehrlichtbehälter; RSJ 1964 pp. 8-12, 12, Stützisolatoren). L'exemple du Rubik-Cube est révélateur à cet égard : en l'absence d'un brevet, il est licite d'imiter l'élément technique de ce cube magique, car le mécanisme ingénieux, nouveau et complexe qui permet de combiner les 26 petits cubes en d'innombrables variations est à la base même du produit. En revanche, la couleur et les dimensions sont des éléments non techniques qui n'ont aucune influence sur le fonctionnement du Rubik-Cube.

Il est donc raisonnable d'exiger d'un fabricant qu'il y renonce, car son produit n'est pas moins pratique, moins solide et plus coûteux sans l'imitation des éléments non nécessaires du point de vue technique (PEDRAZZINI, Bonne foi, 184-185; ZR 1965 n° 149, Melitta; Ziv. Ger. BS in RSPI 1991 pp. 225-234, 231 : "Das zeigt sich auch darin, dass es der Beklagten leicht möglich gewesen wäre, eine andere, deutlich unterscheidbare Ausstattung zu wählen (...)."). Il existe donc un devoir de prendre dans les limites du raisonnable les mesures propres à écarter ou à diminuer le risque de tromperie. Ainsi, les commerçants ne doivent pas laisser croire aux clients que la pièce de rechange vient du fabricant du

⁷⁶ La frontière est parfois difficile à tracer : les bandes apposées en forme de X sur des slips qui ménage une ouverture à droite ont un but essentiellement technique ! Pourtant elles se manifestent également dans l'aspect extérieur de la marchandise (84 II 579, slips Cosy).

produit auquel elle est destinée (116 II 471, 475, *Volvo*; ZR 1946 n° 201, *Melitta*).

Principe 9 : Certaines mesures sont possibles pour écarter en tout ou partie le risque de confusion.

57. **Mise en évidence d'une marque ou d'un signe distinctif.** C'est la grande leçon de l'arrêt *NIVEA*. Migros indique toujours sur ses "produits maison" leur provenance (*Herkunftshinweis*). Ainsi, le sachet de 120 grammes de Gruyère râpé porte la mention *MIFROMA* et un grand *M* près du prix. De même, les emballages *Jana* portent la mention "MIBELLA AG, Buchs AG, Produktionsbetrieb der MIGROS"⁷⁷ avec le signe habituel *M* (116 II 365, 367, *NIVEA*). Par ces indications claires quant à la provenance (*eindeutige Herkunftsangaben*), un producteur prévient tout risque de confusion car un acheteur moyen ne sera pas amené à croire que les produits *Jana* et *NIVEA* sont fabriqués par *Beiersdorf AG*.

De plus, on ne peut pas reprocher à Migros de vouloir cacher son jeu puisque la mention est complète et non équivoque, en ce sens qu'elle explique que *MIBELLE AG* est une entreprise appartenant à Migros (identité économique). Il ne peut être non plus question d'une distribution d'articles de marques par deux réseaux parallèles (*zweigleisiger Vertrieb von Markenartikeln*). L'indication claire de la provenance exclut ce risque (*PEDRAZZINI* 88; *DAVID* 1508).

58. **Jurisprudence.** Les tribunaux ont ainsi jugé que le concurrent qui appose sur ses produits une marque bien visible et possédant une certaine force distinctive prévient suffisamment tout risque de confusion (116 II

⁷⁷ Recte : *Mibelle* ou *MIBELLE*. Le shampoing *Curl* porte p. ex. la mention "MIBELLE AG, CH-5033 Buchs. Produktionsbetrieb der Migros". L'entreprise *Mibelle S.A.*, fondée en 1960, a transféré son siège à Buchs en 1967 et produit toute une gamme d'articles de soins corporels (dentifrice au fluor *Candida*, ligne de soins pour bébé *Millette*, ligne de cosmétique *Jana*, shampoing *Curl*, etc.). Cf. Alfred A. Häslér, *L'aventure Migros*, Zürich, Ed. de la Presse Migros, 1985, p. 217, p. 301, p. 319 et p. 331.

365, 372, NIVEA; 108 II 327, 331, Lego III; 105 II 297, 301, Monsieur Pierre; 87 II 54, 56, charnière; 85 IV 53, 56, His Master's Voice; 84 II 579, 588, slips Cosy; isolé : Trib. pol. GE in RSPI 1989 pp. 143-145, 144, Ferrari 250 GTO). Le raisonnement est le même si un signe distinctif permet de faire la distinction entre des produits plus ou moins semblables (95 II 191, 196, Tobler Mint/Polar Menthe; insuffisant : 54 II 124, 128, Fleischhandell/Fleischwaren; 92 II 95, Pavag/Bavag; 97 II 234, Intershop/Interstop). C'est le cas notamment lorsque les étiquettes apposées sur des emballages indiquent de manière non équivoque qui produit la marchandise et qui la distribue (108 II 327, 332, Lego III).

En revanche, l'absence de marque, accompagnant la modification infime de détails peu frappants, n'est pas *per se* une mesure qui empêche consommateur et consommatrice moyens de confondre des produits en présence ou, du moins, de croire qu'ils ont la même origine (84 II 579, 581, slips Cosy). Dans cet ordre d'idées, il est préférable d'utiliser une marque qui se distingue nettement de celle du concurrent : un producteur qui appose la marque Mofor sur ses charnières prend ainsi toutes les mesures que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter des confusions si le concurrent vend ses charnières sous le nom Anuba (87 II 54, 56, charnière; pour des produits désignés par la même marque : 87 II 107, Narok; voir aussi Cour civ. NE in RSPI 1987 pp. 125-129, Rein).

59. Bilan. Perspectives. Rôle régulateur du droit de la concurrence.

Nous avons comparé la *concurrence économique* à la *compétition sportive*. Dans ces deux domaines, c'est en principe le meilleur qui gagne. En matière économique, le meilleur est celui qui fournit les produits ou les prestations les plus utiles et les plus efficaces dans les conditions les plus rentables et les plus satisfaisantes pour le consommateur (rapport qualité/prix). Mais malheureusement, en économie comme dans le sport, il y a des tricheurs. C'est la raison pour laquelle la probité des affaires en particulier et l'ordre social en général doivent être protégés contre toutes les formes de concurrence déloyale (BOLLE, *Procès pénal*, 25). Les principes dégagés précédemment montrent comment doit s'articuler la lutte contre la concurrence déloyale en matière de présentation des produits.

Le rôle régulateur du droit de la concurrence déloyale est important : les intérêts des consommateurs, des concurrents et de l'économie dans son ensemble doivent être protégés. C'est un impératif social et la défense des droits des consommateurs et des concurrents s'inscrit à côté de la défense

d'autres intérêts collectifs (BOLLE, *Procès pénal*, 16). Il reste à examiner comment cette partie générale du droit de la concurrence déloyale en matière d'imitation de présentation des produits s'applique aux médias. Faut-il prévoir des exceptions et un régime spécial ou appliquer l'art. 3 lit. d aux médias sans aménagement particulier ?

Chapitre IV : L'application de l'art. 3 lit. d LCD aux médias.

60. But de la démonstration. L'art. 3 lit. d LCD vise, nous l'avons vu, celui qui «prend des mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les oeuvres, les prestations ou les affaires d'autrui».

La jurisprudence du Tribunal fédéral, variée et abondante, porte sur de nombreux types de produits : alcool fort (120 II 144, *Yeni Raki*), prestations de dépannage (117 II 199, *Garantie Touring*), cosmétiques (116 II 365, *NIVEA*; 114 II 91, *Dior*; 93 II 260, *Brisemarine*), meubles (113 II 190, *Le Corbusier*), tourne-disques (113 II 77, *Philips*), poupées (110 IV 102, *poupée «arlequin»*), jeux (108 II 327, *Lego III*; 108 II 69, *Rubik-Cube*), montres (105 II 297, *Monsieur Pierre*; 83 II 216, *Spera*), chaussures (104 II 322, *Bata*), bonbons (103 II 211, *Choco Nuts*), boîte-aux-lettres (95 II 470, *Brief-/Milchkasten*), cigarettes (95 II 461, *cigarettes Parisiennes*), chocolat (95 II 191, *Polar Menthe*), machines de boucherie (93 II 272, *machine à nettoyer les tripes*), étoffes (90 II 51, *échantillons de tissu*), charnière (87 II 54, *charnière*), stylos à bille (87 II 35, *BIC*), caleçons (84 II 579, *slips Cosy*), bouteilles de vin (84 II 221, *Trois-plants*), engins de transport (83 IV 198, *Expresso*), eaux minérales (82 II 346, *Schwarzenburger*), fermeture à glissière (80 II 171, *Clip/Clix*), etc.

Nous pourrions y ajouter la jurisprudence cantonale, voire étrangère : la liste, de convaincante, deviendrait fastidieuse. Retenons que les tribunaux ont à juger de cas de la vie des affaires. Comme celle-ci est éminemment variée, ceux-là sont fort divers. Il reste à examiner, dans un premier temps, si l'art. 3 lit. d LCD peut et doit s'appliquer aux médias et si, dans un second temps, l'application de cette norme aux médias pose des problèmes, appelle des remarques ou exige des corrections. Nous ferons le même exercice avec l'art. 3 lit. a LCD par la suite.

61. Le produit médiatique est un produit comme les autres. Dans sa teneur actuelle, l'art. 3 lit. d LCD englobe tous les produits de la *presse écrite* (journal, revue, magazine, illustré, etc.), de la *radio* (émission

radiophonique) et de la *télévision* (émission TV, jeux télévisés, etc.).⁷⁸ Il pourra aussi être appliqué à tous les produits multimédias qui vont déferler sur nos écrans après le télétexte, le CD-ROM et Internet : la figure du risque de confusion entre deux présentations ou produits est aussi présente dans ces technologies. D'un point de vue économique, le produit médiatique est un produit comme les autres (RIKLIN 268; 87 II 40, 42, *Quick/Blick*; 75 IV 21, 23, *Fachblatt für schweizerisches Anstaltswesen*; 64 II 109, 118, *Auflegemappen [Ringier]*; arrêt cantonal : HG ZH in ZR 1939 n° 5; 40 II 504, 506, *Bieler Tagblatt*; 21 153, 167, *Tribune de Genève*).

62. Jurisprudence. *Annabelle et Annette* (102 II 222). Faits. La maison *Weltwoche-Verlag* publie une revue féminine intitulée *Annabelle*. *Ringier*, après avoir fait une étude de marché basée sur le succès d'*Annabelle*, a lancé un produit concurrent - d'aucuns diront une copie conforme - sous la forme d'une revue destinée elle aussi aux femmes et intitulée *Annette*.

L'enjeu économique était simple : il fallait occuper un créneau tenu jusque-là par une seule maison d'édition. L'enjeu juridique, lui aussi, n'est pas compliqué et se résume en cette question : y a-t-il acte de concurrence déloyale du fait du risque de confusion entre la présentation de ces deux produits destinés au même public, en particulier entre les titres de ces deux revues, *Annabelle* et *Annette* ?

63. Raisonnement juridique. Le Tribunal fédéral raisonne d'après les principes généraux élaborés à partir de cas de produits non médiatiques. Les marchandises sont de même nature (*Warengleichartigkeit*) : dans les deux cas, il s'agit d'une revue non quotidienne destinée à un public-cible féminin. Les deux présentations, alors, doivent se distinguer par des caractères essentiels (*wesentliche Merkmale*). Pour répondre à cette exigence, il faut partir de l'impression d'ensemble (*Gesamteindruck*) que

⁷⁸ Cf. l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 07.02.95 opposant TF1 et Antenne 2 pour une émission ayant concept identique et construction similaire (*La Nuit des Héros* d'Antenne 2 et *Les Marches de la Gloire* de TF1) in : *La Semaine Juridique* 1995 Jurisp. no 22411, note Philippe LE TOURNEAU.

les présentations laissent dans la mémoire du cercle des acheteurs visés.

Cette impression générale peut du reste être influencée plus ou moins fortement par un élément particulier de la marque, du signe distinctif ou de l'emballage. Dans le cas d'une revue, l'impression d'ensemble se base *principalement* sur le titre, *subsidièrement* sur le format, la couleur du logo ou du papier, le mode de pliage (en deux, en quatre, en long, etc.) et l'absence ou la présence d'un emballage (enveloppe cellophane de protection) et *très subsidièrement* sur la fréquence de parution (quotidien, bihebdomadaire, hebdomadaire, bimensuel, mensuel, bimestriel, etc.). Il est soutenable de prétendre que le consommateur moyen, lorsqu'il veut acheter une publication donnée, l'individualise au moyen de son titre qu'il se rappelle en entier ou en partie, de manière complète ou abrégée, etc. (BURST n° 84; 21 153, 169, *Tribune de Genève*).

Il reste enfin à comparer *Annabelle* et *Annette* pour déterminer si risque de confusion il y a.⁷⁹ Ici, un juge procédera comme en matière de noms de montres, de médicaments ou de bonbons (dans ce sens 102 II 122, 126 : "Es verhält sich ähnlich wie z.B. bei den Zeichen «Lysol» und «Lysolats», «Alps» und «Alpina», «Acqua» und «Aquamatica», «Sihl» und «Silbond», die das Bundesgericht als verwechselbar erachtet hat (...)."). Le Tribunal fédéral a jugé qu'il y avait risque de confusion entre *Annabelle* et *Annette*, titres dérivés d'un prénom féminin commun éveillant l'impression de marques de série.⁸⁰

⁷⁹ Cf. aussi 87 II 40, *Quick/Blick* : le TF a jugé que 1) le public distingue immédiatement un magazine d'un journal d'après la présentation (impression, papier, pliage); 2) dans ce cas, le nom a peu d'importance; 3) même si *Quick* et *Blick* se ressemblent par leur effet auditif et visuel (dans les deux cas, titre inscrit en blanc sur fond rouge en haut à gauche de la première page), ils ont une signification, en allemand, qui permet aux consommateurs de les distinguer aisément; 4) une entreprise de médias ne donne en principe pas des appellations ayant le même effet auditif aux différentes publications qu'elle édite; 5) même si les acheteurs risquent de confondre les journaux dans certains cas (vente à la criée), ils s'apercevront tout de suite de leur méprise et pourront corriger leur erreur car *Quick* a l'aspect classique d'un magazine et *Blick* l'aspect classique d'un journal.

⁸⁰ Cf. aussi jugement du 04.12.92, LG München, in GRUR 1993 pp. 500-501 : risque de confusion entre une revue *Super Illu* et une émission musicale *Super 3*. Dans l'arrêt *Quick/Blick*, le TF a jugé qu'il n'est point usuel pour une entreprise de donner aux différentes publications qu'elle édite des appellations qui ont le même effet auditif (87 II 40, *Quick/Blick*). *Le Monde*, avec son graphisme particulier, se

64. Portée de l'arrêt *Annabelle/Annette*. Le risque de confusion entre deux titres de revues est déterminé d'après les mêmes critères et selon le même raisonnement que s'il y a danger de confusion entre deux conditionnements de bonbons ou deux étiquettes de bouteilles de vin (BURST n° 85; RIKLIN 629; 40 II 504, 507, *Bieler Tagblatt*; 21 153, 167, *Tribune de Genève*). Dans son arrêt, le Tribunal fédéral se base sur la jurisprudence qu'il a rendue dans des litiges où les produits ne provenaient pas du monde médiatique. Il ne fait d'ailleurs aucune allusion particulière au fait que le cas d'espèce traite de deux produits médiatiques. A aucun instant dans l'arrêt il est question de créer un statut spécial des gens et des produits de la presse, eu égard à la mission particulière d'information, de divertissement et de contrôle démocratique de la presse.

Le juge jauge le risque de confusion entre *Annabelle* et *Annette* ou entre *NIVEA* et *Jana* à la même aune. Il n'est pas non plus question d'introduire un traitement spécial pour déterminer ce danger de méprise du public : le lecteur moyen de journaux ou de revues n'est ni plus attentif, ni moins attentif en moyenne que le destinataire moyen de n'importe quel message imprimé. Le tribunal n'essaie pas, par la petite porte, de réintroduire l'idée d'une clientèle "à deux vitesses", comme ce fut le cas pour les acheteurs de montres qui avaient droit, dès qu'ils pensaient acheter un produit horloger, à un degré d'attention particulier supérieur à la moyenne des acheteurs moyens d'autres biens de consommation.⁸¹

65. Conclusion : l'application de l'art. 3 lit. d LCD aux médias se justifie pleinement. La démarche est la même, que le produit provienne d'une entreprise de médias ou non. Le titre d'un journal ou l'intitulé d'une émission peuvent aussi être protégés par le droit de la concurrence

retrouve dans *Le Monde de la musique*, *Le Monde Sélection hebdomadaire*, *Le Monde de l'éducation*, *Le Monde Dossiers et Documents*. *LE MONDE diplomatique* a lui un autre logo, mais fait partie de la même constellation. Est-ce qu'un concurrent peut s'introduire dans cette ligne en créant un magazine intitulé *Le Monde de la cuisine*, *Le Monde des parents*, etc. ? Tout dépend de la présentation générale de la publication et des mesures prises pour écarter tout risque de confusion (indication claire de la provenance).

⁸¹ Cf. note 58 et les arrêts cités.

déloyale, à côté du droit des marques ou du droit d'auteur. Un *risque de confusion* suffit. Point n'est besoin que titres ou émissions aient déjà suscité la méprise du public. C'est le *consommateur moyen non averti* qui sert de base ici aussi (64 II 109, 118, *Auflegemappen [Ringier]*; 40 II 504, 508, *Bieler Tagblatt*). Il s'agira, pour le juge, de se baser sur l'*impression d'ensemble* qui s'imprime dans la mémoire des lectrices ou des lecteurs moyens.⁸² C'est ainsi qu'il a été jugé que les titres *Révélation* et *Libération* risquent d'être confondus ou que l'utilisation du titre *France Routiers* constitue un acte de concurrence déloyal car il y a risque de confusion avec la publication *Les Routiers* (BURST n° 85 et les références citées).

Le risque de confusion entre deux présentations de journaux ou de magazines sera apprécié, comme dans le cas de cosmétiques ou de cigarettes, dans l'hypothèse où l'acheteur potentiel *n'a pas les deux produits litigieux en même temps sous les yeux*. Dans la comparaison de deux titres, l'effet auditif sera *plus important que l'effet visuel* comme c'est le cas dans les autres domaines.

Si la confusion peut *porter sur les marchandises* (87 II 40, *Quick/Blick*), elle peut aussi *porter sur l'entreprise en tant que telle*, en ce sens que deux titres dérivés d'un même prénom féminin peuvent éveiller l'impression de marques de série et, ainsi, faire croire au consommateur que les deux revues proviennent de la même maison d'édition ou que, même si elles proviennent de deux éditeurs différents, ceux-ci sont très étroitement liés (102 II 122, 126, *Annabelle/Annette*).

Toujours dans le même esprit, dans certains cas, l'imitation sera *licite*, notamment lorsqu'elle est *imposée par l'état de la technique* (format des journaux,⁸³ rotatives identiques, polychromie selon des gammes de couleur standardisées) ou lorsqu'elle porte sur des *éléments sans force distinctive* (dénominations, présentation, couleur du papier, maquettes, etc.; HG ZH in RSJ 1970 pp. 237-238, 237, *Zeitschrift «Kunststoffe-*

⁸² Cf. p. ex. jugement du 23.01.92, OLG Hamburg, in GRUR 1992 pp. 336-339, où le risque de confusion a été nié entre le titre *DER SPIEGEL* et *Sachsen Spiegel*. De même, il n'y a pas de risque de confusion, selon le TF, entre le titre *Bieler Tagblatt und Seeländerbote* et le titre *Seeländer Tagblatt* (40 II 504, *Bieler Tagblatt*).

⁸³ *Le Nouveau Quotidien*, *Le Matin* et le *Blick* ont le même format : 32,5 cm x 47,5 cm. *Le Journal de Genève* et le *Tages-Anzeiger* ont eux un format un peu plus petit : 32,5 cm x 46,5 cm.

Plastics»; 75 IV 21, 23, *Fachblatt für schweizerisches Anstaltswesen*; 40 II 504, 507, *Bieler Tagblatt*; 21 I 53, 170, *Tribune de Genève*).

De même, il est des hypothèses où les *circonstances aussi* font que la déloyauté doit être admise, lorsque, par exemple, un éditeur lance un titre dans un créneau précis en utilisant une étude de marché s'inspirant du succès du titre d'un concurrent (voir, pour un autre cas, 75 IV 21, 22, *Fachblatt für schweizerisches Anstaltswesen*). Enfin, certaines mesures peuvent voire doivent être *prises pour écarter ou diminuer le risque de confusion*. Même si deux titres sont identiques ou semblables, leur graphisme,⁸⁴ la grandeur des caractères,⁸⁵ le choix majuscule/minuscule,⁸⁶ la disposition des mots⁸⁷ ou la maquette dans son ensemble (couleurs de fond,⁸⁸ etc.) peuvent favoriser une différenciation à même d'écarter ou de

⁸⁴ Nous pensons spécialement au graphisme particulier des logos *Neue Zürcher Zeitung*, *Le Monde*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, *Tages-Anzeiger*, *Herald Tribune*.

⁸⁵ La hauteur des caractères du titre CASH est de 4,7 cm, celle de l'AGEFI est de 4,5 cm.

⁸⁶ Cf. *Le Matin*, *InfoMatin*, *Le Monde*, *La Regione Ticino*; en revanche : CASH, BILAN, L'AGEFI, THE WALL STREET JOURNAL, IL GIORNO; utilisant capitales et petites capitales : LE NOUVEAU QUOTIDIEN, L'EXPRESS, etc.; utilisant chiffres et lettres : *24Heures*, *24 Ore*, *30 MILLIONS D'AMIS*, *01 Informatique*, etc.; utilisant l'italique : *Gaucheβδο*, *Gazette* (Association suisse de l'industrie gazière).

⁸⁷ Sur une ligne : *Tages-Anzeiger*, *Neue Zürcher Zeitung*, *Le Monde*, *Le Nouveau Quotidien*. Logo centré : *Journal de Genève*, *Le Monde*, *IL GIORNO*, *Tages-Anzeiger*. Décentré à droite : *L'AGEFI*. Décentré à l'angle gauche : *Blick*, *Le Matin*. Pour une disposition originale, cf. jugement du 27.02.92 du Bundesgerichtshof in GRUR 1992 pp. 547-550, *Morgenpost*.

⁸⁸ *L'Heβδο* est écrit sur fond rouge, *Le Matin* sur fond orange, *L'Impartial* sur fond bleu, *Blick* sur fond rouge, *BusinessWeek* sur fond rouge, *Ça m'intéresse* sur fond rouge, *GEO* sur fond vert, *L'illustré* sur fond rouge. *Journal de Genève* est écrit en vert, *Tribune de Genève* en bleu, *CASH* en rouge, *La Regione Ticino* en rouge. *L'AGEFI* a l'apostrophe en rouge, *Le Nouveau Quotidien* la barre du Q en violet, *Le Matin* a un gros point noir sur le i, etc. Dans l'affaire *Quick/Blick* (87 II 40), les deux titres étaient inscrits en blanc sur fond rouge en haut à gauche de la première page. De même, *Newsweek* et *International BusinessWeek* sont écrits en blanc sur bande rouge. Seuls les caractères sont quelque peu différents par la forme.

diminuer le risque de confusion. On est alors en droit d'exiger qu'un concurrent prenne ces mesures qui apparaissent raisonnables et répondent au principe de proportionnalité.⁸⁹

⁸⁹ Nous pensons ici aux cas où un concurrent appellerait son journal *L'événement du mardi* alors que les lecteurs sont habitués à lire *L'événement du jeudi* et où un éditeur créerait un magazine VOILÀ alors qu'il y a déjà sur le marché un magazine VOICI. Quid juris si le concurrent édite *L'événement du dimanche* ? Le juge doit alors appliquer les principes élaborés plus haut aux produits des médias comme il le ferait pour deux tubes de pâtes dentifrices ou deux crèmes antirides.

APPENDICE AU TITRE II : Bibliographie et jurisprudence

Bibliographie :

a) sur l'importance de l'emballage et de la marque en général :

- AAKER David A., *Le management du capital marque*, Paris, Dalloz, 1994.
- CORDIN Laura, *Lacoste : la maille a la cote*, *Le Figaro*, 21.06.93, Suppl. Economie, p. 25.
- FAVRE Jean-Paul, *Richtige Farbe - Erfolgreiche Packung*, Zürich, ABC Verlag, 1969.
- GUISAN Isabelle, *Ovo, Sugus et Cenovis, ces produits qui typent la Suisse*, *Le Nouveau Quotidien*, 12.10.94, p. 3 (sur la Swatch, Caran d'Ache, Maggi, Bally, Lindt & Sprüngli, la fermeture à glissière Riri et le café HAG).
- GÜNTERT Andreas/MÜLLER Armin, *La Migros propose de plus en plus d'articles de marque sur ses étalages*, *Le Nouveau Quotidien*, 29.09.95, p. 19.
- JÄGGI Walter, *Alte Form, neuartige Material*, *Tages-Anzeiger*, 02.02.95, p. 29 (sur la bouteille de 2 litres de Coca-Cola).
- KNECHTLI Peter, *Des emballages intelligents dans les linéaires*, *Le Mois économique et financier (SBS)*, 4/94, pp. 9-11.
- LABÉ Yves-Marie, *A vos marques !*, *Le Monde Radio-Télévision*, 27.03.94, p. 29.
- LEY Anne-Marie / HILL Roland, *Coca-Cola, une bouteille pas comme les autres*, *Journal de Genève*, 02.06.95, p. 2.
- LEY Anne-Marie / HILL Roland, *Quand la publicité choque, ce n'est jamais innocemment*, *Journal de Genève*, 22.03.96, p. 22.
- NAEF Ruedi, *Eigenmarken als Margenverbesserer*, *Handel Heute* 3/1994 p. 17.
- SUMMERS Diane, *IBM sombre au hit-parade des marques*, *Le Nouveau Quotidien*, 12.07.94, p. 15 (le trio de tête est Coca-Cola, Marlboro et Nescafé).
- VOCK Remo, *PACK IT 95. Internationale Verpackungsmesse*, *NZZ*, 31.05.95, p. 77 et p. 79.
- ZURLINDEN Urs, *Le marché suisse de l'emballage*, *Le Mois économique et financier (SBS)*, 4/94, pp. 4-5.
- cf. aussi l'article dans *Wir Brückenbauer*, 19.10.94, p. 6 : *Neue Verpackungen im Strumpfwarensortiment. Modisches für die Beine*.

b) sur les problèmes juridiques en particulier :

- BAUD Jean-Pierre, *L'article 5 lit. c LCD et la copie servile de la forme d'un produit*, *RSJ* 1988 pp. 280-283.
- BAUMGARTNER Jacques, *Le risque de confusion en matière de marques*, Th. Lausanne 1970.
- BECCHIO Bruno, *Der kennzeichnungsrechtliche Schutz von Waren- und Verpackungsformen*, St. Gallen, Verlag Ostschweiz, 1971.
- BESSE François, *La répression pénale de la contrefaçon en droit suisse*, Th. Lausanne 1990.
- BRANDT Dominique, *La protection élargie de la marque de haute renommée au-delà des produits identiques ou similaires*, Genève, Droz, 1985.

- DAVID Lucas, *Die Gerichtspraxis zur sklavischen Nachahmung von Warenformen*, RSPIDA 1983 fasc. 2 pp. 9-23.
- DAVID Lucas, *Ausstattungsschutz*, Zürich, Schweizerische Kommission für die Lauterkeit in der Werbung, 1989.
- DAVID Lucas, *Ausstattungsrecht auf neuer Grundlage*, AJP 1992 pp. 1501-1509.
- DESSEMONTET François, *La présentation des marchandises*, in : *Mélanges Voyame*, Lausanne, Payot, 1989, pp. 73-85.
- GDLAZ Eric, *L'imitation servile des produits et de leur présentation : étude comparée des droits français, allemand, belge et suisse*, Genève, Droz, 1992.
- GUBLER Andreas, *Der Ausstattungsschutz nach UWG*, Bern, Stämpfli, 1991.
- HUBMANN Henrich, *Die sklavische Nachahmung*, GRUR 1975 pp. 230-236.
- KLIEMS Hubertus, *Relativer Ähnlichkeitsbegriff bei Waren / Dienstleistungen im neuen Markenrecht ?*, GRUR 1995 pp. 198-204.
- MEISSER J. David, *Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Widerspruchsverfahren*, RSPi 1994 pp. 167-178.
- MELLO Xavier de, *Marques et fonctionnement concurrentiel des marchés*, Gaz. Pal. 1992 pp. 799-803.
- MESSERLI Beat, *Unlauterer Wettbewerb durch systematische Annäherung an fremde Ausstattungen*, RSPi 1988 pp. 29-36.
- PFENNINGER Ernst, *Schutz und Standort der Ausstattung im schweizerischen gewerblichen Rechtsschutz*, Th. Zürich 1971.
- SACK Rolf, *Sonderschutz bekannter Marken*, GRUR 1995 pp. 81-98.
- SPÄTGENS Klaus, *Produktausstattung und ästhetisch wirkende Produktgestaltung : Möglichkeiten und Grenzen des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Schutzes vor Nachahmung gemäss § 1 UWG*, in : FS für Walter Oppenhoff, München, C. H. Beck, 1985, pp. 407-433.
- TRAUB Fritz, *Wettbewerbsrechtliche Nachahmungstatbestände und Klagebefugnis der Wettbewerber*, in : FS für K. Quack, Berlin, W. de Gruyter, 1991, pp. 119-137.
- TROLLER Patrick, *Zur Erheblichkeit der "post sale confusion" bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr von Ausstattungen nach Art. 3 lit. d UWG*, RSJ 1992 pp. 332-335.
- ULLMANN Eike, *Die Verwendung von Marke, Geschäftsbezeichnung und Firma im geschäftlichen Verkehr, insbesondere des Franchising*, NJW 1994 pp. 1255-1262.
- WIBMER Jeannette Karin, *Rechtsschutz von Produktausstattungen in Europa : eine vergleichende Untersuchung des deutschen, englischen, französischen, italienischen, schweizerischen, europäischen und internationalen Rechts*, Bern, Stämpfli, 1995.
- WILLI Christoph, *Schweizer Markenschutzrecht. Wirksamer Rechtsschutz von Warenform und Verpackung*, NZZ, 12.01.95, p. 23.
- ZIEGLER Alice Charlotte von, *Der Schutz der Warenausstattung in der Schweiz*, in : *Beiträge zu Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes*, Bern, Stämpfli, 1978, pp. 283-302.

Jurisprudence :

L'art. 3 lit. d LCD a plusieurs volets :

A) confusions entre des marques et des signes utilisés comme marques (116 II 614, *Gucci*; 111 II 508, *Jelmoli Reisen* (arrêt cantonal : HG AG in RSPI 1986 pp. 332-340; illustration in RSPI 1986 p. 334); 109 IV 145, *Rolux*; 97 II 78, *POND'S/RESPOND*; 96 II 243, *Blauer Bock*; 96 II 236, *Valvoline/Havoline*; 92 II 270, *Cosill/Syntosil*; 90 II 259, *Schwarzkopf*; 78 II 457, *Exactus/Exacta*; 58 II 167, *Urhell/Urquell*; 23 1748, *Levy*; HG ZH, *Cerberus* in RSPI 1994 pp. 308-309; HG BE, *CASADEI/CASSADEY* in RSPI 1994 pp. 71-73; TC FR, *BUD/BUDDY* in RFJ 1993 pp. 77-81; TC TI, *Chicco d'oro* in RSPI 1989 pp. 88-93; ATF, *MAXIM'S/MAXIM* in RSPI 1974 pp. 133-142; HG SG, *Neo-Color/Neocolor* in GVP 1965 n° 12; etc.).

B) confusions entre des raisons de commerce et des désignations commerciales (114 II 106, *CeBIT*; 109 II 483, *Computerland*; 109 II 338, *BBC/IPPC*; 107 II 356, *La San Marco*; 100 II 395, *AKAD*; 100 II 224, *Aussenhandel AG*; 98 II 67, *Standard Bank*; 98 II 57, *Commerz Bank*; 97 II 153, *Isola*; 95 II 568, *Adia Interim*; 93 II 256, *Teppich-Discount AG*; 93 II 40, *Helena Rubinsteini/Rubinina AG*; 91 II 17, *La Résidence SA*; 90 II 192, *Mondial/Mondia*; 88 II 371, *Leuba*; 85 II 323, *Gennheimer*; 79 II 182, *de Trey*; 40 II 601, *Schraubensfabrik*; 40 II 123, *Union horlogère/Alliance horlogère*; 37 II 535, *Zuckermühle*; 36 II 68, *Zementfabrik Liesberg*; ATF, *Chemosan* in RSPI 1956 pp. 199-202; OG ZH, *SWICA/SWISSCARE I* in RSPI 1995 pp. 139-148; HG BE, *BURDA* in RSPI 1994 pp. 87-88; HG SG, *Assura* in RSPI 1994 pp. 286-291; HG BE, *Steinbock* in RSPI 1994 pp. 81-86; TC VS, *Rustica* in RVJ 1993 pp. 196-201 (= RSPI 1994 pp. 281-285); HG ZH, *Prosoft/Profisofit* in ZR 1992 n° 38 (confirmé par l'ATF in RSPI 1994 pp. 53-58); OG AR, *Brockehus* in RSPI 1987 pp. 129-131 (= RSJ 1984 p. 132); OG ZG, *LIDO* in RSPI 1987 pp. 135-142; KG VS, *Hotel Romantica* in RSPI 1987 pp. 147-157; KG LU, *Fortuna* in LGVE 1986 I n° 48; KG LU, *Express-Glaserei* in LGVE 1986 I n° 14; HG SG, *Erba/Erbatex* in RSPI 1984 pp. 139-147; CJ GE, *Transcontainer* in SJ 1980 pp. 497-504; CJ GE, *Léonard Fashion* in SJ 1979 pp. 549-561; KG LU, *EPOCA* in LGVE 1976 I n° 281; OG TG, *CILAG-Chemie A.-G./HALAG-Chemie A.G.* in RSPI 1972 pp. 160-161; HG SG, *Bibliographisches Institut AG/VEB Bibliographisches Institut* in GVP 1971 n° 21; OG BL, *Salvis/Savis* in BJM 1968 p. 39; OG LU, *Flora-Tours* in RSJ 1958 pp. 290-291; HG ZH, *Gummi-Maag/Gummi Hug A.-G.* in ZR 1946 n° 104; HG ZH, *Kasp* in ZR 1946 n° 202; etc.).

C) confusions entre des présentations ou conditionnements. C'est ce dernier volet que nous examinerons.

a) Le seuil de déloyauté a été franchi dans les cas suivants, où le *risque de confusion* (*Verwechslungsgefahr*) entre des emballages ou des produits a été admis (art. 1^{er} al. 2 lit. d aLCD; art. 3 lit. d LCD; art. 10bis al. 3 ch. 1 CUP) :

D) Jurisprudence fédérale (risque de confusion admis) :

erreur possible sur la base de deux appellations d'entités opérant dans la bureautique et l'informatique, l'une s'intitulant "CeBIT" acronyme pour "Centrum der Büro- und Informationstechnik", l'autre s'intitulant "CeBIT AG" avec l'adjonction "Centrum für Büro- und Informationstechnik" (114 II 106);

imitation de rayonnages et d'étagères métalliques démontables identiques à d'infimes détails près, accompagnée de l'utilisation de photographies tirées du catalogue du concurrent (113 II 319; arrêt cantonal : Cour civ. NE du 02.02.87 in RJN 1987 pp. 69-74);

imitation servile de sept meubles *Le Corbusier* (style, nouveau design, tubulure en acier, etc.), accompagnée de l'utilisation, dans la publicité, des illustrations prises dans les prospectus du concurrent copié (113 II 190; illustration in RSPI 1988 p. 136 ou GRUR Int. 1988 p. 263);

l'imitation servile du *Rubik-Cube* est déloyale et porte à confusion car in casu l'aspect extérieur du produit (taille, construction, répartition des couleurs) possède une force distinctive et le concurrent dispose de nombreuses autres possibilités de présenter des marchandises de ce type (108 II 69);

imitation servile de la présentation d'un produit de Disch AG (*Choco Nuts*) par Denner (*Choco-Dragées*) : similitude extérieure des boîtes (103 II 211);

"Annette" et "Annabelle" éveillent l'impression de marques de série, alors que ces deux revues proviennent d'entreprises n'ayant aucun lien (*Ringier et Weltwoche-Verlag*), car l'élément principal des deux termes litigieux provient du même prénom de femme *Anna* (102 II 122);

les désignations *MEN'S CLUB* et *EDEN CLUB* pour des cosmétiques d'usage courant ne se distinguent pas suffisamment, car le mot *CLUB* est déterminant et les adjonctions *MEN'S* et *EDEN* n'ont pas une force distinctive au point d'écarter tout risque de confusion (96 II 400);

confusion entre des emballages de produits cosmétiques, accentuée par des marques voisines *Brisemarine* et *Blue marine* (93 II 260);

confusion entre deux étiquettes portant le signe *VAC* (93 II 50);

il y a risque de confusion si deux concurrents utilisent un rameau de genièvre sur leurs étiquettes pour du miel au vu de l'impression d'ensemble produite sur les acheteurs (90 IV 168 = BJP 1965 n° 64);

risque de confusion entre *Elin GmbH* et *ELIN-UNION Aktiengesellschaft für elektrische Industrie*, car la partie principale (*Hauptbestandteil*) est identique : *Elin* (90 II 315);

différence pas assez marquée entre des dessins imprimés sur des étoffes, résultant d'une imitation à l'aide de modèles commandés chez le concurrent (!) et donnant la même impression générale (90 II 51);

risque de confusion entre des appareils de chauffage électrique *Jura* et *Miotherm*, du fait de l'imitation de la forme extérieure du produit (88 IV 79);

les marques de stylos à bille *BIC* et *BIG-PEN* ne se distinguent pas suffisamment (87 II 35);

caleçons qui portent sur leur partie antérieure deux bandes cousues en forme de X avec une ouverture (fente) aménagée à droite et la marque *Cosy* inscrite sur une

petite bande bleue : si un concurrent vend des caleçons semblables, la seule différence étant l'absence de marque et des bandes en X plus étroites, il y a risque de confusion (84 II 579);

il y a risque de confusion avec des emballages de cigarettes *Gauloises* qui font croire que des cigarettes produites en Suisse proviennent de la Régie française du tabac (84 II 450);

la marque verbale *Compactus* (de Ingold) destinée à des installations pour archives, magasins et garages peut être confondue avec la marque verbale *Compact* (de Schindler) pour des escaliers roulants car il y a identité de l'effet auditif, exception faite de la finale *us*, de sorte que le public risque de les attribuer au même fabricant (84 II 314);

supports en résine de polystyrène incolore servant à disposer des fleurs coupées dans des vases ou des coupes (pique-fleurs), se distinguant seulement par des détails après un examen attentif (83 II 154);

l'existence d'un risque de confusion évitable doit être admise lorsque la marchandise d'un concurrent (engins de transport spéciaux "Expresso") peut être prise pour celle d'un autre à la suite de l'imitation du conditionnement ou de la désignation d'une marchandise (83 IV 198 = BJP 1958 n° 84);

les marques de montres *Dogma* et *Dog* ne présentent pas de différences suffisantes, d'autant plus qu'il convient d'apprécier le risque de confusion avec une rigueur particulière lorsqu'un concurrent se contente d'ajouter ou d'enlever quelques lettres au début ou à la fin de la marque d'un tiers (82 II 539);

pour des eaux minérales, la désignation *Schwarzenburger* ne se distingue pas suffisamment de la désignation *Weissenburger*, étant donné, en plus, que la conception générale des étiquettes est la même et que la combinaison des couleurs (rouge, orange et jaune) est semblable (82 II 346);

utilisation, comme titre de revue, des termes *Eisen und Metall*, qui sont les éléments principaux de la raison de commerce d'un concurrent faisant le commerce de fer et d'autres métaux (82 II 340);

risque de confusion entre *Ciné-Studio* et *ITA-Studio* (81 II 467);

induction du public en erreur avec les marques de bas nylon "Scandale" et "Sandal", tant du point de vue *auditif* (mesures des syllabes, sons, cadence, succession des voyelles sonores) que du point de vue *visuel* (longueur des mots, identité des lettres, choix minuscule/majuscule) (79 II 219);

si on considère l'effet d'ensemble (effet auditif et aspect graphique), les mots *Alucol* et *Aludrox* peuvent être facilement confondus, lorsqu'ils s'appliquent les deux à des produits de même genre, un remède contre l'hyperacidité stomacale (78 II 379);

si un fabricant vend un soleil d'altitude produisant des rayons UV et des rayons thermiques (lampe à bronzer) sous la désignation *Soliput* alors qu'un concurrent vend des appareils électriques de tous genres sous les marques *Solis* et *Lilliput*, la parenté est assez étroite pour que le public puisse croire que les marchandises sont fabriquées par le même concurrent (77 II 331);

lorsque deux entreprises font le commerce du papier, il y a risque de confusion entre les raisons de commerce *Silta* et *Sihl* utilisées dans l'en-tête, les prospectus et la publicité (77 II 321);

- il y a risque de confusion et concurrence déloyale au vu des circonstances du cas d'espèce lorsque le titre de revue *Fachblatt für schweizerisches Anstaltswesen* cohabite avec le titre *Fachblatt für schweizerische Heime und Anstalten* (75 IV 21 21);
- dans le cas où deux concurrents se consacrent dans la même localité à la même activité (fabrication d'installations de soudage autogène), les raisons de commerce *Autogen Endress A.G.* et *Müller-Endress M.* ne se distinguent pas suffisamment l'une de l'autre, eu égard aussi aux confusions commises par les clients, les fournisseurs et le personnel de la poste lors de la distribution du courrier (73 II 110);
- Mido* et *Smidor*, destinées à des montres et parties de montres en or, ne se distinguent pas suffisamment (73 II 57);
- confusion entre les enveloppes d'*Elco* et de *Goessler* à la suite de l'imitation du conditionnement (drapeau suisse sur l'emballage) à tel point que le consommateur ne sait plus de quel fabricant provient le produit qu'il tient (72 II 392);
- risque de confusion lorsqu'une société fabrique une boisson de déjeuner *somalt* sur l'emballage duquel figure la marque *Napro* et si un concurrent utilise la marque *Nago* pour des produits alimentaires et de consommation (72 II 183);
- confusion possible entre les marques *Figor* et *Cafidor* pour du café (70 II 188);
- marques combinées, verbales et figuratives, composées dans un cas du mot *Star* dominé par une étoile à 5 branches et dans l'autre cas du mot *Blaustern* surmonté d'une étoile à 6 branches et utilisées dans les deux cas pour des lames de rasoir à un seul tranchant (63 II 282);
- confusion entre des boîtes de pastilles due à la forme et à la présentation générale de l'emballage : couleurs, dimensions, système d'ouverture identique (61 II 381);
- risque de confusion patent entre les poudres à lessive *Persil* de Henkel et *Ohä* de Migros qui peut faire croire que les deux produits concurrents proviennent du même fabricant, car Migros a créé un produit similaire vendu dans un emballage semblable avec une étiquette imitant l'étiquette *Persil* (58 II 449);
- risque de confusion entre deux conditionnements pour une lotion destinée à combattre les pellicules et la chute des cheveux (*Brennessel-Petrol*), car la bouteille, rectangulaire dans les deux cas, et l'étiquette, ne contenant que des différences insignifiantes, sont à même de tromper le public acheteur (55 II 249);
- les marques *Coro* et *Hero*, pour des conserves de légumes et de fruits, ne se distinguent pas assez (52 II 159);
- risque de confusion entre deux emballages de cigares, dû à l'imitation de l'aspect figuratif (Helvétia) et à l'emploi de couleurs identiques (38 II 699);
- risque de confusion entre des emballages et des étiquettes de boîtes de conserve de fruits (37 II 164);
- risque de confusion entre *Vasogen* et *Vasapon* pour des préparations pharmaceutiques (27 II 620);
- confusion entre des plaques de chocolat «chocolat des ménages» (Philippe Suchard) et des plaques de chocolat «chocolat des amateurs du Léman» (Louis Chevrette), due à l'effort de rapprochement dans les motifs, la disposition des sigles, le texte et les couleurs (25 II 300);

risque de confusion entre des éléments de construction *Diplom* et *Lego* produisant la même impression d'ensemble du fait des couleurs utilisées (rouge et blanc) de l'emballage (cylindrique) et des dimensions identiques (ATF du 08.11.60 in RSPI 1961 pp. 71-79 = *Lego I*).

E) Jurisprudence cantonale (risque de confusion admis) :

risque de confusion entre des étiquettes de bouteilles de vin du fait de l'identité des textes et de la similitude des dessins (O du juge VS du 29.12.92 in RVJ 1992 pp. 398-407 = RSPI 1994 pp. 215-222);

équipées des mêmes atomiseurs et portant des étiquettes semblables brunes et vertes (représentations graphiques identiques et dénomination identique *BIO KILL*), les bouteilles contenant un insecticide ne se distinguent pas suffisamment (Ziv. Ger. BS du 03.12.90 in RSPI 1991 pp. 225-234);

pour des vins valaisans, risque de confusion entre des étiquettes portant dans un cas la mention *La Bannière*, dans l'autre la mention *Capitaine de la Bannière* (Décision du Juge VS du 13.07.87 in RVJ 1988 pp. 232-239 = RSPI 1991 pp. 102-108);

imitation de rayonnages et d'étagères métalliques démontables identiques à d'infimes détails près, accompagnée de l'utilisation de photographies tirées du catalogue du concurrent (Cour civ. NE du 02.02.87 in RJN 1987 pp. 69-74, confirmé par le TF in ATF 113 II 319);

des chaussures de sport avec quatre bandes transversales (*Vögele*) et avec trois bandes (*Adidas*) ne se distinguent pas suffisamment (HG SG du 09.06.77 in RSPI 1977 pp. 178-183);

risque de confusion entre les emballages des plaques de chocolat *Frigor* et *Rastor* du fait de l'importance du souvenir visuel qu'en a le consommateur moyen (KG ZG du 01.10.69 in RSPI 1972 pp. 125-132);

la mention *Swiss made* apposée sur des montres dont le mouvement a été entièrement fabriqué et monté à l'étranger (à l'exception de la pose du pont du barillet) est de nature à faire naître une confusion avec les montres effectivement fabriquées en Suisse et mises sur le marché par des concurrents (TC NE du 07.07.69 in RJN V I^{er} partie pp. 5-12);

risque de confusion entre le conditionnement des cigarettes *Caravelle* bleues ou jaunes et celui des cigarettes *Gauloises* bleues ou jaunes, car l'aspect général est à même d'induire le public en erreur (CJ GE du 01.10.63 in SJ 1965 pp. 51-60);

des bacs de lavage (*Kunststoffspülkasten*) qui ont même forme, même couleur et qui sont fabriqués à base de matériaux identiques donnent la même impression d'ensemble et créent *eodem facto* un risque de confusion (HG AG du 22.08.62 in AGVE 1963 pp. 28-39).

b) Le seuil de déloyauté n'a pas été franchi dans les cas suivants (pas de risque de confusion):

F) Jurisprudence fédérale (risque de confusion nié) :

produits de lessives *Radion* et *Radomat* suffisamment différents, exclusion aussi de la possibilité de les considérer comme provenant de la même ligne de produits d'un

- concurrent (*Serienprodukte desselben Herstellers*) malgré une campagne de publicité intense (119 II 473);
- différence suffisante entre la "Mercedes-Benz **Touring-Garantie**" et la "Touring-Hilfe", où tous les termes sont courants (*gemeinfreie Sachbezeichnung*) et la combinaison de ces termes courants n'est pas originale au point de leur donner une force de distinction particulière (117 II 199; arrêt cantonal : HG ZH du 04.09.90 in ZR 1990 n° 114);
- cosmétiques de marque *NIVEA* et de marque *Jana* : prévention de tout risque de confusion (malgré de nombreux aspects identiques ou semblables) par des indications claires de provenance, tel le fameux "M" de Migros (116 II 365; illustrations in RSP1 1991 pp. 245-246);
- différences nettes entre les têtes de lecture pour tourne-disques *Philips* et *Zafira*, d'où exclusion du risque de confusion fondé sur la forme et l'aspect des produits (113 II 77);
- l'aspect esthétique ne constitue pas un élément distinctif pour des poupées "arlequin", ce qui exclut en principe le risque de confusion (110 IV 102 = BJP 1986 n° 137);
- pastilles *Ipsò* (Suchard-Tobler) vendues dans des boîtes en plastique (48x48x16mm) pourvues sur deux côtés de saillies circulaires, sur deux autres d'anneaux coinçeurs et pouvant être assemblées avec des blocs *Lego*, mesures visant à écarter tout risque de confusion (108 II 327; illustration in RSP1 1984 p. 148 = *Lego* III);
- copie quasi-servile de la montre *Monsieur Pierre* de Van Cleef et Arpels S.A. (modèle qui ne faisait pas l'objet d'un dépôt valable !) : pas de risque de confusion, car les marques différentes sont clairement apposées sur les montres (*Van Cleef et Arpels* et *Sarcar*) et, pour choisir, "l'acheteur ne se fie pas à leur forme, mais essentiellement à leur marque" (105 II 297);
- pas de risque de confusion entre les boîtes aux lettres et boîtes à lait combinées de deux entreprises, du fait de certaines différences d'exécution (poignée, ouverture), des impératifs techniques et de la reprise d'éléments communs (95 II 470);
- absence de risque de confusion entre les cigarettes de maryland *Parisiennes* (F.J. Burrus) et *Stella* (S.A. Ed. Laurens-Le Khédive), malgré un emballage jaune à l'origine, puis rouge, blanc et or avec l'inscription SUPER dans les deux cas, le changement intervenant en 1958 pour le premier fabricant et en 1964 pour le second (95 II 461);
- Tobler Mint* et *Polar Menthe* se distinguent suffisamment, car chacun de ces produits laisse une impression d'ensemble différente (*ausreichende Verschiedenheit des Gesamteindrucks*) malgré des conditionnements semblables (95 II 191);
- présentation d'une machine à nettoyer les tripes conditionnée par sa structure technique, ce qui exclut un danger de confusion qui doit porter sur l'aspect d'une marchandise, sa forme extérieure, son conditionnement et non sur sa construction technique (93 II 272);
- lorsqu'un hebdomadaire illustré s'intitule *Quick* et qu'un journal quotidien avec des illustrations (!) est édité sous le nom de *Blick*, il n'y a pas de risque de confusion car la présentation est différente (impression, papier, pliage) et *Quick* et *Blick*, malgré la consonance, ont un sens différent en allemand (87 II 40);

- différence suffisante entre l'aspect *visuel et auditif* de deux marques d'anesthésiques locaux, le *Xylocaine* et le *Célécaïne*, malgré la même terminaison d'ailleurs recommandée par l'O.M.S. (84 II 441);
- si **Provins** utilise une marque mixte (verbale et figurative) avec la mention *trois plants* écrite en gros caractères et la Société vinicole de Perroy S.A. crée une étiquette où les mots *deux plants* sont mis en évidence, les étiquettes étant pour le reste complètement différentes, il n'y a pas de mesures destinées à faire naître une confusion dans l'esprit des acheteurs (84 II 221);
- marques de **montres** contiennent le signe de l'ancre, alors que tous les autres éléments sont nettement différents, notamment le nom, qui est une fois *F. Bachschmid* et l'autre fois *Spera* (83 II 216);
- si l'imitation du profil d'une **lame de rasoir Gillette** est liée à des exigences techniques, le risque de confusion est exclu lorsque le concurrent appose visiblement la marque *Helvetia* sur ses lames et ses emballages (73 II 194);
- les désignations *Louis Mauler, Prieuré St-Pierre* (où les mots Louis Mauler sont mis en évidence) et *Neuchâtel, Prieuré St-Pierre d'Auvernier* (où le mot Neuchâtel est mis en évidence) ne produisent pas sur les acheteurs une impression d'ensemble à même de provoquer une confusion avec les produits du concurrent (72 II 380);
- les skis *Splitekin* et *No-split* se distinguent suffisamment, même s'il s'agit, dans les deux cas, de skis bruns avec des bandes claires sur la face supérieure (70 II 110);
- la ressemblance des emballages des **cigares** de Taverney BRÉSILIENS et des cigarettes de Masson BRÉSILIENNES n'est pas de nature à créer un risque de confusion chez les marchands de détail et chez le public acheteur (63 II 160);
- pas de risque de confusion entre deux présentations de papier dit de **sécurité** (pour billet de banque, etc.), le produit s'appelant dans un cas *National Safety Paper*, dans l'autre cas *Papier Artof Sûreté* (55 II 59);
- pas de risque de confusion entre les titres de **journaux** *Bieler Tagblatt und Seeländerbote* et *Seeländer Tagblatt*, même si le public, dans la vie courante, utilise la dénomination abrégée *Tagblatt* pour désigner le *Bieler Tagblatt und Seeländerbote* (40 II 504);
- pas de risque de confusion entre les titres de **journaux** *Tribune de Genève* et *Tribune de Lausanne* car, à l'époque des faits (1893), l'examen des journaux en question montre qu'ils présentent entre eux des différences suffisantes pour écarter tout risque de confusion : disposition du titre différente, format différent, pliage différent; arrangement des matières pas identique (21 153);
- pas de risque de confusion entre les **montres Swatch** et une montre ne provenant pas de *Swatch*, ne portant pas la marque *Swatch* mais remise à l'occasion d'une réunion de collectionneurs de montres *Swatch* (ATF du 07.12.92 in RSPI 1994 pp. 360-361);
- pas de risque de confusion entre des éléments de **construction** *Diplom* et *Lego* malgré l'identité des dimensions, car l'emballage et les couleurs sont différents (ATF du 10.04.62 in RSPI 1962 pp. 157-162 = *Lego II*);
- pas de risque de confusion entre des **interrupteurs électriques** de *Brown Boveri* et de *Huber* malgré une présentation, une forme et des couleurs identiques, car le cercle

des acheteurs visés est constitué de spécialistes pour lesquels la petite plaquette indiquant la provenance suffit (ATF du 29.11.60 in RSPI 1961 pp. 167-169).

G) Jurisprudence cantonale (risque de confusion nié) :

- pas de risque de confusion entre la montre "molle" de Salvador Dali et la *Softwatch*, car l'apposition de marques sur le cadran et le fait que la montre de Dali est *molle* alors que la *Softwatch* est *rigide* excluent tout risque de confusion (O de la CJ GE du 04.06.93 in RSPI 1994 pp. 193-197 avec illustrations);
- pas de risque de confusion entre les appareils de jeux automatiques *Snapspot* et *Diabolo*, car les marques, bien distinctes, et l'apposition, bien visible, de la raison sociale des fabricants aident à écarter toute méprise du public (TC FR du 21.06.89 in ATC 1989 pp. 60-61; illustrations in RSPI 1991 pp. 243-244);
- pas de risque de confusion entre les deux-pièces *Chanel* et les costumes d'une entreprise de confection concurrente, car le costume *Chanel* "ist zu einem klassischen look geworden, den unzählige Hersteller auf der ganzen Welt seit Jahren verwenden." (HG ZH du 26.08.88 in RSJ 1989 pp. 193-194);
- aucun risque de confusion entre les pendules *Zénith* et les pendules *Le Castel*, même si leur apparence est très semblable, car "l'acheteur ne se fie pas à leur forme, mais essentiellement à leur marque." (Cour civ. NE du 11.04.83 in RJN 1983 pp. 73-77 = RSPI 1984 pp. 362-367; note de DUTOIT in RSPI 1984 p. 367);
- pas de risque de confusion entre les cigarettes *Chesterfield* et les cigares *Winchester* car énoncé, son, graphisme et emballage sont différents (Justizkommission LU du 19.06.75 in RSPI 1976 pp. 58-61);
- pas de risque de confusion entre deux présentations de revues spécialisées : le titre *Kunststoffe-Plastics* et le titre *Kunststoff in der Praxis* peuvent coexister du fait de leur manque total de force distinctive ("äusserst schwacher Titel") et de l'emploi de termes courants qui ne sauraient être monopolisés (HG ZH du 11.11.69 in RSJ 1970 pp. 237-238);
- pas de risque de confusion entre les emballages bleus des cigarettes *Gauloises Caporal* et bleu et blanc des cigarettes *Job*, car le bleu est nettement différent (CJ GE du 18.10.68 in RSPI 1969 pp. 82-89);
- pas de risque de confusion entre la présentation de containers (*Kehrichtsammelbehälter*) de deux concurrents, car la forme cubique et l'aspect global sont sans force distinctive et/ou imposés par la technique (HG ZH du 25.10.66 in ZR 1967 n° 32);
- pas de risque de confusion entre les filtres *Thesta* et les filtres *Melitta* (HG ZH du 05.05.64 in ZR 1965 n° 149);
- pas de concurrence déloyale lorsque la présentation du produit imité est rendue nécessaire par des impératifs techniques (lames de rasoir) et lorsque le concurrent prend toutes les mesures pour éviter des confusions entre ses produits et les produits *Gillette* (HG ZH du 07.09.45 in ZR 1947 n° 157);
- pas de risque de confusion en cas d'utilisation de numéros de catalogue (*Katalognummern*) d'un concurrent, car ces numéros, apposés sur des emballages, n'ont pas une force distinctive suffisante (HG ZH du 20.12.44 in ZR 1945 n° 1).

TITRE III : LE SEUIL DE DÉLOYAUTÉ DANS LES CAS DE DÉNIGREMENT (art. 3 lit. a LCD)

66. Notion de dénigrement. 67. Eléments constitutifs. Geschäftsschädlichkeit. Exemples. 68. Imprécision des termes de la loi. Frontière entre critique et dénigrement. 69. Objet du dénigrement. 70. Arrêt Bernina. Faits. 71. Enseignement de l'arrêt Bernina. Le journaliste a été plus malodroit que malhonnête. 72. Le journaliste est un tiers non concurrent qui peut influencer le jeu de la concurrence. 73. Arrêt Bernina. Condamnation pour allégation inexacte. 74. Problèmes d'application de la loi. Enjeu important. 75. Article de la SonntagsZeitung : "diktatorische Sortimentsskürzung". Toile de fond. 76. Sens de «diktatorisch». Dictionnaires. 77. Impression générale du lecteur moyen. 78. Association d'idées. 79. Situation du journaliste. Le terme «diktatorisch» n'est pas inutilement blessant. 80. Définition. Support. 81. Forme du dénigrement : écrit, image, son. 82. Amplification de la diffusion. 83. Dénigrement implicite. 84. Dénigrement par référence directe et indirecte. 85. L'auteur est un concurrent. 86. L'auteur peut être un concurrent direct ou indirect. 87. L'auteur est un scientifique. 88. Activité scientifique. Wettbewerbsrelevanz. 89. L'auteur est une organisation de consommateurs. 90. L'auteur est un journaliste. 91. Victime identifiée ou identifiable. 92. Énumération légale. Personne du concurrent. 93. Race. Religion. Nationalité. Opinions politiques. Honorabilité. 94. Compétence professionnelle. Qualifications. Personnel. Solvabilité. 95. Produits ou prestations d'un concurrent. 96. Circonstances. 97. Définition. 98. Critiques ou reproches infondés. 99. Mise en garde (Verwarnung). 100. Définition. Incomplète. Sous-entendu. 101. Point de vue du destinataire. 102. L'allégation est fallacieuse car fondée sur ce qui va de soi. 103. L'allégation est fallacieuse car incomplète. Arrêt Rossignol. 104. L'allégation est fallacieuse car elle produit un sous-entendu dénigrant. 105. Définition. 106. Importance du contexte et des circonstances. 107. Exemples. Absence de rapport avec des relations d'affaires (Wettbewerbsirrelevanz). 108. Rapports entre CPS et LCD. 109. Exagération dans le ton et/ou le contenu. Arrêt Denner/Bierkartell (112 II 268). 110. Utilisation des circonstances. 111. Prime à l'agressivité ? 112. Interprétation de la loi. 113. Dénigrement justifié. Riposte. Dénigrement défensif. 114. Bilon. Perspectives. Dénigrement. Distinction selon que l'auteur est concurrent ou non concurrent. Implication. 115. Médias et concurrence déloyale. Typologie. 116. Exemple 1 : émission de télévision. Kassensturz. 117. Comparaison des réponses et des honoraires des avocats. 118. Appréciation. Impact sur l'état de la concurrence. 119. Exemple 2 : articles de journaux. Titres et expressions. 120. La LCD de 1986 est-elle applicable aux médias ? 121. LCD de 1943 : un rapport de concurrence était nécessaire. 122. La LCD de 1943 et les tiers. MCF. 123. La LCD de 1943 et les tiers. Jurisprudence. 124. La LCD de 1943 et les médias. Application possible en théorie, très limitée en pratique. 125. Un rapport de concurrence n'est plus nécessaire. 126. L'application de la LCD de 1986 à des tiers non concurrents. 127. La LCD de 1986 et les médias. Extension considérable du

champ d'application. 128. Effets prévisibles et perniciox de l'application de la LCD aux médias. 129. Limitation de l'exercice de la libre critique. Autocensurc. 130. Pratique des plaideurs. L'état actuel n'est pas satisfaisant. 131. Conclusion : l'application de l'art. 3 lit. a LCD aux médias ne se justifie pas lorsqu'ils interviennent comme tiers non concurrents.

Chapitre I : Généralités

66. Notion de dénigrement. Dénigrer est un verbe emprunté au latin impérial *denigrare*, employé au sens propre de "noircir, teindre en noir" (cf. *niger*, "noir") et au sens figuré dans l'expression *denigrare famam*, "noircir la réputation de quelqu'un".⁹⁰ Le dénigrement (*Herabsetzung*) peut donc être défini comme le "propos tendant à jeter le discrédit sur la personne ou les produits ou services du concurrent" (BURST n° 106). Le dénigrement consiste à ébranler la position économique d'autrui.⁹¹ Le but visé est de détourner la clientèle du concurrent dénigré, en général au

⁹⁰ Cf. Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, Paris, 1992, article *dénigrer* (p. 576). Exemples de définitions pour *dénigrer* : "s'efforcer de noircir, de diminuer, de mépriser quelqu'un ou quelque chose en en disant du mal." (Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le Robert, Paris 1970); "attaquer la réputation, le talent de qqn; discréditer, décrier." (Le Petit Larousse illustré 1996); "if you denigrate someone or something, you criticize them unfairly because you believe that they are not as good or efficient as other people think they are." (Collins Cobuild English Language Dictionary, Londres, 1987).

⁹¹ • *Pour la doctrine* : "Unter *Herabsetzung* versteht man eine negative Einwirkung auf das Bild des Mitbewerbes, welche im Rahmen des Wettbewerbes als relevant anzusehen ist." (PEDRAZZINI 72). L'OMPI, dans son analyse de la situation mondiale actuelle de la concurrence déloyale (Genève, 1994), définit le dénigrement comme "fausse allégation sur un concurrent qui est susceptible de nuire à sa réputation commerciale." (p. 45). Voir aussi VOGT 143 et BAUMBACH/HEFERMEHL 505.

• *Pour la jurisprudence* : Jugement du 03.11.93 du Bezirksgericht (ZH) in RSJ 1994 pp. 178-184, 183 : "Im weiteren ist zu berücksichtigen, dass im französischen und im italienischen Gesetzestext von "dénigrer" bzw. "denigrare" die Rede ist. Beide Ausdrücke bedeuten ein missbräuliches Anschwärzen (...). Herabsetzen bedeutet bezüglich einer Person, diese anzuschwärzen, sie herabzusetzen, schlechtzumachen, in den Schmutz zu ziehen, sie zu verunglimpfen, sie geringschätzig zu behandeln, abschätzig über jemanden reden, jemanden herabwürdigen (...)."

profit de ses propres prestations ou services (PEDRAZZINI 73; STREULI-YOUSSEF I 16; BAUMBACH/HEFERMEHL 505; VOGT 17; 58 II 449, 460, *Persil*; 79 II 409, 414, *Lux*). Si une grande surface qualifie l'épicerie traditionnelle "d'attrape-nigaud", c'est surtout pour que madame Dupont fasse ses achats au supermarché plutôt qu'à la boulangerie du quartier.

67. Eléments constitutifs. *Geschäftsschädlichkeit*. Exemples. L'art. 3 lit. a LCD, qui définit les éléments constitutifs du dénigrement, correspond dans une très large mesure à l'art. 1^{er} al. 2 lit. a aLCD (STREULI-YOUSSEF I 15 et spéc. la note 4). Y a simplement été ajoutée l'expression "ses prix" pour éviter tout malentendu interprétatif.⁹² L'art. 3 lit a LCD a donc la teneur suivante : "Agit de façon déloyale celui qui dénigre autrui, ses marchandises, ses oeuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes."

D'ailleurs, l'art. 10bis al. 3 ch. 2 de la Convention de l'Union de Paris oblige les Etats membres à interdire "les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent."

Le dénigrement exige que l'allégation inexacte en question porte préjudice à un intervenant économique (STREULI-YOUSSEF I 17 : "Massgebliches Wertungskriterium ist die Geschäftsschädlichkeit einer Aussage."). Ce qui donne à l'art. 3 lit. a LCD un impact redoutable. Ainsi, si tous les éléments constitutifs de l'infraction sont réalisés et si l'allégation est *geschäftsschädigend*, un critique d'art, musical ou littéraire peut tomber sous le coup de l'art 3 lit. a LCD, car un artiste, un musicien ou un écrivain pourrait porter plainte en arguant du fait qu'il est

⁹² Cf. MCF du 18 mai 1983, FF 1983 II 1037, 1095 et les débats au Conseil national (BO CN 1985 p. 824) : "Schon nach dem bisherigen Recht sind aber die Preise von der gerichtlichen Praxis mitefassen worden. Die Erwähnung der Preise bringt also gegenüber der Praxis nichts Neues; sie wird aber zur Klärung im Gesetzestext selbst eingefügt." (rapporteur *Lüchinger*); "L'adjonction de l'expression "ses prix" a été apportée dans un souci d'analogie avec la lettre b du même article, afin d'éviter le danger d'une interprétation divergente qui ne serait pas à exclure si les prix étaient mentionnés spécialement dans un texte constitutif et pas dans un autre." (rapporteur *Gianfranco Cottì*).

désavantagé par rapport à ses concurrents suite à la critique, qu'il subit un dommage (il vend moins, il conclut moins de contrats, etc.) et que, de ce fait, la concurrence est faussée, donc déloyale. Idem pour une société financière (*Moody's*, *Standard and Poor's*) qui octroie un rating sur la base d'évaluations financières.⁹³ Quand on sait l'importance économique en termes d'avantages sur la concurrence que représente une notation "triple A", il saute aux yeux que des distorsions dans les conditions de concurrence ne sont pas exclues.⁹⁴ La concurrence peut aussi être influencée de ce fait.

Il en va de même d'une critique à l'égard d'un *médecin* ("il rate toutes ses opérations"),⁹⁵ d'un *architecte* ("il ne construit que des verrues"), d'un *vétérinaire* ("il ne sait pas soigner un animal"), d'une *maison d'édition* ("elle n'édite que des bêtises"), d'un *studio de production* ("il ne produit que des navets"), de l'*organisateur d'une manifestation* ("l'organisation laisse à désirer"),⁹⁶ d'un *avocat* ("il n'a pas étudié le dossier"), d'un *scientifique* ("ses recherches sont farfelues et inexactes"), d'un *professeur*

⁹³ *Moody's* a ainsi annoncé le 24.03.95 qu'elle plaçait sous surveillance avec implication négative Alcatel en raison de "l'affaiblissement potentiel de la position d'Alcatel vis-à-vis de ses grands clients, principalement dans un contexte d'accélération de la privatisation et de la libéralisation sur les marchés français et allemands, ainsi que sur d'autres marchés qui vont s'ouvrir à un nombre croissant de concurrents." Cf. *L'AGEFI*, 27.03.95, p. 21.

⁹⁴ Le "triple A" (meilleure notation financière) permet entre autres à une banque de se financer à meilleur compte et lui offre un avantage concurrentiel notable sur certains marchés (p. ex. les dérivés). Le rating n'est du reste pas à l'abri de remise en question par les analystes financiers. Cf. Jean-Luc LEDERREY, *L'UBS perdrait son rating sous la coupe de M. Ebner*, *Journal de Genève*, 19.11.94, p. 11.

⁹⁵ Le mensuel économique *Bilanz* a accusé dans son édition de décembre 1993 le chirurgien Peter Meyer-Fürst "d'avoir raté de nombreuses opérations". Le médecin a demandé au juge d'interdire la diffusion de cet article. Et il a obtenu gain de cause.

⁹⁶ Cf. l'interview de Christian Savioz, le président de la fédération internationale de snowboard (ISF), au sujet du CIO, in *Tages-Anzeiger*, 04.03.95, p. 49 : "Dem IOK fehlt das Know-how". Sur la critique d'une décision d'un jury, voir l'affaire *offener Kunstpreis* in GRUR 1993 pp. 686-688 (allégations : "künstlerfeindlich", "in keiner Weise dem entsprechend, wie in der Bundesrepublik Deutschland üblicherweise seriöse Kunstweltbewerbe ausgelobt werden", "sittenwidrig, um nicht zu sagen unsittlich, Künstler über den Tisch ziehend und skandalös").

("son enseignement est dépassé et sans valeur"), d'un *journaliste* ("il n'écrit que des mensonges"),⁹⁷ d'un *banquier* ("il travaille dans les multinationales du crime"), d'un *entrepreneur* ("il ne respecte jamais ses engagements"), d'un *restaurateur* ("on mange mal, le service est lent et la nourriture pas fraîche"),⁹⁸ etc.

Il y a réalisation des éléments constitutifs du dénigrement tel qu'il est défini actuellement par la loi dans ces différentes situations car dans chaque cas il y a une influence sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients (DUTOIT 300 : "la nouvelle loi soumet les tiers dans la concurrence à certains risques, dès l'instant qu'ils usent de l'arme de la critique.").

68. Imprécision des termes de la loi. Frontière entre critique et dénigrement. Ainsi, au sens de l'art. 3 lit. a LCD, le dénigrement ("dénigre", "herabsetzt", "denigra") peut résulter d'*allégations inexactes* (unrichtige Äusserung, affermazioni inesatte), d'*allégations fallacieuses* (irreführende Äusserung, affermazioni fallaci) ou d'*allégations inutilement blessantes* (unnötig verletzende Äusserung, affermazioni inutilmente lesive).

Il va de soi, dès le premier examen, que le seuil de déloyauté est peut-être encore plus difficile à tracer ici que lors de l'examen du risque de confusion entre des emballages de produits.⁹⁹ Qu'est-ce qu'une allégation

⁹⁷ Voir l'interview de Werner K. Rey dans *Le Nouveau Quotidien*, 03.09.92, p. 10 où il déclare: "L'article de Hansjörg Abt dans la *Neue Zürcher Zeitung* n'était qu'un mensonge."

⁹⁸ Nous pensons ici à des journalistes comme Jean-Pierre COFFE, auteur d'un guide gourmand, qui visite, dans 105 villes, 3'000 commerçants, 250 halles et marchés et 200 grandes surfaces, qui donne des bons points aux recommandables, aux excellents, aux remarquables et qui passe à la moulinette les désastreux !

⁹⁹ Dans le même sens : BURST n° 107 : "la frontière entre la libre critique, qui est un droit, et le dénigrement, qui est une faute, n'est pas toujours aisée à tracer." PEDRAZZINI 73 : "Die Grenze zwischen (unlauterer) Herabsetzung und (grundsätzlich erlaubter) Kritik ist fließend." Sur les conséquences en matière pénale de l'imprécision de la frontière dénigrement/critique et les problèmes subséquents avec le principe de la légalité, voir RIKLIN 277 : "Die strafrechtlichen UWG-Normen widersprechen dem Legalitätsprinzip." et Franz RIKLIN, *Strafrechtliche Aspekte der Anwendung des neuen UWG auf Medienschaffende*,

inutilement blessante ? Le petit Larousse illustré donne au juriste vacillant deux béquilles bienvenues, mais insuffisantes : *blessant* signifie *offensant, injurieux* et *inutilement* veut dire *de façon inutile*, ce dernier terme étant défini comme *qui ne sert à rien* ! Peut-il du reste y avoir *a contrario* une allégation utilement blessante ? Comment le juge doit-il apprécier l'*exactitude* ou l'*inexactitude* d'une affirmation ?¹⁰⁰ Est-ce l'*exactitude* objective ou subjective ? L'*exactitude* est-elle absolue ou relative ? Où faut-il placer la barre ?

Quels sont les critères permettant de déterminer si une allégation est *fallacieuse* ? Là aussi, l'éclairage du petit Larousse illustré suffit-il au juriste ? Est *fallacieux* ce qui est *trompeur, spécieux*. Où se situe la frontière entre le dénigrement (en principe interdit) et la critique (en principe autorisée) ? Quelle est la situation du journaliste, qui passe son temps à émettre des jugements de valeur sur bon nombre de phénomènes à connotation plus ou moins économique, dans cet océan de liberté de presse où flottent par-ci par-là des icebergs ayant pour nom LCD ou CPS ? En d'autres termes, le journaliste peut-il encore écrire, sans violer l'art. 3 lit. a LCD ou les art. 173 et suivants CPS, que l'entreprise X va mal car le dernier produit qu'elle a lancé dans le pays Y a connu un échec retentissant qu'aurait pu prévoir n'importe quel dirigeant capable ? La réponse à cette question dépend en grande partie de la définition du dénigrement. Lorsque je dis que le magazine X me fait penser à ces "revues qu'on tient d'une seule main", le premier problème réside déjà

PJA 1993 pp. 620-625, 622 : "In all diesen Fällen sind somit zahlreiche Formen möglicher Unfairness denkbar, bei denen sehr offen sein kann, ob die Strafbarkeitsgrenze überschritten wurde, (...); 117 IV 193, 198, *Bernina* : "Unlauter im Sinne von Art. 3 lit. a UWG ist nur die Herabsetzung eines anderen durch unrichtige, irreführende und unnötig verletzende Äusserungen. (...) Zwar mag die Abgrenzung zwischen lauterem und unlauterem Verhalten im Einzelfall schwierig sein."; Jugement du Handelsgericht (BE) du 21.09.94 (N° 8162) : "Die Schranken sachgerecht zu setzen, bleibt zu einem wesentlichen Teil in die richterliche Verantwortung bei der Beurteilung des Einzelfalls gestellt." (p. 7).

¹⁰⁰ Sur ce casse-tête, voir Luigi Pirandello, *Théâtre I : Chacun sa vérité*, Paris, Gallimard, 1950, p. 105 : "(...) la vérité, il n'y a aucun doute, elle est d'un côté ou de l'autre !" Ce qui est considéré comme encore faux aujourd'hui peut être reconnu comme enfin vrai demain : Galilée en est une preuve historique (*E pur, si muove !*). Le TF, lui, adopte une formule en trois temps : "(...), dass der wissenschaftliche Wahrheitsgehalt einer Behauptung nicht immer leicht zu ermitteln ist, da in diesem Erkenntnisbereich oftmals heute als wahr gilt, was morgen bereits überholt und übermorgen wiederum wahr ist." (120 II 76, 81, *four à micro-ondes*).

dans la détermination du signifié, vu que le signifiant peut cacher des sous-entendus peu élogieux.

69. Objet du dénigrement. Il est possible de nuire à la réputation commerciale d'un concurrent par des déclarations sur l'*entreprise* ou ses *produits*,¹⁰¹ ses *prix*, son *personnel*, sa *solvabilité*,¹⁰² ses *qualifications*, etc. Le dénigrement peut aussi porter sur la *personne* même du concurrent, sa *race*, sa *nationalité*,¹⁰³ sa *religion*¹⁰⁴ ou ses *opinions politiques*. Le spectre est donc très large, même si l'art. 3 lit. a LCD ne cite que la *personne* ("autrui"), les *marchandises*, les *oeuvres*, les

¹⁰¹ Cf. Jugement du 21.09.94 du Handelsgericht (BE), non publié, sur l'émission *Kassensturz* du 20.04.93 présentant le médicament *Contra-Schmerz* comme un analgésique provoquant une dépendance pernicieuse due entre autres à la caféine. Les milieux spécialisés sont du reste divisés (jugement cité, p. 4 : "Die Gegner wenden ein, dass Kombinationspräparate (vor allem wenn sie Koffein enthalten) die Schmerzmittelabhängigkeit fördern, während die Befürworter u.a. auf eine Verstärkung des analgetischen Effekts hinweisen. Das klägerische Präparat "Contra-Schmerz" gehört zu diesen Kombinationspräparaten.") Le *Contra-Schmerz* était le seul médicament présenté, alors que tous les médicaments de sa catégorie sont identiques, ni meilleurs, ni pires ! Il en ressort rabaisé, tel le "mauvais médicament à ne surtout pas prendre", alors que les produits concurrents bénéficient eux du fait qu'ils ne sont pas mis au pilori : "Damit beim Fernseh Zuschauer nicht die Vorstellung eines falschen Sachverhalts geweckt wird, ist im Einzelfall wohl eine namentliche Erwähnung gleichartiger Produkte erforderlich, weil sonst der Betroffene in seiner Sündenbockstellung eine unverhältnismässige negative Auswirkung auf dem Markt zu spüren bekommt." (jugement cité, p. 8).

¹⁰² Cf. 115 III 81, 88, *U. AG : extrait du registre des poursuites*; 115 III 18, 23, X. : *abus de droit en cas de poursuite aux seules fins de tourmenter le poursuivi*; 74 IV 115, "n'avait pas le sou"; ZR 1989 n° 33, *Liste über säumige Zahler*; PEDRAZZINI 76 : "Unnötig verletzend ist auch die Veröffentlichung von Schuldnerbüchern (...)."

¹⁰³ Cf. 58 II 449, 452, *Persil*, où la firme Henkel, fabricant de Persil, est traitée, en 1931 (!), de "grosskapitalistisches ausländisches Unternehmen, das seine Machtstellung unbedingt und masslos ausnütze."; RJB 1935 p. 287, *ausländische Artikel*.

¹⁰⁴ Cf. ZR 1944 n° 217, *jüdische Firma*.

prestations, les prix et les affaires (énumération exemplative, PEDRAZZINI 74).

La distinction est du reste parfois difficile à faire et certaines affaires montrent que le cumul est possible : ainsi, lors d'une polémique de presse opposant la Société coopérative suisse de consommation à *Gottlieb Duttweiler*, ce dernier apparaissait par la force des choses comme chef de parti (Alliance des Indépendants), chef d'entreprise (Migros) et éditeur de journal (*l'Alliance*) : le journal *l'Alliance*, organe du parti et de Migros, était aux yeux du public le journal de Duttweiler : la confusion était totale (SJ 1946 pp. 228-237, *Duttweiler*). Il en va de même de *Christoph Blocher*, à la fois homme politique et homme d'affaires : une critique portée sur l'homme d'affaires et son entreprise (Ems-Chemie) peut avoir des conséquences pour l'homme politique, montrant par exemple la cassure entre discours politique et management économique ("faites comme je dis, pas comme je fais").¹⁰⁵ Idem pour *David de Pury* qui, en tant que co-président d'Asea Brown Boveri (ABB), descend souvent dans l'arène pour défendre des idées politiques.¹⁰⁶ Ces cas montrent que les catégories de l'art. 3 lit. a LCD ont valeur d'exemple et peuvent se chevaucher (p. ex. personne et marchandises, etc.; PEDRAZZINI 74; BAUMBACH/HEFERMEHL 507; VOGT 74).

¹⁰⁵ Exemple typique : La firme *Patvag* fabrique des capsules d'allumage pour airbag (*Airbagszündkapseln*). Cette entreprise appartient au groupe *Ems-Chemie*. Ce qui permet à Victor BREU, dans le *Tages-Anzeiger* du 24.05.95 (p. 36), de titrer : *Ems zündet den Airbag. «Blocher»-Produkt in fast allen europäischen Automodellen*. La légende de la photo est : *Blochers Airbag-Zünder soll bald auch die USA und Korea erobern*. L'amalgame est complet.

¹⁰⁶ Un cas encore plus complexe était fourni à l'époque par Hans W. Kopp, à la fois avocat, homme d'affaires et époux de la Conseillère fédérale *Elisabeth Kopp*. Lorsque le *Tages-Anzeiger*, en novembre 1988, a fait paraître des articles et une caricature de Hans W. Kopp, soupçonné de blanchissage d'argent sale; à quel titre celui-ci est-il attaqué ? Comme avocat, comme administrateur de société ou comme conjoint d'une femme politique ? Cf. Markus FELBER, *Hans W. Kopp gegen den Tages-Anzeiger, Differenzierte Erwägungen zu Persönlichkeitsrecht und Informationsfreiheit*, NZZ, 22.07.94, p. 47 (Arrêt 5C.249/1992 du 17.05.94). Voir aussi Jean ZIEGLER, *La Suisse lave plus blanc*, Paris, Seuil, 1990 et le chapitre *La chute de la maison Kopp* (pp. 30-58) où Hans W. Kopp est traité de "vautour" (pp. 41-42 e.a.).

70. Arrêt *Bernina*. Faits. Dans l'affaire *Bernina* (117 IV 193), un journaliste avait écrit un article dans la *Bodensee-Zeitung* du 19.10.88 au sujet de la fabrique de machines à coudre Bernina.¹⁰⁷ L'article a pour titre "*Bernina hinkt nähtechnisch hinterher*" et est annoncé en première page par les termes "*Bernina nähtechnisch im Rückstand.*" Suit un entretien avec un expert en machines à coudre, travaillant en parallèle comme représentant de marques concurrentes (comme par hasard !), Pfaff et Elna. Les assertions litigieuses, outre les deux titres susmentionnés, sont les suivantes : l'article est introduit par la phrase : "*Die Nähmaschinenfabrik am Untersee hinkt nähtechnisch offensichtlich seit bald 20 Jahren hinterher.*" Suivent les déclarations de "l'expert" (reproduites in 117 IV 193, 194) parmi lesquelles on peut lire : "*Da Pfaff und Elna etwas bessere Maschinen haben, konnten sie ihren Marktanteil ein wenig steigern.*"; "*Bernina war vor 20 Jahren mit dem Modell 730 an der Spitze. Seit 1961 aber sind Pfaff und Elna immer eine Nasenspitze voraus.*"; "*Die neuen Bernina-Modelle sind bei ihrem Erscheinen auf dem Markt schon wieder überholt.*"

Le journaliste fut condamné à une amende de 800 francs en application de l'art. 3 lit. a LCD et de l'art. 23 LCD. L'expert, lui, fut libéré en première instance (Bezirksgericht Arbon) et ce jugement n'a pas été attaqué (117 IV 193, 195). Ce qui peut paraître discutable, car, finalement, ce sont ses propos qui sont contraires à la LCD : il est le représentant officiel d'Elna et de Pfaff et, même s'il n'a pas l'intention de dénigrer, il nous semble qu'il a pour le moins influé par dol éventuel

¹⁰⁷ Extraits du jugement de l'Obergericht (TG) in Plädoyer 6/1990 pp. 65-67. L'ATF est aussi reproduit in GRUR Int. 1992 pp. 68-70.

Sur l'arrêt *Bernina* (117 IV 193) : DUTOIT 299-301; STREULI-YOUSSEF 116; PEDRAZZINI 78 et 237-238; PEDRAZZINI, *Bonne foi*, 187; RIKLIN 272-274; Richard BAUR, *UWG und Wirtschaftsberichterstattung - Vorschläge zur Reduktion des Haftungsrisikos*, Zürich, Schulthess, 1995, pp. 8-10, 54-55; Franz RIKLIN, *Strafrechtliche Aspekte der Anwendung des neuen UWG auf Medienschaffende*, PJA 1993 pp. 620-625, 621; Ernst ZELLER, *Urteil des schweizerischen Bundesgerichts (Kassationshof) vom 18. März 1991 : S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau ("Bernina"-Entscheid; BGE 117 IV 193)*, RSDA 1993 pp. 19-26.

d'une manière contraire aux règles de la bonne foi sur les rapports entre concurrents ou entre concurrents et clients.¹⁰⁸

71. Enseignement de l'arrêt *Bernina*. Le journaliste a été plus maladroit que malhonnête. Quels sont les enseignements de l'arrêt *Bernina* ? Le journaliste a fondé en l'espèce ses recherches uniquement sur l'opinion d'un représentant de firmes concurrentes de l'entreprise *Bernina*, ce qui n'est pas, à l'évidence, la meilleure garantie d'impartialité ! On n'interroge pas le porte-parole de VW-Audi pour savoir si BMW a des problèmes ! Il devait ou aurait dû se rendre compte que l'entretien pouvait contenir certaines "pointes", certaines critiques avec des arrière-pensées : business is business. Il suffit de penser ici à la phrase : "*Da Pfaff und Elna etwas bessere Maschinen haben, (...)*" Et c'est ici que les problèmes surgissent : sommes-nous dans l'hypothèse de la critique saine, vivifiante quoique caustique ("kritische Berichterstattung", 117 IV 193, 198) ou dans l'hypothèse du dénigrement caractérisé par des critiques acerbes et systématiques ayant pour but de discréditer un concurrent ?

Selon le Tribunal fédéral, le journaliste remplit les conditions

¹⁰⁸ On lira avec amusement les tournures utilisées par Andy BANTEL dans son article *Bernina sitzt auf Nadeln* paru dans *Cash* (23.06.95, p. 17) : "Der Nähmaschinenhersteller lebt seit 15 Jahren von der Substanz." "Der Nähmaschinenhersteller Bernina steckt in der Bredouille." Phrases auxquelles le journaliste ajoute cependant plusieurs comparaisons avec *Raichle*, en totale déconfiture : "Auch bei Raichle stagniert der Markt seit Jahren, auch bei Raichle standen die Gebäude (...) zu einem stolzen Wert in den Büchern, und letztlich war auch Raichle seit Jahren nicht mehr profitabel." "Wie bei Raichle läuft der Bernina-Vertrieb über eigene Tochtergesellschaften." Mais il n'est pas fait allusion à des manquements dans la comptabilité, à des directeurs incompetents, à des erreurs grossières de gestion. Le plus beau demeure l'informulé ! Cf. le journaliste Stefan HOTZ, traîné devant les tribunaux parce qu'il avait écrit des articles "critiques" dans la *Basler Zeitung* et la *Berner Zeitung* sur le *Verein zur Förderung der Psychologischen Menschenkenntnis* (VPM). Les deux phrases litigieuses étaient : "Verschleiert wird dadurch die Ideologie, wobei aus den Schriften ein eigentlicher Anspruch des VPM auf die absolute Wahrheit hervortritt" et "Fast unglaublich ist die Heftigkeit und Gehässigkeit, mit welcher der VPM selbst auf sachliche Kritik reagiert." Le journaliste, acquitté en première instance, a vu ce jugement confirmé par l'Obergericht (ZH). Cf. *NZZ*, 01.02.95, p. 51, *Journalistische Kritik am VPM erlaubt*. Cette association a aussi attaqué en vain la SSR (119 Ib 166).

objectives et subjectives de l'art. 3 lit. a LCD par rapport au moins à une affirmation contenue dans l'article incriminé et interprétée comme elle le serait par un lecteur moyen sans parti pris ("unbefangener Durchschnittsleser", 117 IV 193, 198). Il doit donc être puni. Il a influé sur les rapports entre concurrents (Bernina, Elna, Pfaff) et a entravé "de manière inadmissible la position commerciale de celui qui est attaqué ou les relations de concurrence." (MCF du 18.05.83 in FF 1983 II 1037, 1095; DUTOIT 300). Autrement dit, et dans une perspective économique, la probabilité est non nulle que l'acheteur potentiel ayant lu cet article ait l'intention d'acquérir *Elna* ou *Pfaff* plutôt que *Bernina*.

72. Le journaliste est un tiers non concurrent qui peut influencer le jeu de la concurrence. Il va de soi qu'un tiers non concurrent, un journaliste par exemple, peut intervenir dans le débat économique et influencer le jeu normal de la concurrence, sans être lui-même un concurrent (il ne vend pas de machines à coudre)¹⁰⁹ et sans tirer nécessairement un bénéfice direct de son comportement (attention aux bénéfices indirects !).¹¹⁰ Le dénigrement peut être commis par des personnes, des organisations ou des associations qui ne sont pas elles-mêmes des concurrents (p. ex. presse écrite; reportage à la radio; émissions de télévision *A bon entendeur, 10 vor 10* ou *Kassensturz*; instituts de sondage ou d'études socio-économiques, Fédération romande des consommatrices (FRC), etc.).

¹⁰⁹ Migros, qui édite *Construire*, vend des machines à coudre *Miostar* ! Il s'agit donc d'être attentif.

¹¹⁰ Pour le problème des cadeaux aux journalistes, il suffit de penser au procès du mariage équivoque de l'argent, de la politique, de l'économie et de la TV : Patrick Poivre d'Arvor, Michel Noir et Pierre Bonon devant le Tribunal correctionnel de Lyon le 13.02.95. On reproche à PPDA d'avoir bénéficié de "largesses" et de "marques de sympathie" de la part d'hommes d'affaires et de politiciens. Le bénéfice, quoique coquet, semble bien indirect in casu, puisqu'il faut construire la chaîne PPDA - présentateur vedette de la chaîne privée TF1 - propriété du groupe Bouygues - qui a des intérêts colossaux à défendre dans des chantiers à Lyon - Michel Noir, député-maire de Lyon et Pierre Botton, gendre de Michel Noir. La boucle est bouclée. Voir Alain ROLLAT, *PPDA, Michel Noir et Pierre Botton devant le Tribunal correctionnel de Lyon, Journal de Genève*, 13.02.95, p. 3.

Un acte de concurrence déloyale peut donc résulter d'un reportage dans les médias (*unlauterer Wettbewerb durch Berichterstattung in den Medien*), d'un test comparatif de marchandises ou services, d'une étude scientifique ou d'un classement de prestataires de services.¹¹¹ Si un journaliste se fait le porte-parole de concurrents pour dénigrer une entreprise donnée, ce n'est pas le meilleur exemple d'éthique journalistique qui puisse exister.¹¹²

73. Arrêt *Bernina*. Condamnation pour allégation inexacte. Quant à la qualification d'exacte, le Tribunal fédéral n'a pas retenu "d'allégations inutilement blessantes", contrairement à l'avis de l'instance inférieure (117 IV 193, 200 et 202: "Der inkriminierte Zeitungsartikel enthält entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine im Sinne von Art. 3 lit. a UWG unnötig verletzenden Äusserungen.") Seule l'affirmation "*Die neuen Bernina-Modelle sind bei ihrem Erscheinen auf dem Markt schon wieder überholt*" est aux yeux de la Haute Cour une "allégation inexacte"

¹¹¹ Nous pensons à ces classements du type *les dix meilleurs grands restaurants du monde, les dix meilleurs bistrotts du monde, les cent meilleurs vins du monde, etc.* Ainsi, *Patricia Wells*, critique culinaire au journal *International Herald Tribune*, auteure de plusieurs livres, a sorti récemment un classement du top ten mondial des marmites : N° 1 Joël Robuchon à Paris, N° 2 Fredy Girardet à Crissier, etc. Selon Girardet, ce classement est "trop cosmopolite". Donc subjectif. Mais informé. Plus intéressante encore la réaction d'un viticulteur bourguignon au classement de *Bob Parker*, auteur du *Wine Buyer's guide*, qui note 8'000 vins du monde entier sur 100 points, donnant 50 points d'office et ajoutant le reste selon les diverses qualités du vin (longueur en bouche, bouquet, couleur de la robe, vieillissement) : "Si vous avez moins de 86, l'équivalent du deux-étoiles au Michelin, vos exportations américaines sont foutues et les commandes suisses, anglaises et japonaises risquent d'en pâtir." (cf. *Le Nouveau Quotidien*, 18.10.94, p. 3). L'hebdomadaire *Focus a*, dans les numéros 44 à 47 de 1993, publié une série intitulée "*Die 500 besten Anwälte*", qui a posé des problèmes épineux de déontologie de la profession et de droit de la concurrence. Cf. le jugement in NJW 1994 pp. 331-332, commenté avec humour par le Professeur Rüdiger ZUCK in NJW 1994 pp. 297-298 : *Focus-Hokuspokus : die 500 besten Anwälte*.

¹¹² Cf. l'expression du TF : "(...), wo sich der Beschwerdeführer gewissermassen zum Sprachrohr eines Konkurrenten der kritisierten Unternehmung erhoben hat." (117 IV 193, 198). Cf. aussi le juge fédéral Hans-Peter WALTER (interview in *Tages-Anzeiger*, 28.11.94, p. 2) : "Der Journalist liess sich einseitig durch einen Bernina-Konkurrenten informieren."

("unrichtig", 117 IV 193, 202).¹¹³ L'Obergericht (TG) l'avait qualifiée de "krasse Unwahrheit" (117 IV 193, 200).¹¹⁴

Quant aux autres allégations contenues dans l'article de la *Bodensee-Zeitung*, le Tribunal fédéral considère que le caractère inexact, fallacieux ou inutilement blessant n'a pas été établi suffisamment clairement par l'instance cantonale (117 IV 193, 202). D'où le renvoi de l'affaire pour déterminer le nombre exact des allégations violant l'art. 3 lit. a LCD, important pour fixer l'étendue de la peine (volet pénal, 117 IV 193, 202 : "Die Zahl der tatbestandmässigen Äusserungen kann, neben andern Kriterien, für das Strafmass von Bedeutung sein.")¹¹⁵

74. Problèmes d'application de la loi. Enjeu important. Les frontières du dénigrement sont loin d'être nettes (PEDRAZZINI 76 : "Solche Grenzen lassen sich nicht genau angeben."). La concurrence déloyale n'est du reste pas le seul domaine où le juriste est en quête de définitions plus ou moins convaincantes, susceptibles d'évolution (revirement de jurisprudence) ou d'éclairages différents (selon les matières, les auteurs, les pays, etc.) : ainsi, la jurisprudence a dû définir les notions d'*arbitraire*

¹¹³ La FRC a comparé dans un test sept machines à coudre, dont la *Bernina 1001*, la *Bernina 1080*, l'*Elna Club* et la *Pfaff Tipmatic 6150*. Toutes quatre obtiennent la note bon (*J'achète mieux*, septembre 1994, pp. 30-33).

¹¹⁴ Le Professeur Dutoit approuve l'arrêt *Bernina* : voir DUTOIT 301 : "L'arrêt analysé [i.e. l'arrêt *Bernina*] ne peut être qu'approuvé tant dans son raisonnement que dans ses conclusions." et 312 : "On ne voit pas pourquoi, en l'affaire "*Bernina*" jugée par le Tribunal fédéral suisse, le journaliste devrait échapper à l'application du droit de la concurrence déloyale."

¹¹⁵ La LCD est d'ailleurs de plus en plus invoquée à côté de la protection de la personnalité (27-28 CC), de la protection de l'honneur (173-178 CPS) et de la protection au crédit (160 aCPS, 48 LB), car presque toute affirmation peut être *geschäftsschädigend* (STREULI-YOUSSEF 117). Ainsi, l'avocat Peter Nobel a porté plainte contre la *SonntagsZeitung* qui, dans son édition du 10.07.94, le voyait plongé dans un conflit d'intérêts en raison de ses liens avec la maison Ringier, alors qu'il défend l'éditeur et homme d'affaires Beat Curti dans l'affaire de corruption de l'administration cantonale zurichoise (procès *Huber*). Cf. *Journal de Genève*, 19.07.94, p. 13.

(art. 4 Cst), d'*intérêt public prépondérant*, d'*abus manifeste d'un droit* (art. 2 al. 2 CC), de *délai raisonnable* (art. 6 § 1 CEDH), de *cas grave* (art. 19 LStup), de *chose* (art. 137, art. 138, art. 139 CPS), de *métier* (art. 146 CPS), d'*astuce* (art. 146 CPS) de *bande* (art. 139 ch.3 CPS), d'*ouvrage* (art. 58 CO), de *consommateur*.¹¹⁶ Nous arrêtons là la liste. En relevant toutefois que les dernières nouvelles modifiant le CPS ne brillent pas toutes par leur clarté : il faudra définir les données personnelles *sensibles* (art. 179novies CPS), l'*acte analogue à l'acte sexuel* ou un *autre acte d'ordre sexuel* (art. 189 CPS), la *prostitution* (art. 195 CPS), l'incitation à la *haine raciale* ou l'idéologie visant à *rabaisser* ou à *dénigrer* (art. 261bis CPS).

Jean-Paul Sartre, dans *Qu'est-ce que la littérature ?*, a écrit : "La fonction d'un écrivain est d'appeler un chat un chat. Si les mots sont malades, c'est à nous de les guérir." Personne n'échappe à la polysémie du langage. Ni l'écrivain, ni le juriste (121 IV 128, 130, *excrément*; 121 III 306, 308, *Jugendstiedlung Utenberg*; 119 II 97, 103, "*Keine Grenze für Schnüffler*"). Ainsi, d'après la jurisprudence, la masturbation de clients par des masseuses constitue un acte de prostitution, alors que le Petit Larousse illustré définit ce terme comme un acte par lequel une personne consent à des rapports sexuels contre de l'argent (121 IV 86, 88, *salon de massage*). Les mots monosémiques sont comme les trèfles à quatre feuilles : ils sont rares (121 IV 109, 118, *télékiosque 156*). Le dénigrement n'échappe pas à ce phénomène : comment définir le dénigrement pour que la précision du concept permette une application satisfaisante, prévisible et systématique de la loi?¹¹⁷

¹¹⁶ Pour la *Suisse*, cf. ch. 36. Pour la *France*, cf. Gilles PAISANT, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, La Semaine juridique 1993 Doctrine pp. 99-105. Pour l'*Allemagne*, cf. Eike ULLMANN, *Der Verbraucher - ein Hermaphrodit*, GRUR 1991 pp. 789-795.

¹¹⁷ Cf. GRAVEN n° 14 A : "La règle *Nullum crimen sine lege* ne peut jouer son rôle protecteur que dans la mesure où la conclusion du syllogisme est substantiellement incontestable, ce qui suppose une majeure précise et complète. Précise, car chacun doit pouvoir reconnaître, à la seule lecture de la loi, l'espace de liberté délimité par le droit pénal; complète, car chacun doit pouvoir, en raisonnant *a contrario*, conclure que tout acte est pénalement indifférent qui n'est pas expressément réprimé." Voir aussi REHBERG ad art. 1: "Das Gesetz muss aber lediglich so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden

Chapitre II : L'affaire opposant Denner à la *SonntagsZeitung* ("diktatorische Sortimenteskürzung")

Définitions : a) *Duden in 8 Bänden (1993)* : *Diktator* : 1. (abwertend) unumschränkter Machthaber in einem Staat; Gewaltherrscher : Hitler war ein Zivilist und doch ein militaristischer D. (Fraenkel, Staat 196) (...). 2. (hist.) (...). *diktatorisch* : (meist abwertend) 1. einer Diktatur gemäss, auf einer Diktatur beruhend : (...) 2. autoritär; absolut keinen Widerspruch duldend; (...) der Vater bestimmte d., dass... b) *Brockhaus Wahrig Deutsches Wörterbuch in 6 Bänden (1981)* : *Diktator* : 1. im alten Rom (...) 2. allg. Heerscher mit unbeschränkter Gewalt; ein grausamer ~; den ~ stürzen 3. abwertend Despot, gebieterischer, herrischer Mensch; sich als ~ aufspielen; mit einem solchen ~ möchte ich nicht verheiratet sein; *diktatorisch* : 1. in der Art eines Diktators, alleinherrschend; ~ herrschen, regieren; ~e Vollmachten 2 abwertend herrsch, keinen Widerspruch duldend, ein ~es Auftreten, Vertreten; er verfügte ~, dass... c) *Le Grand Robert* : *dictateur* : 1. Antiq. rom. (...) 2. Mod. Personne qui, après s'être emparée du pouvoir, l'exerce sans contrôle. ⇒ autocrate, despote, tyran. Dictateur fasciste. ⇒ Duce, führer; *dictatorial* : 1. (...) 2. (...) 3. Fig. Autocratique, absolu. Autorité dictatoriale d'un directeur. Un ton dictatorial ⇒ Impérieux, tranchant. d) *Petit Larousse illustré* : *dictateur* : 1. Antiq. rom. (...) 2. Mod. Chef d'Etat qui, s'étant emparé du pouvoir, gouverne arbitrairement et sans contrôle démocratique; autocrate. Par ext. personne très autoritaire; *dictatorial* : relatif à une dictature, absolu. Pouvoir dictatorial; *dictature* : 1. Antiq. rom. (...) 2. Mod. Régime politique instauré par un dictateur. Dictature militaire, qui s'appuie sur l'armée. 3. Fig. Autoritarisme, tyrannie. e) *Collins Cobuild English Language Dictionary (Londres, Collins, 1987)* : *dictator* : a dictator is 1 a ruler who has complete power in a country, especially power which was obtained by force; used showing disapproval. 2 someone who acts as if they had complete power over people or things; *dictatorial* : 1 Dictatorial means caused, controlled, or used by a dictator 2 Dictatorial power or behaviour involves giving orders and telling people what to do in a forceful, commanding, and often unfair way. EG... the dictatorial power of central committees.

75. Article de la *SonntagsZeitung* : "diktatorische Sortimenteskürzung".

Toile de fond. Dans un article paru dans la *SonntagsZeitung*, un journaliste a qualifié la décision de Denner de réduire son assortiment de produits et de modifier ses relations avec les "satellites" avec les termes "diktatorische Sortimenteskürzung". Karl Schweri et Denner ont vu dans l'adjectif *diktatorisch* une allégation inutilement blessante (art. 3 lit. a

Grad an Gewissheit erkennen kann." et DAVID 1509 : "Ein liberales Konzept des Wettbewerbes verlangt, dass sich die vom Gesetzgeber zu ziehenden Schranken auf solide Grundlagen stellen lassen und dass grundsätzlich alles erlaubt ist, was nicht ausdrücklich verboten ist."

LCD en relation avec art. 23 LCD), ce qu'ont refusé d'admettre successivement la *Bezirksanwaltschaft Zürich* (15.10.93), la *Einzelrichterin in Strafsachen des Bezirkes Zürich* (25.01.94), l'*Obergericht des Kantons Zürich* (27.09.94) et finalement le *Tribunal fédéral suisse* (13.12.94).¹¹⁸ Il est intéressant de voir quelle est la réflexion de la Haute Cour pour tenter l'interprétation "*des vergleichsweise unbestimmten Begriffs der «unnötig verletzenden» Äusserung*" (TF dixit !).

76. Sens de «diktatorisch». Dictionnaires. Après avoir retranscrit le texte des articles 1^{er}, 2 et 3 lit. a LCD, le Tribunal fédéral livre quelques passages de l'article de presse litigieux (cons. 2 a). Il résume les réflexions de l'*Obergericht* qui s'interroge sur le sens de *diktatorisch* notamment avec l'aide du *Duden*,¹¹⁹ d'où il ressort que ce terme n'implique pas automatiquement un jugement négatif sur l'exercice d'une prérogative qui pourrait s'assimiler à un abus de pouvoir.¹²⁰ L'adjectif *diktatorisch* reflète simplement le rapport de force entre Denner et ses satellites.¹²¹ Ce n'est pas une allégation inutilement blessante selon l'*Obergericht*.

¹¹⁸ ATF 6S.648/1994 du 13.12.94 non publié, résumé in *Plädoyer* 1/1995 p. 63, commenté par Markus FELBER, *Damoklesschwert über Journalistenköpfen*, *NZZ*, 04.01.95, p. 12 et Sylvie ARSEVER, *Plainte de Karl Schwenk : la «SonntagsZeitung» dédouanée*, *Journal de Genève*, 06.01.95, p. 13.

¹¹⁹ Les tribunaux s'appuient souvent sur les dictionnaires : ATF in SJ 1995 pp. 669-675, 672, *Christiane Givord c/L'Express* : "la publication incriminée, par l'usage des termes de maison de tolérance (cf. dictionnaire Robert, p. 1973 : maison de tolérance = maison de prostitution (qui était tolérée avant la loi [française] de 1946), et "l'art de la culbute" (cf. dictionnaire Robert, p. 435 : sens vulgaire; culbuter une femme = la posséder sexuellement), (...)" ; Arrêt du *Bezirksgericht ZH* in *RSJ* 1994 pp. 178-184, 183; 119 II 97, 103, "*Keine Grenze für Schnüffler*".

¹²⁰ Dans le *Duden* en 6 volumes (1976), *diktatorisch* est *abwertend* dans le sens *autoritär, keinen Widerspruch duldend* (p. 536); dans le *Duden* en 8 volumes (1993), *diktatorisch* est *meist abwertend* dans le sens *autoritär; absolut keinen Widerspruch duldend* (p. 725). Dont acte.

¹²¹ Il est piquant de lire l'article sur le même sujet dans la *NZZ* du 08.12.94 (p. 25) : *Tücken des Franchise-Konzepts bei Denner. Neue Verträge als Konfliktauflöser*. Le journaliste emploie les expressions "*rigorose Sortimentsreduktion*", "*drastischen*

Les recourants, eux, font valoir que *Diktator* et *diktatorisch* sont compris, selon les dictionnaires et l'usage courant, dans un sens péjoratif et dénigrant. Et ils apportent des éléments de fait destinés à prouver que la réduction de l'assortiment n'est, selon eux, en rien un *diktat*. Les éléments constitutifs du dénigrement sont réalisés aux dires des recourants (cons. 2b).

77. Impression générale du lecteur moyen. Quel sens doit-on donner à un article de journal ? Il faut se baser sur l'impression que se forge le lecteur moyen non prévenu (*Eindruck des unbefangenen Durchschnittslesers*) et cet examen est une question de droit. Une allégation, qui a pour résultat de dénigrer une personne, ne réalise pas, de ce fait déjà, les éléments constitutifs objectifs de l'art. 3 lit. a LCD. Il faut en outre, selon le Tribunal fédéral, interpréter l'art. 3 lit. a LCD à la lumière des art. 1^{er} et 2 LCD. Cette règle vaut spécialement pour l'interprétation de la notion d'allégation inutilement blessante (cons. 2c).¹²²

Pour déterminer si une allégation est inutilement blessante, le Tribunal fédéral propose de considérer les circonstances d'ensemble du cas concret et les intérêts en présence. Donc, dans le cas où un média est impliqué, il faut tenir compte de la liberté de la presse qui est garantie par la Constitution (art. 55 Cst. féd.). Nous aurions tendance à ajouter le droit à la satire,¹²³ le droit à la présomption d'innocence, le secret de

Sortimentsreduktion", "den streitbaren Denner-Chef Karl Schweri", "Zielkonflikt, der sich durch die einseitige Machtausübung durch Schweri noch verstärkt", "eine offenbar ungenügende Kommunikationspolitik". Politiquement correct.

¹²² Cons. 2c) : "Welcher Sinn einer in einem Zeitungsartikel enthaltenen Äusserung zukommt, bestimmt sich nach dem Eindruck des unbefangenen Durchschnittslesers und ist eine im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde zu überprüfende Rechtsfrage. Eine Äusserung erfüllt nicht schon dann den objektiven Tatbestand von Art. 23 i.V.m. mit Art. 3 lit. a UWG, wenn durch sie ein anderer herabgesetzt wird; erforderlich ist zudem, dass sie unrichtig, irreführend oder unnötig verletzend ist. Art. 3 lit. a UWG ist unter Beachtung des in Art. 1 UWG umschriebenen Gesetzeszwecks und unter Berücksichtigung des in Art. 2 UWG festgelegten Grundsatzes auszulegen. Das gilt insbesondere auch für die Auslegung des vergleichsweise unbestimmten Begriffs der "unnötig verletzenden" Äusserung."

¹²³ Cf. ATF 5C.211/1994 du 19.12.94 résumé in Plädoyer 2/1995 pp. 62-63 et publié in SJ 1995 pp. 669-675, en la cause *Christiane Givord* contre *L'Express* (montage photographique dans le *Verjus* du 22.09.92 montrant Christiane Givord sous les traits d'une personne prête à satisfaire les fantasmes sexuels des amateurs du 156) :

l'instruction, etc. Arrive ensuite la clé des juges fédéraux pour résoudre notre problème : "Eine Äusserung ist dann *unnötig* verletzend, wenn sie angesichts des Sachverhalts, der damit beschrieben bzw. bewertet werden soll, weit über das Ziel hinausschiesst, völlig sachfremd bzw. unsachlich, mithin unhaltbar ist" (cons. 2c lit. aa). Exprimé en termes non juridiques, une allégation est inutilement blessante dans trois cas : elle va trop loin, elle n'a rien à voir, elle n'est pas soutenable.¹²⁴

78. Association d'idées. Selon le Tribunal fédéral, il ne vient pas à l'esprit du lecteur moyen de comparer Karl Schwenk et Denner à des dictateurs comme Hitler ou Staline.¹²⁵ Il en déduit uniquement que Denner a réduit le nombre d'articles de l'assortiment de base *de manière unilatérale, contre la volonté des satellites et sans tenir compte des intérêts de ses partenaires*. Le terme *diktatorisch* ne sous-entend pas que Denner a agi en violant loi ou contrat; Denner a eu simplement un comportement autocratique, absolu, autoritaire¹²⁶ (voir *mutatis mutandis* 93 I 570, 572, *TRAFALGAR*).

"S'il existe un droit à la satire, la nature humoristique prédominera seulement lors d'une atteinte de faible degré." (p. 5). En l'espèce, le TF a jugé que l'atteinte aux droits de la personnalité était "relativement grave" (p. 8), malgré le droit à la satire, l'*exceptio carnavalis* ou la *Fasnachtsfreiheit*.

¹²⁴ Cons. 2c) lit. aa) : "Ob eine Äusserung im Sinne von Art. 3 lit. a UWG unnötig verletzend sei, hängt von den gesamten Umständen des konkreten Falles ab, zu denen auch die auf dem Spiel stehenden Interessen, bei Äusserungen von Medienschaffenden mithin auch die Pressefreiheit, gehören. Eine Äusserung ist dann unnötig verletzend, wenn sie angesichts des Sachverhalts, der damit beschrieben bzw. bewertet werden soll, weit über das Ziel hinaus schießt, völlig sachfremd bzw. unsachlich, mithin unhaltbar ist (...)."

¹²⁵ Pourtant, dans les livres d'histoire, Hitler ou Staline sont l'image même du dictateur. Cf. Georges-André CHEVALLAZ, *Histoire générale de 1789 à nos jours*, 5^e édition, Lausanne, Payot, 1982, qui intitule son chapitre VI : *La dictature hitlérienne*. Même le Duden en 8 volumes (1993) prend Hitler comme exemple. Voir le terme *Diktator* (p. 725) et l'exemple : "*Hitler war ein Zivilist und doch ein militaristischer Diktator.*" Et chacun sait qui est visé par le film *Le Dictateur* de Charlie Chaplin !

¹²⁶ Cons. 2c) lit. bb) : "Der unbefangene Durchschnittsleser hat offensichtlich nicht den Eindruck, dass die Beschwerdeführer im fraglichen Zeitungsartikel mit Diktatoren wie Hitler oder Stalin verglichen werden sollten. Nach dem Eindruck des

79. **Situation du journaliste.** Le terme «*diktatorisch*» n'est pas inutilement blessant. Le Tribunal fédéral conclut son arrêt en traçant les limites qui ne peuvent être dépassées par les médias¹²⁷ : un journaliste peut critiquer ou apprécier négativement un état de fait présenté d'une manière qui est exacte et qui n'induit pas en erreur, dans la mesure où il n'utilise pas d'allégations inutilement blessantes. Et la Haute Cour de souligner le fait que certains termes, de par leur utilisation, changent de sens, subissent une évolution, perdent de leur force ou au contraire en gagnent. Dans le cas d'espèce, le journaliste a utilisé le terme *diktatorisch* pour frapper le lecteur et donner un tour plus marqué à son article. Il ne s'agit donc pas d'une allégation inutilement blessante au sens de l'art. 3 lit. a LCD.

unbefangenen Durchschnittslesers gibt die im übrigen unauffällige Äusserung betreffend "diktatorische" Sortimentskürzung lediglich den im Zeitungsartikel vorgängig beschriebenen Sachverhalt schlagwortartig zusammenfassend wieder, dass die Beschwerdeführer das Sortiment an Denner-Markenartikeln zu Denner-Preisen im eigenen Interesse einseitig gegen den Willen und die Interessen der deswegen um ihre Existenz fürchtenden Betreiber von Denner-Satelliten von 2'000 auf 1'300 Artikel reduzierten. Der unbefangene Durchschnittsleser versteht die Äusserung betreffend "diktatorische" Sortimentskürzung im Gesamtzusammenhang im Sinne einer von den Beschwerdeführern "diktierten" Sortimentskürzung."

¹²⁷ Cons. 2c) lit. bb) : "Dass der dargestellte Sachverhalt mit dem Schlagwort betreffend "diktatorische" Sortimentskürzung nach dem Eindruck des unbefangenen Durchschnittslesers negativ bewertet wird, reicht zur Erfüllung des objektiven Tatbestands von Art. 3 lit. a i.V.m. Art. 23 UWG nicht aus. Der Journalist darf einen weder unrichtig noch irreführend wiedergegebenen Sachverhalt kritisieren und negativ bewerten, solange er sich dabei nicht unnötig verletzender Äusserungen bedient. Zahlreiche Begriffe und insbesondere auch Fremdwörter haben heute nicht zuletzt infolge ihrer häufigen Verwendung als Schlagworte eine über ihren ursprünglichen Sinn hinausgehende Bedeutung. Ein bestimmter Begriff, der in seiner ursprünglichen Bedeutung allenfalls unzulässig ist, kann in seiner erweiterten Bedeutung zulässig sein, und umgekehrt. Die Äusserung betreffend "diktatorische" Sortimentskürzung erklärt sich nach dem Eindruck des unbefangenen Durchschnittslesers aus dem Bemühen des Journalisten um eine mit prägnanten Ausdrücken angereicherte Sprache und wird vom Leser in ihrer weiteren Bedeutung verstanden. Sie ist nicht unnötig verletzend im Sinne von Art. 3 lit. a UWG."

Chapitre III : Les éléments constitutifs du dénigrement

1) Les modes de dénigrement

80. Définition. Support. Le dénigrement (*Herabsetzung*) est le fait, par une ou plusieurs personnes, de discréditer un ou plusieurs concurrents et d'influencer négativement l'état de la concurrence en défaveur de ces derniers. Se référer au concurrent ou à ses produits est une opération fréquente dans la compétition économique (PEDRAZZINI 72). La clientèle est à qui sait la prendre. Et le concept de concurrence renferme en lui-même dans une certaine mesure le détournement de clientèle. Il s'agit d'amener par tous les moyens le public à consommer ses produits plutôt que celui du concurrent. Par tous les moyens licites, évidemment (SJ 1946 pp. 273-276, *Lavanchy*). Dans ce but, chaque intervenant économique est amené à améliorer sa propre position sur le marché.

En bonne logique, il a deux moyens de le faire : ou bien il met en valeur ses propres prestations ou produits, qui sont censés être meilleurs que ceux des concurrents (*Positivwerbung*); ou bien il rabaisse son concurrent, ses produits ou ses prestations en les faisant passer pour moins bons que les siens (*Negativwerbung*). Il est encore imaginable de combiner les deux modes : un slogan peut en même temps tenir du boniment (pour ses propres produits) et du dénigrement (pour les produits d'un concurrent). Dans ce cas aussi, cet acte a pour effet de toucher le concurrent dans sa capacité concurrentielle et de nuire à sa réputation commerciale (PEDRAZZINI 72; STREULI-YOUSSEF 115; BAUMBACH/HEFERMEHL 509; 82 II 544, 546, *Corinphila-Liga*; 79 II 409, *Lux*; 58 II 449, *Persil*; 56 II 24, *Maggi*; 55 II 178, *Henniez*).

Le support du dénigrement est en soi indifférent. Le dénigrement peut être contenu dans un livre (50 I 206, *Gadient*), dans une lettre (31 II 242, *briefliche Äusserungen*; RSP1 1994 pp. 355-359, *Schwerwiegende Gründe*; SJ 1957 pp. 107-112, *Torre*), une note d'information, une circulaire (60 II 121, *Dreyfuss*), un article de journal (120 IV 32, "*Anwalt macht Kasse*"; 117 IV 193, *Bernina*; 11 199, "*Die Kantonalbank kracht*"), une émission de télévision (RSP1 1992 pp. 109-113, *Kästle [Kassensturz]*), une chanson, une bande dessinée, une étude ou une recherche (120 II 76, *four à micro-ondes*; ZR 1968 n° 41, *Kalksandstein*), une interview (p. ex. d'un chef d'entreprise parlant d'un concurrent), un calicot (manifestation), une casquette ou un T-shirt. Le texte dénigrant peut figurer sur le produit lui-même, sur son emballage, sur son mode

d'emploi, sur un prospectus (55 II 178, *Henniez*; SJ 1956 pp. 328-334, 333, *Suze*; RSPI 1989 pp. 118-125, *Tableaux de référence*), sur une annonce (67 II 57, "condânné"; 56 II 24, *Maggi*; 42 II 597, 600, *Allgemeine Konsumgenossenschaft*; SJ 1961 pp. 401-413, *Migros-Genève*).

Une vitrine, une affiche, un set de table, une enseigne, un véhicule peuvent servir de support à une allégation inexacte, fallacieuse ou inutilement blessante. Un graffiti, une campagne où on modifie par inscription ou caviardage les affiches de publicité du concurrent, la fourre d'un livre ou la séquence d'un film de cinéma ou d'un spot télévisé peuvent être constitutifs de dénigrement.¹²⁸

81. Forme du dénigrement : écrit, image, son. Le dénigrement peut être réalisé dans la forme *écrite* (texte) ou *orale* (publicité à la radio; conférence publique); il peut résulter de paroles ou de gestes (p. ex. à la TV). Il est évidemment possible de cumuler les formes : dans l'hypothèse d'un spot TV, une allégation inexacte, fallacieuse ou inutilement blessante peut être dite par un individu (forme orale) et apparaître à l'écran (forme écrite); une personne peut dénigrer l'appareil d'un concurrent en joignant le geste à la parole (représentant de commerce : 56 II 24, *Maggi*). La

¹²⁸ Un bel exemple est fourni par le spot télévisé accompagnant la campagne anti-fourrure *Plutôt nue... qu'en fourrure* (*Lieber nackt als im Pelz*) : le spot dure 25 secondes et comporte 7 séquences. *Take 1* : un loup court dans la nature. *Take 2* : trappeur sur des skis portant une hache. Gros plan sur la hache. On ne voit pas le visage du trappeur. *Take 3* : on voit une trappe (type de piège qui casse la patte de l'animal). On suggère que le trappeur l'a posée. *Take 4* : en son off, on entend le piège se refermer et le loup hurler. *Take 5* : on voit l'animal tenter de se libérer et tirer désespérément sur le piège. *Take 6* : l'animal blessé se lèche la patte ensanglantée. *Take 7* : le slogan *Plutôt nue... qu'en fourrure* apparaît à l'écran. L'association professionnelle suisse de la fourrure (APSF) a agi devant la justice bernoise pour faire interdire le slogan sur la base de l'art. 3 lit. a LCD. En vain. (Décision du 14.12.94 du Gerichtspräsident III BE en la cause *Schweizerischer Pelz-Fachverband* contre *AG für Werbefernsehen* in : RSJ 1995 pp. 388-391). Le 25.10.94, les fourreurs avaient pourtant obtenu, dans un premier temps, du juge Hans-Peter Kiener une mesure provisionnelle interdisant le spot TV sur la base de la LCD. Cf. Anne CRISINEL, *Un juge interdit une pub ravageuse : «Plutôt nue qu'en fourrure»*, *Le Nouveau Quotidien*, 26.10.94, p. 21.

longueur ou la forme d'un texte est sans importance : un seul mot peut être dénigrant; un slogan publicitaire peut être dénigrant.¹²⁹

Peu importe la langue du message. A notre avis, il ne devrait pas être possible d'arguer du fait que l'allégation inexacte, fallacieuse ou inutilement blessante est formulée en termes argotiques, en javanais ou en verlan et qu'elle nécessite d'être *décodée* avant d'être comprise. Le raisonnement est le même pour des langues étrangères. Le mélange possible, en Suisse, entre le *hochdeutsch* et le *dialecte* pose des problèmes particuliers (116 IV 146, 152, *Laufentaler*; 56 II 24, 30, *Maggi*). Les produits d'un fabricant français peuvent être dénigrés par une chanson dont le texte est en anglais. Si dénigrement il y a, il est réalisé quelle que soit la langue dans laquelle il est exprimé, selon le sens qu'on est en droit de lui donner, en se plaçant au point de vue des autres concurrents et du public visé moyen et non averti (PEDRAZZINI 73).

82. Ampleur de la diffusion. Il est pertinent de se demander quel est le nombre réel ou estimé des destinataires d'une allégation inexacte, fallacieuse ou inutilement blessante au sens de l'art. 3 lit. a LCD. L'ampleur de la diffusion est toutefois sans importance au stade de l'examen de l'illicéité de l'acte. Le dénigrement est réalisé ou n'est pas réalisé, indépendamment du fait qu'il y a un seul destinataire ou un million de destinataires, voire qu'il n'y en a pas.

L'ampleur de la diffusion ne sera prise en compte qu'au moment de l'octroi d'indemnités et de dommages-intérêts (tirage de la publication [prospectus édité à 80'000 exemplaires : 55 II 178, *Henniez*]; nombre de cassettes mises en circulation; nombre d'auditeurs ou de téléspectateurs; etc.).

¹²⁹ Cf. D. 1992 I.R. 164 : si une librairie, proche d'un important concurrent, appose sur ses vitrines des slogans publicitaires portant la mention "*c'est ici*" et "*les occasions c'est vraiment ici*", elle dénigre malicieusement et implicitement son concurrent en donnant l'impression au public qu'il n'est pas un véritable marchand d'occasions. *C'est ici* sous-entend *ce n'est pas là*. Ce jugement de la Cour d'appel de Paris du 09.04.92 nous semble excessif, eu égard aux énoncés assez neutres et à la nature du message (toute publicité contient une part d'exagération). Voir aussi RSPI 1990 pp. 412-420, *Garage du Roc* et RSPI 1990 pp. 420-425, *Garage du 1^{er} Mars*.

83. Dénigrement implicite. La manifestation la plus complexe et la plus subtile des allégations inexactes, fallacieuses et inutilement blessantes est le dénigrement implicite : il faut lire entre les lignes (BURST n° 113). Les pires sous-entendus peuvent résulter d'une interprétation au deuxième degré ou d'un concours de circonstances (éléments exogènes tels que scandale, affaires politiques, événement culturel, etc.).¹³⁰ Un bel exemple de dénigrement implicite est fourni par l'art du contrepet qui peut, sous des allures innocentes et inoffensives, véhiculer des messages éminemment dénigrants. A cela s'ajoutent deux problèmes : d'abord, il faut trouver le contrepet;¹³¹ ensuite, il faut prouver que le contrepet est voulu. La démarche n'est pas exempte de dangers et la plus grande prudence nous paraît être de mise, car le tribunal, dans cette hypothèse, juge d'un dénigrement sur la base du non-dit et non sur la base de ce qui est exprimé.¹³²

¹³⁰ De même, l'atteinte au crédit (art. 160 aCPS) peut être réalisée de manière implicite, par actes concludants. Il y a *allégations implicites d'insolvabilité* lorsqu'une personne fait d'abord notifier en peu de temps de nombreux commandements de payer, demande ensuite à l'office un extrait du registre des poursuites et l'envoie enfin aux relations d'affaires de la personne poursuivie (119 IV 297, 300, *Betreibungsregisterauszüge* : "Der Beschwerdegegner suggerierte damit den Empfängern der Auszüge, die Beschwerdeführer könnten ihre Schulden nicht mehr bezahlen.").

¹³¹ Exemples : Le président de l'UBS montre la pureté de son dollar, le président d'Ikea est un homme qui visse son lit tout seul, Bouygues pétrit le béton à la tonne, avec la Zurich Assurances on n'a que des malus fous, avec la Winterthur Assurances on est loin d'avoir une mine de dépens, etc.

¹³² Cf. D. 1992 I. R. 164. La Cour d'appel de Paris a déduit de l'énoncé "*c'est ici*" et "*les occasions c'est vraiment ici*" un acte de dénigrement : le commerçant à l'origine de ce slogan laisse croire qu'il est le meilleur et l'unique fournisseur de livres d'occasion. On voit les dangers de cette méthode supplétive. *C'est ici* peut certes signifier *ce n'est pas ailleurs*. Cette exclusion est pourtant un non-dit. Il n'est guère soutenable d'opposer à un justiciable des paroles qu'il n'a pas dites, des mots qu'il n'a pas écrits et des gestes qu'il n'a pas faits. En va-t-il de même avec la publicité de Jumbo : *Pourquoi payer plus ailleurs ?* (Journal Jumbo du 03.01.96) ? Ainsi on suivra la prudence du Tribunal fédéral : l'établissement d'une liste comparative des eaux minérales d'après leur teneur en matières minérales ne revient pas à prétendre que la qualité d'une eau s'apprécie exclusivement d'après sa teneur en matières minérales (55 II 178, 182, *Henniez*).

Un concurrent qui lancerait une campagne de publicité avec le slogan "A la concurrence, on lui dit m..." poserait un problème intéressant aux tribunaux vu que le dernier mot est incomplet, que la lettre *m* est suivie de quatre points de suspension et que le mot de Cambronne compte le même nombre de lettres que le terme *merci*. Comment peut-on et doit-on suppléer au sous-entendu *in casu* ? A notre avis, le doute doit profiter au dénigrant potentiel, puisque chaque lecteur moyen non prévenu peut lire ce qu'il veut.

Le principe du doute profitant au dénigrant potentiel doit cependant être tempéré par le critère des circonstances. Soit un fabricant qui lance une immense campagne de publicité avec le slogan : "A la concurrence, on lui dit merci !". Si un concurrent répond avec une campagne de publicité et pastiche le slogan en écrivant "A la concurrence, nous, on lui dit m...!", ce cas précis nous semble davantage tenir du dénigrement implicite, car l'allégation s'inscrit dans un cadre particulier, dans un processus de réponse du berger à la bergère. Il en va de même si le slogan ou l'allégation s'inspirent de la réplique bien connue de Marcel Pagnol.¹³³

84. Dénigrement par référence directe et indirecte. Le dénigrement implicite permet d'expliquer la distinction entre dénigrement par référence *directe* (*direkter Hinweis*) et dénigrement par référence *indirecte* (*indirekter Hinweis*). Lorsqu'un vendeur de meubles traite un concurrent en le citant par son nom de menteur, d'escroc et d'usurier, il s'agit d'un cas de *dénigrement par référence directe* (RSJ 1978 pp. 194-196, *Wucher*). L'allégation inexacte, fallacieuse ou inutilement blessante vise la victime sans détours et de manière *explicite* (PEDRAZZINI 74).

Lorsqu'un concurrent revendique une fausse supériorité, une fausse exclusivité, un faux monopole ou une fausse qualité («le seul», «le plus grand», «le meilleur», «sans», etc.), il laisse entendre que les produits concurrents n'ont pas cette supériorité, cette qualité, cet avantage : il s'agit alors d'un cas de *dénigrement par référence indirecte*.¹³⁴ Il est sous-entendu; il est réalisé de façon *implicite* (STREULI-YOUSSEF 115).

¹³³ Cf. Marcel PAGNOL, *Marius*, III, 5 : "Il se peut que tu aimes la marine française, mais la marine française te dit m..."

¹³⁴ Un négociant produisant un apéritif a été condamné car il indiquait faussement que son produit était le seul à être naturel, le seul inoffensif et le seul à ne donner "que

On veillera à ne pas confondre le dénigrement par référence directe ou indirecte du dénigrement direct (visant la personne même du concurrent) ou indirect (visant ses produits, ses services ou ses prestations). Le côté direct ou indirect porte une fois sur le *mode utilisé* pour viser le concurrent (allusion explicite ou implicite), l'autre fois sur l'*objet visé* chez le concurrent (personne ou produits). Ces deux paramètres peuvent donc se combiner *ad voluntatem* (PEDRAZZINI 74).

2) L'auteur du dénigrement

85. **L'auteur est un concurrent.** Le dénigrement résulte en général des allégations d'un seul concurrent (58 II 449, *Persil*; 56 II 24, *Maggi*; SJ 1961 pp. 401-413, 403, *Migros-Genève*). Il peut aussi être l'oeuvre de plusieurs concurrents, voire d'un groupement organisé de concurrents (association, cartel, chambre, société, syndicat). A notre avis, il est indifférent que l'auteur et la victime proposent des produits, des services ou des prestations de type identique, semblable ou totalement différent.

Il va de soi que, dans la majorité des cas, les concurrents s'adressent au même public car ils offrent des produits identiques ou semblables (56 II 24, *Maggi* : arômes pour assaisonner les potages; 55 II 178, *Henniez* : eaux minérales; RSPI 1994 pp. 355-359, *schwerwiegende Gründe* : vaisselle; RSJ 1978 pp. 194-196, *Wucher* : meubles; ZR 1968 n° 41, *Kalksandstein* : construction; ZR 1967 n° 32, *Kehrichtbehälter* : containers).

Il n'est pourtant pas impossible qu'un concurrent s'attaque à une autre branche professionnelle qui commercialise des produits totalement différents. Ainsi, le slogan de Volkswagen *Trop cher le gigot, je roule en Polo* a-t-il été considéré par un tribunal français comme portant atteinte aux intérêts de la Fédération nationale ovine.¹³⁵

le plaisir de boire l'apéritif". Il sous-entendait par-là que tous les autres apéritifs étaient susceptibles d'avoir subi des opérations chimiques (cf. D. 1972 Jurisp. 78, note Serge GUINCHARD). L'allégation litigieuse est : "Il est important de savoir ce que l'on boit. Apéritif naturel : regardez si un autre apéritif a le droit de l'écrire sur sa bouteille. Un produit peut être bon sans être naturel (les chimistes sont gens habiles !). Mais n'est-ce pas mieux qu'il soit bon en étant naturel ? ... Rouge ou Bianco, c'est l'apéritif qui ne laisse que le plaisir de boire l'apéritif."

Dans le même ordre d'idées, on peut se demander si la *NZZ* ne pourrait pas être attaquée sur la base de l'art. 3 lit. a LCD lorsqu'elle publie ses publicités *Wer die NZZ liest, ...* car elle met en avant son produit (auto-publicité) en faisant des développements englobant comportements et professions qui pourraient se sentir dénigrées de ce fait.¹³⁶ Un tribunal pourrait voir dans ces annonces un cas de dénigrement s'il se base sur une problématique analogue à celle de *Trop cher le gigot, je roule en Polo* (BAUMBACH/HEFERMEHL 510).

86. L'auteur peut être un concurrent direct ou indirect. Le dénigrement est donc envisageable dans tous les cas, peu importe que l'auteur et la victime vendent des produits identiques, semblables ou différents. Ce qui compte, c'est le caractère discréditant de l'assertion et l'effet dommageable qu'elle produit sur le plan de la capacité concurrentielle.

Si un fabricant d'allumettes dénigre les allumettes d'un autre producteur, ils sont concurrents *directs* : l'art. 3 lit. a s'applique. Mais il s'applique aussi si un fabricant de meubles jette le discrédit sur les

¹³⁵ Arrêt inédit du 21.02.86 du Tribunal de grande instance de Paris, cité par Jean-Claude FOURGOUX, *La réglementation générale : exactitude, agressivité, création publicitaire*, Gaz. Pal. 1993 Doctrine pp. 1058-1065, 1063.

¹³⁶ Cf. annonce du 01.02.95 (p. 58) où, sur un quart de page environ, est écrit : "Wer die NZZ liest, sieht weniger fern. Wer weniger fernsieht, schont seine Augen. Wer seine Augen schont, braucht keine Brille. Wer keine Brille braucht, geht nicht zum Optiker. Wer nicht zum Optiker geht, spart Geld. Wer Geld spart, wird reicher." La mise en page met en évidence (caractères gras de 1 cm de haut env.) la première et la dernière proposition : "Wer die NZZ liest, (...) wird reicher." L'annonce du 15.02.95 (p. 58) nous paraît encore plus problématique : "Wer die NZZ liest, versteht mehr von Kunst. Wer mehr von Kunst versteht, geht öfter ins Museum. Wer öfter ins Museum geht, geht seltener auf den Jahrmarkt. Wer seltener auf den Jahrmarkt geht, isst weniger Zuckerwate. Wer weniger Zuckerwate isst, hat weniger Karies. Wer weniger Karies hat, muss weniger zum Zahnarzt." La mise en page opère le même effet : "Wer die NZZ liest, (...) muss weniger zum Zahnarzt." est écrit en gras (caractères de 1 cm de haut env.). La *NZZ* a même lancé un *Sophismus-Wettbewerb* dont le troisième prix est l'énoncé suivant : "Wer die NZZ liest, ist neugierig. Wer neugierig ist, forscht. Wer forscht, stellt Fragen. Wer Fragen stellt, bekommt Antworten. Wer Antworten bekommt, ist früher im Bild. Wer früher im Bild ist, muss nicht warten bis 10 vor 10." (*NZZ*, 15.12.95, pp. 46-47).

produits d'un boulanger. Le dénigrement est donc également réalisé dans l'hypothèse de concurrents *indirects*.

87. L'auteur est un scientifique. Les recherches scientifiques n'ont aucune visée économique, tant qu'elles restent dans leur berceau académique.¹³⁷ Mais dès qu'elles sortent de ce cocon protecteur, elles sont à même d'influencer le comportement des intervenants sur le marché par l'impact qu'elles ont sur les relations de concurrence. Il en va ainsi évidemment de la science qui sert de camouflage à de la publicité pour un produit, un système, une méthode ou un service¹³⁸ (120 II 76, 82, *four à micro-ondes* : "Eine ungesicherte wissenschaftliche Meinung darf namentlich nicht missbraucht werden, um getarnte positive oder negative Werbung für eigene oder fremde Leistung zu betreiben."; ZR 1968 n° 41, *Kalksandstein*).

¹³⁷ On pourrait établir un parallèle avec le phénomène des historiens révisionnistes ou négationnistes (thèse de Henri Roques soutenue à Nantes le 15.06.85), qui quittent le milieu *académique* pour entrer dans un cadre *polémique*. Cf. Jean-François AUBERT, *L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale*, PJA 1994 pp. 1079-1086, 1085; Sabine SÜTTERLIN, *Debatte über die «Auschwitzlüge». Wo liegt die Grenze ?*, *Die Weltwoche*, 01.09.94, p. 11; ATF 121 IV 76, 83, *Mariette Paschoud*. Voir aussi 50 I 206, 207, *Gadient*, pour un travail de diplôme et 120 II 225, *Willi W.*, pour un livre.

¹³⁸ *Méthodes pour perdre du poids* : 1) Marywell-Center, Dufourstrasse 108, 8034 Zürich qui accompagne sa publicité *Für immer schlank !* des commentaires du Dr med. Christian Larsen : "Ich empfehle die Methode von Marywell Bray meinen übergewichtigen Patienten." Cf. *Tages-Anzeiger*, 11.04.95, p. 68 et *Tages-Anzeiger*, 21.04.95, p. 47. 2) Ambassador Tele Service AG, 8099 Zürich, qui vend *die erste und einzige Schlank-Massagesohle* avec les explications du Dr med. Robert Metz : "Ohne gesundheitsschädliche Mittel und Nebenwirkungen können Sie Gewicht verlieren - dauerhaft von aussen nach innen. Dafür bürgе ich mit meinen Ruf als Mediziner." Cf. *Tages-Anzeiger*, 17.01.95, p. 66. 3) méthode Loomis (possibilité de maigrir du nombre de kilos désirés, sans effort et sans modifier son régime alimentaire). Cf. Alain BLANCHOT, *Publicité des méthodes miracles*, *Gaz. Pal.* 1993 pp. 674-675; REHBERG ad art. 146.

Moins clair est le cas de la publication de recherches scientifiques ou médicales montrant le danger de tel produit,¹³⁹ telle méthode ou tel mode de vie, étant entendu qu'un résultat peut être unanimement rejeté ou accepté ou bien diviser la communauté scientifique.¹⁴⁰ Indirectement ou directement, consciemment ou non, l'acheteur est influencé par ce qu'il lit, écoute et voit. Les scientifiques ont donc une influence sur les choix des consommateurs (58 Fl 22, *Materialprüfung*). Ils peuvent ainsi les détourner de l'achat d'un type de produit ou au contraire les pousser à acquérir telle autre marchandise. Les scientifiques, dans de tels cas, peuvent accroître ou diminuer plus ou moins sensiblement le succès

¹³⁹ Les boissons dites énergétiques (*Guaranà*, *Red Skin* ou *Red Bull*) sont par exemple loin de faire l'unanimité. Le *Red Bull* contient des quantités importantes de *caféine*, de *taurine*, de *glucono-lactone* et de *inositol*, ce qui n'est pas sans danger en cas de consommation excessive. Cf. *J'achète mieux* no 231/avril 1995 p. 30; *Biona* 2/1995 p. 4; Heidi SCHÄERER, *Aus mit dem Reiz des Verbotenen, Wir Brückenbauer*, 26.10.94, p. 11, qui rapporte les paroles d'un spécialiste de la prévention : "Red Bull ist sicher nicht so stark wie die umstrinene Partydroge Ecstasy, es geht aber in die gleiche Richtung." L'OFSP a classé le *Red Bull* dans la catégorie des nouveaux aliments spéciaux (art. 180 al. 3 ODA) après de longs atermoiements. Le *Red Bull* fait du reste l'objet d'une copie sous forme d'une liqueur ayant le même goût et le même nom, avec 18% d'alcool en plus et les vertus dopantes en moins. Mais profitant de la renommée de l'*Energy drink* longtemps interdit en Suisse ! Cf. Roland ECOFFEY, *Plagiat dans le monde des boissons branchées, Journal de Genève*, 03.12.94 pp. 1-2.

¹⁴⁰ La rigueur scientifique ou journalistique voudrait que l'on fasse état de la diversité des avis et résultats. Cf. *J'achète mieux* n° 224/juillet-août 1994 p. 19, enquête sur les barbecues : "La polémique quant à l'effet néfaste des grillades au charbon de bois sur notre organisme est toujours d'actualité. S'il n'a pas été possible à ce jour de mettre en évidence un effet cancérigène chez l'homme, La Ligue suisse contre le cancer recommande de griller la viande ou le poisson à une certaine distance des braises." Voir aussi 120 II 76, 81 : "Positive wie negative Werbung mit wissenschaftlichen Angaben ist daher im Interesse der Allgemeinheit und des funktionierenden Wettbewerbs bloss zuzulassen, wenn diese Angaben gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entsprechen, oder wenn jedenfalls unmissverständlich auf den Meinungsstreit hingewiesen wird." et ZR 1968 n° 41, *Kalksandstein* [p. 166] : "Entscheidend ist vor allem, dass der Beklagte die Versuchsergebnisse kritiklos wiedergegeben und als allgemeingültige Erkenntnisse der Wissenschaft hingestellt hat, wobei er verschwie, dass die Widerstandsfähigkeit des Kalksandsteins gegen Feuerwirkungen bereits früher bestritten worden war, ohne dass ein dahingehender Beweis hätte erbracht werden können."

commercial d'une entreprise et la favoriser ou la défavoriser par rapport à ses concurrents (appel de la communauté scientifique, boycott, etc.).

88. **Activité scientifique. Wettbewerbsrelevanz.** La LCD est donc applicable chaque fois que le scientifique a un comportement pouvant tromper ou induire en erreur le public et influe sur les rapports de concurrence ("*wettbewerbsrelevant*", 120 II 76, 78, *four à micro-ondes*; dans le même sens, voir déjà l'arrêt cantonal in RSPI 1993 pp. 328-331). Il suffit de lire les quotidiens avec leurs pages *santé* ou *bien-être* ou les journaux spécialisés comme *Vivre mieux*, *Vita sana* ou *J'achète mieux* pour se rendre compte que les scientifiques sont omniprésents avec recherches, résultats, études, etc.; il faudra ainsi se méfier des lésions irrémédiables dues au soleil naturel ou artificiel (cancer présumé de la peau), des lésions subies par notre système auditif, nerveux, respiratoire, de certaines activités sportives, etc.

Ainsi *J'achète mieux* a constitué un dossier intitulé *Solariums : ne risquez pas votre peau*, basé notamment sur l'avis de deux scientifiques : le Dr Edgar Frenk, chef du service dermatologique du Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV), et le Dr Rex M. Tyrrell, chercheur à l'Institut suisse de recherche expérimentale sur le cancer (ISREC) qui dénoncent les dangers des rayons UVA et UVB. On pourrait imaginer des responsables de centres de bronzage mécontents.¹⁴¹ Idem avec une étude intitulée *La musique peut vous casser les oreilles* où l'on peut lire : "Une discothèque bruyante, par exemple, est estimée à 100 dB et on peut y rester sans risque pendant deux heures par semaine. Davantage... et l'hypoacousie menace." On pourrait ici aussi imaginer des propriétaires

¹⁴¹ *J'achète mieux* n° 229/février 1995. On y lit entre autres : "Les UVA sont donc reconnus officiellement comme potentiellement cancérigènes par les scientifiques" (p. 14). "Certains «fitness» sont parfaitement conscients des dangers qu'encourent les personnes qui abusent des lampes (...). D'autres par contre sont complètement inconscients ou alors défendent leur gagne (grille ?)-pain" (p. 14). Dans le même sens, *J'achète mieux* n° 234/juillet-août 1995 p. 19, *Bronzer partout, partout* (sur le maillot transbronzant) : "Les fabricants prétendent que les UVA sont inoffensifs pour la peau. Or, il n'en est rien. Des études scientifiques très sérieuses ont prouvé que ces rayons contribuent fortement à un vieillissement accéléré de la peau, voire à des cancers."

de discothèque mécontents.¹⁴² De même, un scientifique, un médecin du CHUV, lance une mise en garde contre les rollers *wheels-in-line* qui peuvent être à l'origine de graves lésions et traumatismes en cas de collision ou de chutes. Cette branche économique pourrait être mécontente, aussi.¹⁴³

89. L'auteur est une organisation de consommateurs. Nous l'avons vu, des tiers non concurrents peuvent également influencer ou perturber les rapports de concurrence d'une manière que la loi juge contraire à la loyauté en affaires. Tel est le cas notamment des tests comparatifs qui ont une influence réelle, quoique parfois difficilement quantifiable, sur le comportement des consommatrices et des consommateurs.

Lorsque la *Fédération romande des consommatrices* publie un test comparatif sur les jus d'oranges, les machines à coudre ou les aspirateurs, elle influe sur les rapports entre les concurrents ou entre les fournisseurs et les clients en donnant des notes, bonnes ou mauvaises, à des produits identiques. Il n'est pas impertinent de penser que l'acheteur potentiel moyen ayant lu le test ou en ayant eu connaissance par un autre biais préférera tel jus d'oranges parce qu'il contient le plus de vitamines C, telle machine à coudre parce qu'elle obtient la note «bon», tel aspirateur qui obtient d'excellents résultats dans le test. Mais il semble plus difficile de quantifier en termes sûrs l'impact d'un test sur le choix des consommateurs. On choisit un produit aussi bien sur la base d'éléments positifs que négatifs; mais ils sont tous subjectifs.

¹⁴² *J'achète mieux* n° 222/mai 1994 pp. 10-13. Il faut relever que le décibel (dB) est une unité logarithmique et non pas linéaire. Un bruit de 100 dB est dix fois plus fort qu'un autre de 90 dB !

¹⁴³ Le Dr Olivier Reinberg se base sur les statistiques du United States Consumer Product Safety Commission (CPSC). Les rollers *wheels-in-line* permettent d'obtenir des vitesses nettement supérieures à celles atteintes avec les rollers skates traditionnels ou une planche à roulettes. Cf. *J'achète mieux* n° 228/décembre 1994 p. 31. Le snowboard a fait l'objet aussi de mise en garde de la part des milieux scientifiques. Cf. *Faire du snowboard, sûrement !* in: Bulletin du Bureau suisse de prévention des accidents (BPA), 1993/5, p. 54 avec les résultats de l'enquête 92/93 sur les accidents de snowboard réalisée par le professeur Peter Matter de Davos. Cf. aussi Peter MATTER, *20 Jahre Wintersport und Sicherheit - Davos*, Berne, Editions Huber, 1993.

Ce qui est sûr, c'est qu'une organisation de consommateurs ou une association de protection d'intérêts particuliers (WWF, protection des animaux, etc.) peut, si elle agit de façon contraire à la bonne foi, dénigrer un produit ou une entreprise par un test comparatif, une étude particulière, une mention spéciale¹⁴⁴ ou une campagne de publicité¹⁴⁵ en émettant des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes.

90. L'auteur est un journaliste. Un article de presse, une émission de radio ou une émission de télévision peuvent constituer un dénigrement car le journaliste ou le présentateur recourt à des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes. Ainsi, le fait de prétendre, dans une émission TV (*Kassensturz*), qu'un fabricant de skis ne respecte pas ses contrats par appât du gain ("*aus Profitgier*") est dénigrant (RSPI 1992 pp. 109-113, *Kästle [Kassensturz]*).

La jurisprudence s'étoffe (117 IV 193, *Bernina*; 120 IV 32, "*Anwalt macht Kasse*"; RSJ 1994 pp. 178-184, *B.-Bank*; RSPI 1992 pp. 109-113, *Kästle [Kassensturz]*; RSPI 1992 pp. 113-116, *durchsichtige Motive [Werner K. Rey]*; etc.). Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} mars 1988, de la nouvelle LCD du 19 décembre 1986, les tribunaux estiment justifié d'intervenir chaque fois qu'un journaliste, de par sa présentation des faits et de par les termes employés, peut exercer une influence sur la

¹⁴⁴ La FRC, dans son magazine *J'achète mieux*, a une rubrique *fleur ou bonnet d'âne* où elle délivre bons et mauvais points sous un style assez alerte (et donc parfois blessant ?). Exemples tirés de *J'achète mieux* n° 237/novembre 1995 (p. 19) : bonnet d'âne délivré "au potage clair «bouquet de légumes» de Migros dont le bouquet, contrairement à ce que suggère l'image de l'emballage, n'est formé que de cèleri et de persil... Un peu maigre, même pour du potage clair."; bonnet d'âne délivré "à la lessive de luxe parfumée au *White linen* et *Beautiful* d'Estée Lauder. A 54 francs les 60 ml, même pour les tissus délicats, cela fait cher l'effluve, non ?".

¹⁴⁵ On pensera ici p. ex. à la campagne *Plutôt nue... qu'en fourrure* orchestrée, au niveau international, par l'ALF (Animal Liberation Front) et le PETA (People for the Ethical Treatment of Animals) et, au niveau suisse, par la *Protection suisse des animaux* (Bâle), la *Fédération européenne pour la nature et les animaux* (Cologne) et *Pro animali* (Berne). Ces associations de défense des animaux s'élèvent contre l'utilisation de la fourrure et déclarent une guerre ouverte aux professionnels de la fourrure. Cf. Isabel GARCIA-GILL, «*Plutôt nue... qu'en fourrure*», *Le Nouveau Quotidien*, 09.02.95, p. 6 et RSJ 1995 pp. 388-391, «*Lieber nackt als im Pelz*».

concurrence et, *eodem facto*, fausser les rapports entre l'offre et la demande (voir déjà 11 199, 203, "*Die Kantonalbank kracht*"). Le journaliste est un tiers non concurrent; il peut cependant entraver le développement d'une concurrence loyale et non faussée. C'est du moins l'avis du Conseil fédéral¹⁴⁶ et du Tribunal fédéral.¹⁴⁷

3) La victime du dénigrement

91. Victime identifiée ou identifiable. Le dénigrement vise souvent nommément le concurrent (RSPI 1994 pp. 364-369, *Richtigstellung*; RSPI 1994 pp. 355- 359, *schwerwiegende Gründe*; RSPI 1992 pp. 109-113, *Kästle [Kassensturz]*; ZR 1967 n° 32, *Kehrichtbehälter*; RSPI 1992 pp. 113-116, *durchsichtige Motive*; 58 II 449, *Persil*; 56 II 24, *Maggi*).

Mais il est aussi possible que le concurrent, sans être nommément visé, soit identifiable grâce aux éléments disponibles, à la situation générale ou à des conditions particulières. La cible doit être facilement identifiable (p. ex. "entreprise située à X") : c'est le cas notamment s'il n'y a qu'un seul concurrent ou si l'allusion est dépourvue de toute ambiguïté (59 II 15, 21, *Vim*; 58 II 430, 432, *Geschäftsreklame [Migros]*). Le concurrent sera identifiable dans tous les cas où le tribunal arrivera à se forger l'intime conviction que le dénigrement ne pouvait s'adresser qu'à lui, vu les mots employés, vu le marché de référence, vu les circonstances

¹⁴⁶ Pour le Conseil fédéral : cf. MCF du 18.05.83 à l'appui de la LCD p. 58 in FF 1983 II 1037-1137, 1094 : " (...) des tiers peuvent également influencer ou perturber déloyalement les rapports de concurrence. Dans le cas concret, cela signifie qu'un dénigrement peut être commis par des personnes, des organisations ou des associations qui ne sont pas elles-mêmes des concurrents. Ce qui est décisif, c'est le fait de savoir si les allégations inexacts, fallacieuses ou inutilement blessantes entravent de manière inadmissible la position commerciale de celui qui est attaqué ou les relations de concurrence."

¹⁴⁷ Pour le Tribunal fédéral : cf. 117 IV 193, 197, *Bernina* : "Aus den Zielsetzungen des neuen Gesetzes, die auch in der bundesrätlichen Botschaft beschrieben werden, ergibt sich, dass auch Dritte, etwa Medien und Konsumentenorganisationen, unter das UWG fallen"; 120 IV 32, 35, *Anwalt macht Kasse* : "Auch ein Journalist kann daher durch Äusserungen in den Medien über Unternehmungen und ihre Waren etc. Straftatbestände des UWG erfüllen." Voir aussi le juge fédéral Hans Peter WALTER, *Das Wettbewerbsverhältnis im neuen UWG*, RSPI 1992 pp. 169-179.

du cas d'espèce (BAUMBACH/HEFERMEHL 508; SJ 1956 pp. 328-334, 334, *Suze*).¹⁴⁸

Le raisonnement est le même en matière d'infractions contre l'honneur et contre le domaine secret ou le domaine privé. Il n'est pas nécessaire que la victime soit *nommément désignée* (118 IV 153, *Frick*; 116 IV 205, *Asylsuchende*; 116 IV 211, *Leserbrief*; 116 IV 31, *Udo Proksch [Lucona-Versicherungsskandal]*); il suffit qu'elle soit *objectivement reconnaissable* (121 IV 76, 78, *Mariette Paschoud*; 117 IV 270, 271, "*bande de salauds*"; 117 IV 27, 29, "*sorcière*"; 105 IV 114, 115, *Schachgesellschaft Allschwil*; 100 IV 43, 46, *Courrier des bêtes*; 99 IV 148, 149, *avocat M.*; 50 I 206, 217, *Gadient*). La victime du dénigrement peut être un seul concurrent; elle peut aussi être un groupe particulier de concurrents, une profession toute entière (93 II 135, *Ingenieur HTL*), un cartel, un holding ou un groupe de sociétés. Il suffit de penser à l'Association suisse des brasseurs (*Schweizerischer Bierbrauerverein*, 112 II 268, *Denner/Bierkartell*) ou à l'Association suisse des fabricants et fournisseurs d'appareils électrodomestiques (*Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe in der Schweiz*, 120 II 76, *four à micro-ondes*).

¹⁴⁸ La jurisprudence française va très loin : si un fabricant de piles utilise un lapin rose jouant du tambour pour mettre en valeur la durée de ses piles alcalines, un concurrent, qui n'a jamais utilisé de jouets musiciens, commet un acte de dénigrement s'il met en scène trois automates animaux musiciens qu'il tourne en ridicule (D. 1988 I.R. 75). Une société qui vend des meubles se rend coupable de concurrence déloyale lorsqu'elle se targue d'être "le plus grand magasin de meubles de Paris", alors qu'elle doit réunir deux magasins différents pour offrir une surface de vente supérieure à celle de son concurrent (D. 1987 Somm. Com. 264, observation Y. SERRA). Le fait d'affirmer que les machines d'un concurrent, destinées à lancer des balles de tennis, n'apportent "que des mécomptes" constitue un dénigrement (D. 1983 I.R. 210, observation Ch. GAVALDA). Le fait d'inciter des acheteurs potentiels à ne pas acheter à l'occasion d'une quinzaine commerciale n'est pas constitutif de dénigrement, la victime n'étant pas suffisamment identifiable, vu qu'aucun commerçant et qu'aucune catégorie de commerçants ne sont clairement visés (D. 1975 Jurisp. 263, note J.-C. FOURGOUX).

4) L'objet du dénigrement

92. **Énumération légale. Personne du concurrent.** L'art. 3 lit. a LCD mentionne, comme objet de l'attaque, les *marchandises*, les *oeuvres*, les *prestations*, les *prix* ou les *affaires* d'un concurrent. L'art. 10bis al. 3 ch. 2 CUP mentionne l'*établissement*, les *produits* et l'*activité industrielle ou commerciale* d'un concurrent. Ces énumérations légales sont exemplatives. En fait, *n'importe quelle* remarque dénigrante pouvant nuire à la réputation commerciale d'un concurrent doit être retenue : elle peut viser *n'importe quel* domaine du concurrent. Le dénigrement peut porter sur la personne d'un concurrent, sans qu'il soit nécessaire de faire une distinction entre personne physique (120 IV 32, "*Anwalt macht Kasse*") et personne morale (RSJ 1994 pp. 178-184, *B.-Bank*). Est visée la personne même du concurrent lorsqu'il est accusé d'être un menteur, un escroc et un usurier (RSJ 1978 pp. 194-196, *Wucher*). Un journaliste attaque aussi la personne même d'un financier lorsqu'il décrit ses méthodes de travail (RSPI 1992 pp. 113-116, *durchsichtige Motive [Werner K. Rey]*).¹⁴⁹

93. **Race. Religion. Nationalité. Opinions politiques. Honorabilité.** Selon les cas, il est dénigrant de traiter un concurrent d'être une "entreprise de juifs" (56 II 24, 29, *Maggi* : "*Judengeschäft*"; RVJ 1981 pp. 444-457, *Judenfirma*; ZR 1944 n° 217, *jüdische Firma*). De même, selon les circonstances, il est dénigrant de souligner le caractère étranger d'une entreprise concurrente.

La toile de fond du cas d'espèce joue un rôle déterminant. Ainsi, le Tribunal de commerce de Berne n'a pas vu un acte de dénigrement dans la publicité d'un commerçant de Bienne qui avait la teneur suivante en allemand : "Wer in Warenhäusern ausländische Artikel kauft, fördert die

¹⁴⁹ La *personne* d'un concurrent ne devrait pas servir de cible dans un échange d'idées économiques : c'est le produit, la prestation ou le service qui est au centre du débat. Dans le même sens, voir BAUMBACH/HEFERMEHL : "Mit einer *persönlichen* Werbung werden Dinge in den Wettbewerb hineingetragen, die mit dem Preis und der Güte der Ware nichts zu tun haben und geeignet sind, den Kunden unsachlich zu beeinflussen. Die *Person* des Mitbewerbers hat aus dem Spiel zu bleiben." (BAUMBACH/HEFERMEHL 507).

Arbeitslosigkeit. Tanner führt beste Schweizerware." La version française avait le même sens : "Celui qui achète de la marchandise étrangère dans les bazars contribue au chômage. Tanner vend de la marchandise suisse de première qualité." Le tribunal a jugé que ces allégations ne violaient pas la loi dans un jugement du 24 novembre 1933. Ceci explique peut-être cela (RJB 1935 pp. 287-292, 289, *ausländische Artikel*).

Tel est le cas par contre lorsque *Migros*, en 1931, traite l'entreprise *Henkel*, fabricant de *Persil*, de "grosskapitalistisches ausländisches Unternehmen" (58 II 449, 452, *Persil*; voir aussi 79 II 409, 419, *Lux* : "ausländische Trustfirma"; 56 II 24, 29, *Maggi* : "ausländische Firma"; RJB 1935 pp. 287-292, 289, *ausländische Artikel*). En temps de conflit armé ouvert ou latent, traiter un concurrent de traître ou de vendu ou souligner ses opinions politiques peut être dénigrant (cf. mutatis mutandis 118 IV 153, *Frick*).

94. Compétence professionnelle. Qualifications. Personnel. Solvabilité. Un concurrent peut utiliser comme angle d'attaque la compétence professionnelle (honneur professionnel, *berufliche Ehre*) : il s'agira alors de jeter le discrédit sur les capacités réelles du concurrent et de lui faire perdre, de ce fait, tout ou partie de sa clientèle (ZR 1969 n° 67, *Hallenschwimmbad Luzern*). Le dénigrant peut instiller le doute au niveau des collaborateurs de l'entreprise ou au niveau de l'entreprise elle-même : «les monteurs électriciens de X. sont de troisième ordre» équivaut à l'allégation : «L'entreprise X. est de troisième ordre dans tous les montages électriques» (80 II 165, 166, *Ecole Ber* : "personnel dépourvu de qualifications").

Ainsi, lorsque deux concurrents sont en relation d'affaires avec un importateur et que l'un d'eux déclare à leur fournisseur commun qu'il est propriétaire de plusieurs immeubles et que son concurrent "n'avait pas le sou", l'allégation incriminée est inutilement blessante (74 IV 115, 117, "n'avait pas le sou"; voir aussi 31 II 242, 245, *briefliche Äusserungen*).

L'art. 160 aCPS protégeait la *réputation de solvabilité*, c'est-à-dire la réputation d'être capable de payer (*Zahlungsfähigkeit*) et disposé à le faire (*Zahlungswilligkeit*). Il ne protégeait pas par contre la *réputation d'habileté professionnelle, technique ou artistique*, c'est-à-dire la réputation d'être capable de fournir un produit ou une prestation d'excellente qualité (79 IV 16, 18, *société fiduciaire*). Avoir du crédit, c'est avoir la réputation de tenir ses engagements financiers (119 IV 297,

299, *Betriebsregisterauszüge*; ZR 1966 n° 65, K.; ZR 1947 n° 172, "unsaubere Geschäftsmethoden").

Ce volet est très important si on le replace dans le panorama législatif dans son ensemble. Il y a l'honneur *personnel* et l'honneur *professionnel*. L'art. 173 CPS protège uniquement l'honneur fondé sur des qualités *morales* (*Äusserung rufschädigender Tatsachen*),¹⁵⁰ mais ne protège pas l'honneur fondé sur des qualités *professionnelles, sportives, artistiques ou autres* (116 IV 205, 206, *Asylsuchende*). Ainsi, les délits contre l'honneur, tels qu'ils sont définis dans le Code pénal suisse, ne comprennent pas des attaques visant le renom d'un artiste (71 IV 225, 230, *Motta-Denkmal*), la compétence d'un homme d'affaires (103 IV 157, 158, *Baudirektor der Stadt Luzern*; 72 IV 171, 172, *Kupferschmid*), le comportement politique (105 IV 194, 195, *attaques politiques*; 80 IV 71, 90, *Bonnard*) ou le comportement professionnel (105 IV 111, 112, *dentiste C.*).

L'atteinte à l'honneur au sens de l'art. 173 CPS doit faire apparaître la personne visée identifiée ou facilement identifiable comme méprisable (118 IV 153, 160, *Frick*; 80 IV 56, 61, "geistig nicht normal"). Il ne suffit pas de l'abaisser dans la bonne opinion qu'elle a d'elle-même (121 IV 76, 80, *Mariette Paschoud*). Chaque individu a bien évidemment l'impression d'avoir certaines qualités dans les secteurs où il est actif : profession, art, politique, sport, écriture, organisation de manifestations, armée, enseignement, conduite de négociations, etc. Le sentiment d'être une femme ou un homme honorable doit être protégé (117 IV 27, 28, "sorcière").

Pourtant, une allégation, qui ne fait pas apparaître un individu comme méprisable, peut *ternir* seulement la *réputation* qu'un sujet de droit a dans son entourage ou *ébranler la confiance* qu'il a en lui. Dans ce cas, l'art. 173 CPS n'est pas applicable. La critique vise l'homme de métier, l'artiste, le politicien, le sportif, l'écrivain, l'organisation, l'enseignant ou

¹⁵⁰ Cf. 118 IV 153, 160, *Frick* : diffamation contre un mort et propagation résultant d'un compte-rendu de presse dans le *Tages-Anzeiger* du 14.12.89. Titre de l'article : «*Wilhelm Frick war 1940 in Putschplanungen verwickelt*». Phrase litigieuse : «(...), dass Wilhelm Frick in landesverräterische Putschplanungen gegen die Schweiz verwickelt war.». L'imputation faite à un officier suisse d'avoir fomenté un putsch en 1940 *traîtreusement envers le pays* ("landesverräterisch") est attentatoire à l'honneur. Voir aussi 111 II 209, 213, *Frischknecht* (sur le livre *Die unheimlichen Patrioten* paru en 1979).

le militaire (121 IV 76, *Mariette Paschoud*; 119 IV 44, "curieux trou de 100'000 francs" et les arrêts cités). Il reste alors l'art. 3 lit. a LCD qui protège l'honneur économique et la réputation commerciale.

Celui qui use des termes "*incapable et saboteur*" pour qualifier la personne d'un concurrent ne peut se voir opposer les articles 173 et suivants CPS, car ces allégations ne visent et ne mettent en cause que les qualités strictement *professionnelles* et ne touchent pas son honneur *personnel* (cf. dans ce sens RVJ 1967 pp. 188-190). Il y a alors place pour l'application de l'art. 3 lit. a LCD réprimant le dénigrement (*wirtschaftlicher Ehrenschutz*, 118 IV 153, 161, *Frick* confirmant l'arrêt *Bernina*).

95. Produits ou prestations d'un concurrent. Le dénigré peut enfin être visé dans ses produits, ses prestations ou ses services. L'affirmation selon laquelle "nous fabriquons des niveleuses supérieures à celles de nos concurrents" a été jugée illicite par la Cour de Paris.¹⁵¹ De même, l'assertion «Die neuen Bernina-Modelle sind bei ihrem Erscheinen auf dem Markt schon wieder überholt» constitue une allégation inexacte au sens de l'art. 3 Lit. a LCD (117 IV 193, 202, *Bernina*).

Le résultat d'une étude tendant à montrer que les fours à micro-ondes sont dangereux pour la santé sans faire état de la controverse à ce sujet dans les milieux scientifiques a pour résultat le dénigrement du produit des producteurs de fours à micro-ondes (120 II 76, *four à micro-ondes*; arrêt cantonal : RSPI 1993 pp. 328-331). Le fait de jeter le discrédit sur la pierre calcaire au profit d'autres types de briques est un cas manifeste de dénigrement où il s'agit de reléguer le produit du concurrent au deuxième rang (ZR 1968 n° 41, *Kalksandstein*).

Contrevient aux règles de la bonne foi le fait de reproduire les produits du concurrent sous une forme ou sous une autre avec une mention dénigrante;¹⁵² selon les cas, constitue aussi un acte de dénigrement le fait de contester une qualité essentielle du produit des

¹⁵¹ Cf. Gaz. Pal. 1986 I Somm. 131.

¹⁵² Le fait d'exposer les savons *Lux* avec la mention "*Verkauf verboten auf Antrag des Öltrusts*" a été jugé inutilement blessant (79 II 409, 419, *Lux*). Un commerçant dépasse les limites de l'acceptable lorsqu'il met au pilori dans ses propres vitrines le produit d'un concurrent en en déconseillant l'achat.

concurrents : le dénigrement des produits du concurrent a été reconnu dans le cas d'une publicité télévisée mettant en doute la longévité des piles d'un fabricant concurrent. Certains jeux de mots, même s'ils sont bons, sont parfois dénigrants, qu'ils visent l'entreprise et/ou ses produits : si Migros, fabricant de *Päng*, s'attaque à *Sunlight*, fabricant de *Vim*, avec le slogan "*«Wim»-mern Sie nicht mehr wegen des zu hohen Preises, sondern «Päng»-en Sie hinfort fröhlichen Herzens*", il y a dénigrement vu l'ensemble des circonstances (59 II 15, *Vim*).

De même, une liste comparative de produits où le produit de l'auteur de l'étude est particulièrement mis en évidence par rapport aux produits concurrents peut constituer un dénigrement si elle vise manifestement et exclusivement à jeter le discrédit sur les produits concurrents (58 II 22, 24, *Materialprüfung*). Par contre, elle ne dépasse pas les limites de la propagande commerciale admise (55 II 178, 181, *Henniez* : "Grenzen der erlaubten geschäftlichen Propaganda") si elle se base sur des données exactes et qui ne sont pas à même d'induire le public en erreur (55 II 178, 182, *Henniez*; 43 II 47, 48, *Rentenanstalt*; 21 1181, 1188, *Furrer*). Evidemment, ces classements ont une valeur limitée, puisqu'il est évident que la valeur d'une eau de source ne dépend pas exclusivement de la teneur en matières minérales et qu'une liste élaborée sur un critère très *particulier* peut éveiller l'impression chez le lecteur moyen non averti que l'eau la mieux classée est la meilleure *en général*. Dans la mesure où la comparaison repose sur des données exactes (*richtige Angaben*), il n'y a pas de dénigrement (87 II 113, 115, *Oertli*; 56 II 24, 30, *Maggi*). Comparer est une chose; dénigrer en est une autre.

5) L'allégation inexacte

96. Circonstances. Il y a dénigrement si un concurrent diffuse des allégations inexactes sur le compte d'un autre intervenant de la vie économique qui subit, de ce fait, un préjudice dans l'exercice de son industrie. Le concurrent est rabaissé, discrédité; on jette un éclairage négatif sur ses activités; on ternit son image de marque; en un mot, il est dénigré (RSJ 1978 pp. 194-196, 195, *Wucher* : "Firmen, die behaupten, nur Schweizer Möbel zu verkaufen, lügen bestimmt. Wer bestimmt lügen kann, der wird sicher auch schnell betrügen."; SJ 1957 pp. 107-112, 108, *Torre*).

97. Définition. Une allégation est inexacte (*unrichtig*) lorsqu'elle ne correspond pas à la réalité telle que cette dernière résulte d'une appréciation de la situation compatible avec le principe de la bonne foi (111 II 209, 214, *Frischknecht* : "(...), wenn ihr Inhalt nicht der Wahrheit entspricht.").¹⁵³ La réalité n'est pas toujours une, univoque et indiscutable (dans le même sens PEDRAZZINI 75 : "(...), dass der Wahrheitsbegriff ein relativer ist."). Il saute aux yeux que l'exactitude est parfois démontrable par $a + b$: si le produit d'un concurrent a provoqué la mort de dix personnes, il est inexact de prétendre qu'il en a tué cent.¹⁵⁴ Cette allégation est manifestement constitutive de dénigrement : elle est fautive (*unwahr, falsch*).

Un propriétaire d'une source d'eau minérale qui publie une liste des principales eaux minérales suisses, classées d'après leur teneur en matières minérales avance des données qui peuvent être vérifiées, qui sont donc exactes ou inexactes. Si l'auteur est le propriétaire de la source d'eau minérale et curative de *Schenkenberger* et que viennent dans l'ordre, d'après la teneur en matières minérales, l'eau de *Schenkenberger*, celle de *Rhözünzer*, celle d'*Eptinger*, celle de la *Kapuziner* (Rheinfelden), celle d'*Henniez* et celle de *Walzenhauser*, la Société des Bains et Eaux d'*Henniez* ne peut s'opposer à cette liste que si elle représente un moyen de réclame qui tend manifestement, sur la base d'indications *inexactes*, à ravalier les produits concurrents. Ce n'est pas le cas si les données sont exactes (55 II 178, 181, *Henniez*).

Ces cas idéaux sont cependant rares dans la jurisprudence. Les tribunaux sont en revanche souvent amenés à remettre l'allégation dans son contexte (circonstances, toile de fond) et, selon le cas d'espèce, ils appliqueront des échelles différentes dans l'exigence de véracité

¹⁵³ Le caractère *inexact* d'une allégation ou d'une indication est une notion connue du droit suisse : cf. art. 29 LFAIE qui vise des "indications inexactes" : est inexacte une affirmation qui ne correspond pas à la réalité (*in Tat und Wahrheit*) d'après une interprétation de la déclaration dans son ensemble selon le principe de la confiance (121 IV 185, 189, *notaire W.* où ce dernier fait clairement apparaître qu'une banque acceptait de financer l'acheteur pour cette acquisition immobilière, alors que c'était faux).

¹⁵⁴ De même, parler de 6'000 abonnés alors qu'il s'agit de 60'000 abonnés est inexact (cf. OG LU du 19.05.71 in *Maximen XII* (1971) n° 54 pp. 63-67, 65). Voir aussi ZR 1980 n° 10, *Erfolgsquote*.

(*Wahrheitsgebot*; 108 II 225, 227, *Griesser*; 106 II 92, 99, *Minelli*; 102 IV 263, 265, *permanence dentaire*; 92 IV 70, 72, *Rawyler*; 54 II 473, 478, *Alte Post*; 48 II 13, 23, *Grimm*; RSPI 1994 pp. 255-260, *Trumpf Buur*; STREULI-YOUSSEF 118; BAUMBACH/HEFERMEHL 506).

Ainsi, l'utilisation de la dénomination *permanence dentaire* pour un cabinet dentaire qui n'est pas ouvert 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7, mais qui reçoit des clients de 8 à 22 heures les jours ouvrables et de 9 à 12 heures et de 15 à 18 heures les samedis, dimanches et jours fériés ne constitue pas une indication inexacte (102 IV 263, 266, *permanence dentaire*). Pourtant, dans le domaine médical et chirurgical, le terme *permanence* a, pour le public moyen non averti, le sens d'un établissement ouvert jour et nuit sans interruption. Il semble qu'il ait un sens différent dans le domaine *dentaire*.¹⁵⁵

98. **Critiques ou reproches infondés.** Il y a dénigrement si un intervenant économique *critique* sans fondement ou à tort le comportement, le produit ou la prestation d'autrui ou s'il *reproche* de manière inexacte à un de ses concurrents de ne pas respecter ses engagements (SJ 1957 pp. 107-112, *Torre*), de violer un brevet (108 II 225, *Griesser*; 67 II 57, 59, "*condamné*"; 60 II 121, 130, *Dreyfuss*), de violer une disposition légale, réglementaire (93 II 135, *Ingenieur HTL*) ou statutaire (40 II 163, *Sessler*), de placer illégalement du personnel (RSPI

¹⁵⁵ Le TF se base sur la langue courante et sur deux dictionnaires : ROBERT et LAROUSSE illustré (102 IV 263, 264-265). Il rejette par contre la définition que donnent les lois ou règlements sur l'exercice des professions médicales, où une *permanence* est astreinte à fonctionner de façon ininterrompue 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7 (voir dans ce sens : 100 Ib 345, 347, *Permanence Médecine-Secours* et 100 Ib 350, 351, *Permanence dentaire de Malombré*). C'est donc la définition du langage courant qui prime. Les définitions légales ne seront utilisées que dans les espèces relevant de ces lois. Selon le *Petit Larousse illustré*, la *permanence* a la définition suivante : "1. caractère de ce qui est permanent. - *En permanence* : sans interruption, continûment. 2. Service chargé d'assurer le fonctionnement d'une administration, d'un organisme, etc., de manière continue; lieu où se tient ce service. 3. Salle d'un collège, d'un lycée, où les élèves travaillent sous surveillance en dehors des heures de cours." On parle aussi de *cinéma permanent* pour un cinéma qui fonctionne plusieurs heures sans discontinuer. Cela n'implique toutefois pas qu'il soit ouvert 24 heures sur 24 ! (exemple utilisé par le TF, 102 IV 263, 265).

1994 pp. 364-369, *Richtigstellung*) ou de commettre des actes de concurrence déloyale (ZR 1967 n° 32, *Kehrichtbehälter* [p. 81]; ZR 1945 n° 108, *Bussenverfügung*). Par ces critiques ou reproches infondés, l'image du concurrent est atteinte et rabaissée dans l'esprit des consommatrices et des consommateurs et il y a entrave inadmissible dans l'exercice d'un commerce ou d'une industrie.

99. Mise en garde (*Verwarnung*). Un cas de critique non fondée est la mise en garde d'un concurrent enjoignant aux acheteuses et aux acheteurs de ne pas acheter tel produit de la concurrence pour des raisons de sécurité, de santé, d'écologie, de politique économique, de politique syndicale ou pour d'autres motifs si cette mise en garde, sous des airs de défense altruiste, ne sert en fait que de vecteur à une publicité commerciale (ZR 1931 n° 54, *Douglas Rifriemen*). La mise en garde peut d'ailleurs prendre des formes camouflées plus ou moins subtiles (79 II 409, 411, *Lux*). Elle aura souvent en apparence des mobiles altruistes de défense des consommateurs : la "supercherie" du concurrent est si grave que le concurrent se sent obligé de fournir des "informations" au public.

Ainsi, un producteur se souciera de la santé, de la sécurité, du portemonnaie ou du bien-être des consommateurs en leur présentant les faiblesses, les défauts voire les dangers des produits d'un concurrent. En réalité souvent, le producteur veillera principalement à faire augmenter son volume de vente. Mais la frontière est parfois difficile à tracer (79 II 409, 411, *Lux* où Migros mélange développements de politique socio-économique et réclame pure).¹⁵⁶

¹⁵⁶ Allégations litigieuses : "der Schweizerbürger solle gezwungen werden, Lux-Seife zu 80 Rappen zu kaufen, obschon diese zu 50 Rappen verkauft werden könnte" (79 II 409, 413); "es müsse entschieden werden, für wen Gesetze in der Schweiz da seien : für den Schutz des Bürgers gegen Überforderung oder für den Schutz der profitgierigen Geldmächte" (414); "die Klägerin und ihre Organe wenden gegenüber freien schweizer konkurrenten Methoden der Gewalt an, die Aufsehen erregen und Beunruhigung hervorriefen." (415); "... versuche durch Trustmethoden das freie Kaufsrecht zu unterdrücken" (415); "Trustinteressen" (416); "die Methoden der Trustkommunisten seien von denen der Rotkommunisten nicht sehr verschieden" (416); "Trust-Tyrann" (416); "Bevogtung, insbesondere vom Ausland" (417), "ausländische Trustfirma" (419).

Ce type de procédé est bien sûr déloyal lorsque celui qui propage des critiques non fondées sait ou doit savoir que sa mise en garde ne correspond pas à la réalité. Il est aussi déloyal lorsqu'il a des doutes sérieux quant à l'exactitude de ses allégations (108 II 225, 227, *Griesser* : "ernste Zweifel"; OG BL in RSP1 1987 pp. 273-282, *HELIO*). Par contre ne constitue en principe pas un acte de concurrence déloyale le fait de reprocher à juste titre à un concurrent d'avoir un comportement illicite ou déloyal (93 II 135, 141, *Ingenieur HTL*; RSP1 1985 pp. 114-116, *Who's Who*; RSP1 1967 pp. 141-146, *Stranggusanlagen*).

6) L'allégation fallacieuse

100. Définition. Incomplétude. Sous-entendu. Une allégation est fallacieuse (*irreführend*)¹⁵⁷ lorsque, vu le contexte, l'auteur, les circonstances ou le mode de présentation, le message véhiculé par l'allégation *trompe* les destinataires sur la situation réelle telle que celle-ci résulte d'une appréciation conforme au principe de la bonne foi (PEDRAZZINI 75 : "*Irreführend* ist eine Äusserung, die an sich richtig ist, die aber in dem Zusammenhang oder in der Art, wie sie präsentiert wird, beim Adressaten einen Irrtum entstehen lassen kann.>").

Est constitutive de dénigrement au sens de l'art. 3 lit. a LCD une allégation de nature à induire en erreur le lecteur moyen non averti en éveillant chez lui une image inexacte et trompeuse de la situation réelle. Une allégation fallacieuse a le même effet qu'un miroir déformant : elle reflète bien la réalité (sinon elle serait inexacte), mais elle la déforme.

¹⁵⁷ Le terme *fallacieux* est connu du droit suisse et employé dans d'autres textes : cf. art. 146 et 151 CPS ("affirmations fallacieuses"). Voir aussi art. 3 lit. b et e LCD ("indications inexactes et fallacieuses") : 117 IV 324, *Dr h.c.*; 116 II 431, *fabrikneu*; 107 II 277, 285, *Denner*; 105 II 70, 74, «*Gemeinsam*»-Stiftung für Benachteiligte; 102 II 286, "*grösste Fernschule der Schweiz*"; 97 I 79, *Cusco*; 95 IV 157, *prix choc*; 94 IV 34, *Billigste Preise der Schweiz*; 92 I 176, *international*; 90 IV 43, «*beispiellos günstig*»; 87 II 345, *Plastikleder*; 82 IV 204, «*Patente angemeldet*»; 81 II 65, *Verbandwatte* et les arrêts cités; RSP1 1991 pp. 410-417, *B Branchenregister*; RSP1 1989 pp. 116-118, *garantie des prix*; RSP1 1987 pp. 120-125, "*serienmässig auf Semperüt*"; RSP1 1980 pp. 160-170, "*Denner immer am billigsten*"; ZR 1952 n° 25, "*das einzige Spezialbüro in der Schweiz*".

Une allégation peut être fallacieuse car incomplète : l'allégation, exacte en soi, induit en erreur le destinataire parce qu'elle "ne dit pas tout" (104 II 124, *Rossignol*).

Une allégation peut aussi être fallacieuse car, bien que complète, elle laisse entendre au lecteur moyen un message qui, lui, est dénigrant : l'allégation, exacte en soi et complète, amène par des sous-entendus son destinataire à se forger une image trompeuse de la réalité et a pour résultat le dénigrement de la personne ou du produit du concurrent. C'est la problématique du slogan *C'est ici. C'est ici* sous-entend *ce n'est pas ailleurs*. La publicité joue souvent sur les mots pour parfois se jouer des lois. L'art publicitaire consiste surtout à inventer des exposés persuasifs qui ne soient ni vrais ni faux. Produire n'est rien, le tout est de vendre. Pour vendre, il faut au moins être deux; le dialogue entre l'offre et la demande, c'est la publicité. Et la publicité consiste à convaincre le public que le produit de la marque X, identique à celui de la marque Y, est cependant *meilleur*.

La publicité est donc parfois fallacieuse, spécieuse; souvent difficilement vérifiable, presque toujours faite d'exagérations. Les cas de tromperie sont très nombreux : ainsi, *Au Sans Rival* laisse sous-entendre des prix inégalés lorsqu'il publie l'annonce : "Samedi 23 février. Journée spéciale de notre action française, avec distribution gratuite de pochettes et de produits de parfumerie" (90 IV 109, 110, *Au Sans Rival*); *Trafalgar* pour des cigarettes qui ne sont pas d'origine anglaise trompe le consommateur (93 I 570, 572, *Trafalgar*); est aussi spécieux le fait de garantir un gâteau sans farine de soja alors qu'aucun autre gâteau des concurrents ne contient cette farine (RSPI 1986 pp. 328-332, *Warnung vor Verwechslungen*). Le but d'une telle jurisprudence, légitime à notre avis, est de faire coïncider les allégations d'un concurrent avec ses prestations effectives et de protéger la confiance que la consommatrice et le consommateur accordent et doivent pouvoir accorder à ces allégations (120 IV 287, 293, *Banque Procrédit*; 106 IV 218, 225, "au prix de fabrique"; 50 I 157, 167, *Professor der Musik*).

101. Point de vue du destinataire. Pour déterminer si une allégation est fallacieuse (*irreführend*), le juge doit se mettre à la place du destinataire moyen du message (STREULI-YOUSSEF 119; PEDRAZZINI 75 : "Massgebend (...) ist der durchschnittliche Adressat"). C'est le point de vue du public moyen non averti visé par la publicité ou le message qui est déterminant. Le juge ne doit donc pas observer le phénomène de

l'émission du message; il doit au contraire se concentrer sur la *réception* du message. Peu importe ce que l'auteur de l'allégation a voulu dire; il faut se baser sur le sens que le public lui a donné.¹⁵⁸ Dans le cas d'un classement officieux de marques de skis selon le nombre de points obtenus par des skieurs de compétition, le juge doit examiner si les affirmations contenues dans la publicité, dans la mesure où elles ne sont pas inexactes, sont de nature à induire en erreur le lecteur moyen non averti en l'amenant à se faire une image ne correspondant pas à la situation réelle. Le fait que les meilleurs skieurs du monde utilisent une marque de skis déterminée peut amener le grand public à acheter des skis de cette marque; aucun sportif n'est insensible à la marque des skis des champions (phénomène conscient ou inconscient d'identification).

Dans le cas du classement *Rossignol*, le tribunal doit se fonder sur le sens que le destinataire peut et doit donner de bonne foi à l'annonce (PEDRAZZINI, *Bonne foi*, 189; BAUMBACH/HEFERMEHL 508; RSP1 1991 pp. 285-291, 289, *Midi-Anlage*). Vu l'intérêt général porté au ski (sport populaire), c'est le point de vue d'une large couche de la population qui sert de base à la mesure de l'*impact* du message. C'est ainsi qu'un classement doit *comparer ce qui est comparable* et expliquer comment les calculs sont faits (échantillon, durée de l'examen, lieu, pondération, facteurs non pris en considération). Si tel n'est pas le cas, un classement doit être considéré comme fallacieux (104 II 124, 133, *Rossignol*).

102. L'allégation est fallacieuse car fondée sur ce qui va de soi. Une affirmation peut être trompeuse lorsqu'elle se base sur la *présence d'une qualité* ou l'*absence d'un défaut* que les produits concurrents équivalents offrent aussi de toute façon ou le plus souvent. Est ainsi déloyal, selon les circonstances, le fait de souligner l'absence d'une substance chimique nocive dans un engrais, alors qu'aucun engrais n'en contient, le fait de mettre en évidence l'absence d'une substance interdite par la loi et pas disponible sur le marché, en faisant croire que les produits concurrents y recourent encore ou le fait de mettre en avant un procédé de fabrication

¹⁵⁸ La méthode est identique en matière d'infractions contre l'honneur : pour déterminer si des déclarations sont attentatoires à l'honneur, le juge doit se fonder sur le sens que l'auditeur ou le lecteur non prévenu doit leur attribuer selon les circonstances (118 IV 248, 251, *défense d'un accusé*; 105 IV 194, 196, *attaques politiques*; 105 IV 111, 112, *dentiste C.*).

révolutionnaire d'un pneu, alors que tous les pneus concurrents sont produits déjà depuis longtemps selon cette méthode de fabrication.

Une allégation ou une publicité fondée sur ce qui va de soi (*Äusserung, Werbung mit Selbstverständlichkeit*) peut donc être trompeuse, car elle amène l'acheteur moyen non averti à croire qu'il achète un produit *avec une plus-value* alors que les produits concurrents, dans son idée et suite à l'allégation litigieuse, ne l'ont pas. Tel est le cas d'un producteur qui vante ses produits en inscrivant sur l'emballage qu'il s'agit de *gâteaux sans farine de soja* alors que cette farine, "selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie", n'est utilisée dans aucun autre gâteau (RSPI 1986 pp. 328-332, 330, *Warnung vor Verwechslungen*). Cette publicité, présentant comme un avantage une qualité (ou une absence de défaut) inhérente à tous les produits concurrents, est trompeuse : «*Verwechseln Sie dieses Produkt nicht mit einem Konkurrenzprodukt, welches Sojamehl enthält. Diese herrliche Torte enthält garantiert kein Sojamehl.*» Il en va en définitive de la protection du consommateur qui doit pouvoir de bonne foi faire confiance à ce que dit et écrit un vendeur (PEDRAZZINI, *Bonne foi*, 188; STREULI-YOUSSEF 119; BAUMBACH/HEFERMEHL 505).

103. L'allégation est fallacieuse car incomplète. Arrêt *Rossignol*. Une allégation peut devenir constitutive de dénigrement de par son incomplétude, sans qu'il soit possible de reprocher à son auteur d'être inexact. C'est le cas chaque fois qu'une assertion, à cause de sa formulation *partielle*, devient *partiale*. L'exemple de l'arrêt *Rossignol* explique bien ce type de dénigrement où l'illicéité découle de l'incomplétude de l'allégation : il était tout à fait exact que les skieurs de compétition utilisant des skis de la marque *Rossignol* avaient totalisé plus de points dans la descente masculine que les autres concurrents. Mais ces skieurs étaient aussi plus nombreux (104 II 124, 131, *Rossignol*) !

L'allégation est fallacieuse car incomplète : dans le classement des marques de *Rossignol* figure une liste des différentes marques de skis classées dans l'ordre du nombre des points déjà obtenus par les coureurs. En tête de liste : *Rossignol* ! C'est en fait le mode de calcul qui crée un problème, car il est admis par la jurisprudence qu'une comparaison sous forme de classement de résultats ou de qualités entre produits concurrents (*Rangliste*) est en soi licite (102 II 292, 293, *Bicoflex*; 94 IV 34, 38, *billigste Preise der Schweiz*; 87 II 113, 116, *Oertli*; 81 II 65, 69, *Verbandwatte*; 61 II 343, 345, *Maxa*; 59 II 15, 21, *Vim*; 58 II 449, 460,

Persil; 56 II 24, 30, *Maggi*; 55 II 178, 183, *Henniez* et les arrêts cités; ZR 1978 n° 114, *Werbewirkungsstudie*).

Dans le classement *Rossignol*, les points obtenus par tous les coureurs de la même marque de skis étaient additionnés. Ainsi, le résultat du classement s'améliorait non seulement sur la base des résultats de chaque skieur pris individuellement, mais aussi sur la base du nombre global de descendeurs. Ce classement est influencé par deux facteurs : d'une part les résultats obtenus (place du concurrent), d'autre part le nombre de skieurs utilisant une marque de skis. Or, un classement n'a de valeur objective et informative que si les résultats obtenus par les différentes marques de ski classées sont *pondérés* en fonction du nombre de leurs coureurs (104 II 124, 132, *Rossignol*).

Sont dès lors fallacieux au sens de l'art. 3 lit. a LCD des classements ou listes qui passent sous silence un facteur de calcul important qui changerait le résultat de manière notable. Tel est le cas de l'affaire *Rossignol*. D'abord, le nombre de coureurs n'est mentionné nulle part. Ensuite, à aucun endroit n'est souligné le fait que ces résultats doivent être lus sous un éclairage *quantitatif* et non *qualitatif*. Enfin, si l'on pondère - comme la bonne foi exige de le faire pour un classement digne de ce nom - par le nombre de concurrents les résultats des différentes marques de skis classées, le classement est totalement différent : *Rossignol* obtient des résultats inférieurs à la concurrence (*Fischer*, *Atomic*, *Blizzard*, *Kästle* et *Kneissl* notamment). Un tel procédé induit le public moyen non averti en erreur : l'allégation est fallacieuse car incomplète (STREULI-YOUSSEF 119; PEDRAZZINI 75).

104. L'allégation est fallacieuse car elle produit un sous-entendu dénigrant. Le sous-entendu peut résulter du contexte, du mode de présentation, de la formulation de l'allégation, voire de circonstances particulières. Si un commerçant traite la droguerie d'un concurrent de *cage aux fioles*, cette allégation donne à penser que le magasin visé est exigü et/ou tenu par des homosexuels. A travers ce jeu de mots, le destinataire du message peut y déceler un sous-entendu que les circonstances du cas d'espèce peuvent faire apparaître comme constitutif de dénigrement.

On voit cependant les aléas d'une telle démarche supplétive : comment le juge peut-il se convaincre que le lecteur moyen non averti visé fera des associations d'idées en rapprochant l'allégation litigieuse et le film *La cage aux folles* ? Le sous-entendu, en admettant qu'il est

dénigrant, est-il patent pour tout le monde ? Le concurrent, portant plainte car se sentant dénigré, n'est-il pas hypersensible, à la limite paranoïaque, en voulant à tout prix et comme par obsession apercevoir entre les lignes un dénigrement qui n'existe même pas ?

Les circonstances qui entourent le sous-entendu seront déterminantes pour la solution du cas d'espèce : le juge sera aussi attentif aux campagnes de publicité qui précèdent, accompagnent ou suivent l'allégation litigieuse, aux développements économiques de l'instant, aux entreprises en question (y a-t-il une OPA agressive ?); il s'agira aussi de suivre les déclarations des dirigeants et des concepteurs du message publicitaire (agence de publicité); les tribunaux seront enfin attentifs à la toile de fond du sous-entendu (négociations du GATT, grèves, conflits sociaux, polémique, etc.).

Une allégation, qui n'a en soi rien d'inexact, peut se révéler dénigrante *in concerto* uniquement à cause de l'éclairage que projettent sur elle la personne de l'auteur ou de la victime, le contexte socio-économique, politique ou militaire, le mode de présentation ou des circonstances particulières (BURST n° 113).

On peut aussi se demander si la publicité superlative est automatiquement exclusive et sous-entend ipso facto que les autres concurrents sont moins performants, moins avantageux, moins compétents, etc. (voir, très illustratif, RSPI 1971 pp. 59-62, «*Einzig Drano ist so sparsam und wirkt so schnell*»). Si un distributeur se targue de vendre les *meilleures bières de Suisse*, d'offrir les *meubles les moins chers du canton*, d'avoir les *prix les plus bas de toute la ville* ou d'être *toujours le plus avantageux*, est-ce qu'il dénigre *eodem facto* les concurrents en laissant *sous-entendre* qu'ils ne sont pas à sa hauteur et que l'acheteur trouve des produits de moindre qualité chez la concurrence ?

A notre avis, la prudence est de rigueur et il serait faux de voir des sous-entendus dénigrants partout. Les allégations, annonces ou slogans inexacts ou fallacieux peuvent être combattus, si le dénigrement est difficile ou impossible à établir, sur la base de l'art. 3 lit. b LCD : la *réclame tapageuse* et l'*exagération publicitaire* comportent certes un soupçon de dénigrement, puisqu'à vouloir par trop se mettre en avant, le concurrent finit par rabaisser ses adversaires (107 II 277, 285, *Denner*; 102 IV 263, *permanence dentaire*; 102 II 286, "*grösste Fernschule der Schweiz*"; 101 IV 344, *prezzi normali*; 95 IV 157, *prix choc*; 94 IV 34, *billigste Preise der Schweiz*; 90 IV 109, *Au Sans Rival*; 86 II 108, 120, *Eschenmoser*; RSPI 1992 pp. 121-122, *frichester Frischkäse*; RSPI 1991

pp. 410-417, *Branchenregister*; RSPI 1989 pp. 116-118, *garantie des prix*; RSPI 1980 pp. 160-170, "Denner immer am billigsten"; RSPI 1971 pp. 59-62, «*Einzig Drano ist so sparsam und wirkt so schnell*».

7) L'allégation inutilement blessante

105. Définition. Une allégation est inutilement blessante (*unnötig verletzend*) lorsque, sans être ni inexacte, ni fallacieuse, elle procède d'un *esprit de chicane* évident, lorsqu'elle est *sans rapport avec une relation d'affaires*, lorsqu'elle jette de manière inadmissible un *éclairage négatif* sur la personne, le produit ou la prestation d'un concurrent ou encore lorsqu'elle va trop loin en *dépassant les bornes de la critique communément admise* (raillerie excessive, moquerie exagérée, fait de ridiculiser le concurrent, etc.).¹⁵⁹ Nous nous trouvons exactement au point d'équilibre (instable) entre critique (permise) et dénigrement (interdit). La frontière est toutefois mouvante (STREULI-YOUSSEF 119).

106. Importance du contexte et des circonstances. Les mêmes termes n'ont pas nécessairement la même portée suivant le contexte dans lequel ils apparaissent (campagne électorale, étude scientifique, plaidoirie, récit littéraire, revue comique). Le juge veillera à replacer toute allégation dans son contexte pour l'interpréter et lui donner le sens que lui prête le destinataire moyen non averti (RSPI 1991 pp. 247-251, 251, *Aufforderung zum Austritt*). Une allégation visant la race, la religion ou la nationalité peut être faite avec raison : il suffit de penser à un contexte culinaire, religieux, artistique ou linguistique (dans le même sens, PEDRAZZINI 76 : "Sodann kann eine an sich fragliche Äusserung z.B.

¹⁵⁹ C'est PEDRAZZINI qui donne, à notre avis, la meilleure définition : "Unnötig verletzend ist eine - wenn auch wahre - kritische Äusserung dann, wenn sie über das Ziel hinausschiesst und die Person des Wettbewerbers bzw. seine Leistungen im weiteren Sinne in ein negatives Licht stellt, besonders dann, wenn das Licht einer wettbewerbsfremden Quelle entspringt (sog. Anschwärzung)." (PEDRAZZINI 75). Cf. ATF 6S. 648/1994 du 13.12.1994 non publié, résumé in Plädoyer 1/1995 p. 63 : "Eine Äusserung ist dann *unnötig verletzend*, wenn sie angesichts des Sachverhalts, der damit beschrieben bzw. bewertet werden soll, weit über das Ziel hinausschiesst, völlig sachfremd bzw. unsachlich, mithin unhaltbar ist." (cons. 2c lit. aa).

über die Nationalität eines Mitbewerbers in Zusammenhang mit entsprechend beeinflussbaren Faktoren (so etwa auf kulinarischem Gebiet) zulässig sein.").

Prise hors de son contexte, une allégation peut apparaître comme inutilement blessante; il n'en sera pourtant rien si elle est replacée dans son contexte. C'est dans ce cadre-là qu'elle doit être analysée : le contexte va avec le texte. Les circonstances dans lesquelles une phrase est émise sont aussi importantes pour déterminer son sens. Le côté indispensable de la démarche saute aux yeux lorsque le terme litigieux est polysémique. Le terme *saboteur* a deux sens: un sens *technique* et un sens *commun*. Le sens technique n'a rien de dénigrant puisqu'il décrit l'ouvrier qui travaille les traverses de chemins de fer - sans connotation méprisante. Et c'est uniquement le contexte et les circonstances du cas d'espèce qui permettent d'interpréter l'allégation litigieuse (RVJ 1967 pp. 188-190, 189, "*incapable et saboteur*"). Il n'est du reste pas exclu que, dans certains cas, l'auteur d'un dénigrement joue sur les mots. La richesse de la langue n'a pas de limites.¹⁶⁰

107. Exemples. Absence de rapport avec des relations d'affaires (*Wettbewerbsirrelevanz*). Sont inutilement blessantes les allégations qui se rapportent à des faits qui doivent en principe rester en dehors du débat économique : c'est le cas de la *nationalité*, de la *race* (79 II 409, 419, *Lux*: "ausländische Trustfirma"; 58 II 449, 452, *Persil* : "grosskapitalistisches ausländisches Unternehmen"; 56 II 24, 29, *Maggi* : "ausländische Firma"; RJB 1935 pp. 287-292, 288, *ausländische Artikel*; 56 II 24, 29, *Maggi* : "Judengeschäft"; ZR 1944 n° 217, *jüdische Firma*). C'est aussi le cas des *idées* (*Weltanschauung*) lorsqu'elles ne s'inscrivent pas dans le combat de la concurrence, des *problèmes de santé* (SIDA, séropositivité, maladies

¹⁶⁰ Il suffit de penser aux termes *règles, pénétrer, introduire, bitte, blanc, noir, pédale, bourses, effeuilleuse, avocat, maîtresse, gland, grenade, pertes, allumer, sauter, membre, passe, tapette, tante, baiser, grue, miches, poule*, etc. On pourrait y ajouter tous les doubles sens résultant de l'argot étudiantin, des usages locaux, de l'imagination ou des événements (*fiches*). Voir aussi 71 IV 225, 226, *Motta-Denkmal* où l'adjectif *königlich* peut signifier aussi bien *royal* que *créé par König*, du nom de l'artiste Henri König ! Le terme *plagen* a aussi plusieurs acceptions (115 IV 42, 44, "*Wohnungsspekulanten*").

vénéériennes; ablation d'un sein, d'un testicule; stérilité, etc.), de la *situation familiale* (divorce, tissu familial non conventionnel, maîtresse, amant, frère ou enfant délinquant, etc.) ou de la *situation personnelle* (fumeur de haschisch, objecteur de conscience, déserteur, homosexuel, pédéraste, etc.).

Si un commerçant souligne avec obstination que son concurrent est un déserteur ou a contracté le SIDA, même si cette allégation n'est ni inexacte ni fallacieuse, elle n'a rien à voir avec une relation normale de concurrence : elle est *wettbewerbsfremd*. Le lecteur se rendra immédiatement compte de la relativité de cette théorie ainsi que de la sensibilité de la problématique. Si un marchand de chaussures se plaint à relever que son concurrent a contracté des maladies vénériennes ou qu'il est séropositif, il semble évident que ces allégations visent exclusivement la *personne* du concurrent et sont sans rapport avec les *affaires* de celui-ci. Ces assertions, qui sont hors du sujet (*sachfremd*), doivent donc rester en dehors du combat opposant deux concurrents car elles résultent d'un caractère chicanier et sont de ce fait inutilement blessantes : elles n'ont rien à voir dans une problématique de relations d'affaires (*wettbewerbsirrelevant, leistungsirrelevant*, STREULI-YOUSSEF 120).

En va-t-il de même si le concurrent est un boucher (hygiène en matière de denrées alimentaires) ou un médecin (hygiène en matière de santé publique) ? Le juge devra donc déterminer si une allégation, dans un cas donné, est hors du sujet et est, de ce fait, inutilement blessante car il y a absence de rapport entre l'allégation et les relations d'affaires (STREULI-YOUSSEF 120 : "Kritik mit sachfremden Äusserungen").

108. Rapports entre CPS et LCD. Prenons deux entreprises concurrentes qui se disputent à couteaux tirés un même marché représentant un enjeu primordial. Si le directeur de l'entreprise A répète à l'envi que l'entreprise B ferait mieux de changer de PDG avant de lui contester un nouveau marché, parce que l'entreprise B est dirigée par un PDG n'ayant "qu'un testicule", quelle est la situation juridique ? Il ne s'agit pas d'une calomnie ou d'une diffamation, puisque l'infirmité précitée n'est pas une conduite contraire à l'honneur; elle est un état physique du reste prouvable par expertise.

Si le fait de reprocher à quelqu'un sa lubricité perverse (98 IV 90, 93, "*perverse Geilheit*") ou l'adultère (98 IV 86, 88, *adultère*) tombe clairement sous le coup de l'article 173 CPS, le fait de souligner qu'une personne "n'en a qu'une" ne semble pas être punissable sur la base des

articles 173 et 174 CPS. Est-ce une injure ? Le concurrent est-il attaqué dans son honneur ? La jurisprudence rendue sur la base de l'art. 177 CPS est aussi nuancée que parfois contradictoire. Les espèces sont variées, les cas ne se présentent pas toujours de façon identique, les juges ont des sensibilités différentes. Il n'est cependant pas impossible que plaideurs et juges abandonnent le Code pénal pour se rabattre sur l'art. 3 lit. a LCD (cf. 120 IV 32, 33, "*Anwalt macht Kasse*";¹⁶¹ RSJ 1978 pp. 194-196, *Wucher*).

Reste le dénigrement au travers d'allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes. Ici, soit le PDG est effectivement un sujet n'ayant qu'un testicule, soit ce n'est pas le cas. Si c'est faux, il y a dénigrement réalisé par *allégation inexacte*. Si c'est vrai, y a-t-il dénigrement réalisé par *allégation inutilement blessante* ? Il semble évident que cette allégation tend à ridiculiser l'adversaire économique (*Lächerlichmachung*).¹⁶² Elle le vise dans sa sphère intime, son amour-propre et n'a rien à voir avec le thème de la concurrence (cf. mutatis mutandis 70 II 127, *veuve Hodler*).

Si les deux entreprises vendent des lessives en poudre, il importe peu que le PDG de l'une d'elles soit affecté dans sa personne de cette infirmité par ailleurs sans effets sur les facultés d'un individu. Cet exemple, quoique graveleux, est assez clair : une telle allégation peut, selon le cas d'espèce, être *inutilement blessante*. *Quid juris* si, lors d'un débat télévisé, le PDG de l'entreprise A déclare de façon péremptoire que le chef de

¹⁶¹ L'ATF 120 IV 32, qui déclare la LCD applicable au cas d'espèce, renvoie l'affaire aux instances inférieures pour jugement. Le Bezirksgericht de Dielsdorf (ZH) a rejugé l'affaire en mars 1995 et a libéré le journaliste, le rédacteur en chef du *Beobachter*, Hans Caprez. Le tribunal n'a vu aucune atteinte à l'honneur contre l'avocat Stephan Frischknecht, secrétaire de la fondation *Naschet Jenische*. L'avocat n'est donc pas atteint dans son honneur par l'article de Caprez du 10.05.91 dans le *Beobachter* intitulé "*Anwalt macht Kasse*", reprochant aux avocats des honoraires trop élevés qui grèvent les fonds octroyés aux "enfants de la route". Cf. *Tages-Anzeiger*, 09.03.95, p. 9. Ce litige oscille entre CPS et LCD, selon les instances et les plaintes.

¹⁶² Cf. dans le même sens 58 II 449, 460, *Persil* : "Nun ist aber kein Zweifel, dass die Art und Weise, wie die Beklagte hier vorgegangen ist, offensichtlich eine Anschwärtzung der Klägerin darstellt. Es ist bereits auf das unzulässige Wortspiel hingewiesen worden, das die Beklagte mit dem Namen der Klägerin getrieben hat, um sie damit dem Spott des Publikums preiszugeben."

l'entreprise B "a des chemises sales et ferait bien de changer de lessive" ? D'abord, l'attaque vise la personne mais concerne incontestablement les produits, puisque les chemises sont sales à cause de - ou malgré - cette lessive. Ensuite, elle est ironique : c'est l'image du cordonnier mal chaussé (*ironische Herabsetzung*; STREULI-YOUSSEF 119). Enfin, la preuve semble difficile à apporter. Si l'ablation d'un testicule est une qualité dont la preuve se laisse facilement administrer, la chemise sale semble un concept assez rebelle. Pourtant, il ne fait guère de doute qu'une assertion de ce type a un impact sur la capacité concurrentielle des entreprises, car une raillerie ridiculisant le concurrent lors d'un débat vaut bien une campagne de publicité (79 II 409, 411, *Lux*; 58 II 449, 451, *Persil*). La SIG est la Société Industrielle Suisse dont le siège est à Neuhausen am Rheinfall (SH). Que penser de l'allégation, sous forme de jeu de mots, qui pourrait accompagner le nom de cette entreprise si elle venait à rencontrer des difficultés : *SIG transit gloria mundi* ? De même, le *Crédit Lyonnais*, au plus fort de ses difficultés, était surnommé le *Crazy Lyonnais*. L'esprit gaulois est friand de telles attaques qui font sourire leur destinataire.

109. Exagération dans le ton et/ou le contenu. Arrêt *Denner/Bierkartell* (112 II 268). La première allégation a la teneur suivante : "*Das Bierkartell setzt konsumentenfeindliche Verkaufspreise durch.*" Pour la bière, le prix joue un rôle essentiel alors que service et conseils ont un rôle secondaire (112 II 268, 283). L'attention se focalise sur le prix. C'est d'ailleurs sur ce facteur que joue *Denner* (voir déjà 98 II 365, *Denner* et le slogan *Spitzenbiere bei Denner immer billiger als Kartellbier*). Dans cet esprit, l'acheteur moyen considère que des prix bas sont favorables aux consommateurs (*konsumentenfreundlich*) et que des prix élevés sont défavorables ("hostiles") aux consommateurs (*konsumentenfeindlich*). C'est en tout cas l'avis du Tribunal de commerce de Zurich, confirmé par le Tribunal fédéral (112 II 268, 283). Le cartel avait l'intention de forcer *Denner* à augmenter ses prix afin de les aligner sur la concurrence. Cette allégation n'est donc ni inexacte, ni fallacieuse. Est-elle inutilement blessante de par son exagération dans le ton et/ou dans le contenu (*Übertreibung in Ton und/oder Inhalt*) ? Reprocher à un concurrent d'être *konsumentenfeindlich* est grave, puisque l'essence même de l'activité économique est de convaincre le consommateur d'acheter ses produits. Des affirmations publicitaires selon lesquelles un cartel impose des prix hostiles aux consommateurs touchent le *noyau dur de l'honneur*

commercial. Il est important de replacer ce texte dans son contexte : *Denner* s'oppose vivement et depuis un certain temps aux cartels. Le juge doit donc apprécier cette allégation replacée dans les circonstances qui l'ont entourée (112 II 268, 284; 94 IV 34, 36, *billigste Preise der Schweiz*; 79 II 409, 412, *Lux*; RSPI 1991 pp. 247-251, 251, *Aufforderung zum Austritt*).

Le juge doit aussi se demander comment le lecteur moyen non prévenu (*unbefangener Durchschnittsleser*) comprend l'allégation compte tenu justement de ces circonstances (117 IV 193, 198, *Bernina*; STREULI-YOUSSEF 119; PEDRAZZINI 76). Il s'agit d'un cas limite, à n'en point douter (112 II 268, 284 : "(...), dass es sich um einen Grenzfall handelt."). L'atmosphère est lourde, les mots durs, la querelle notoire, le combat âpre. Les parties à ce litige se disputent depuis de nombreuses années au sujet du prix de la bière. Cartels et boycotts donnent souvent lieu à des échanges de propos offensants (*Beleidigung* : voir notamment 57 II 481, *"Schmutzkonkurrenz"*; 57 II 334, 342, *Verein der Bäckermeister von Zürich*; 56 II 431, 436, *Hunziker*; 41 II 439, 443, *Verband der Lebens- und Genussmittelarbeiter der Schweiz*; 40 II 617, 619, *Schweizerischer Spenglermeisterverband*; 33 II 318, 320, *Arbenz*; 32 II 360, 362, *Société coopérative des pharmacies populaires de Genève*).

Le grand public ne peut pas ne pas s'en être rendu compte (médias, campagnes de publicité, démêlés judiciaires). La dispute dure, le ton monte. Et *Denner* affirme : "*Das Bierkartell setzt konsumentenfeindliche Verkaufspreise durch.*". Tant l'instance cantonale (HG ZH) que l'instance fédérale n'ont pas vu une allégation inutilement blessante dans cette phrase, même dans sa version abrégée pour l'affichage (112 II 268, 284). Cet arrêt a été critiqué par la doctrine (voir, notamment, très exhaustive : STREULI-YOUSSEF 119-120; sans motivation : PEDRAZZINI 76 qui traite cet ATF de "*nicht unbedenklich*").

110. Utilisation des circonstances. L'arrêt *Denner/Bierkartell* (112 II 268) est très intéressant. L'exagération dans la forme ou dans le fond d'un message pose des problèmes délicats d'interprétation. La seule aide semble être les circonstances qui ont entouré l'allégation litigieuse (94 IV 34, 36, *billigste Preise der Schweiz*; 79 II 409, 412, *Lux*; 58 II 449, 452, *Persil*; 56 II 24, 26, *Maggi*; SJ 1946 pp. 599-607, "*il est vrai que l'argent n'a pas d'odeur*"). Ce qui est juste dans son principe (tout texte implique un contexte) peut se révéler faux dans son résultat. Les tribunaux font fausse route lorsqu'ils tirent un argument permettant d'exiger des

concurrents une sensibilité moindre à partir des circonstances particulières de la compétition assez vive (âpreté de l'atmosphère : "*rauhe Atmosphäre*", 112 II 268, 284). Les circonstances doivent servir à remettre l'allégation dans une ambiance; elles ne doivent pas servir à déterminer le degré de sensibilité (*Empfindlichkeit*) qu'ont les concurrents, notamment la victime du dénigrement.

Une allégation doit être appréciée selon le sens normal que le destinataire moyen lui donne selon le principe de la bonne foi (PEDRAZZINI, *Bonne foi*, 187). C'est pour l'examen de cette question de droit que les circonstances peuvent être reprises car elles font partie du bagage du lecteur moyen du message. Il est ainsi soutenable de prétendre que le lecteur moyen ou l'acheteur moyen, à l'époque des faits, était conscient de la dispute qui opposait *Denner* aux cartels pour le prix de la bière.

A la lumière des rectifications qui précèdent, l'allégation "*Das Bierkartell setzt konsumentenfeindliche Verkaufspreise durch*" est inutilement blessante contrairement à l'avis du Tribunal fédéral (112 II 268, 284). Elle est nettement exagérée dans le fond (choix de l'adjectif *konsumentenfeindlich*). Elle est déplacée car les prix sont en principe librement fixés dans une économie de marché. Elle touche au noyau dur de l'honneur commercial d'un concurrent. Il est grave de prétendre qu'un concurrent est l'ennemi des consommateurs.

111. **Prime à l'agressivité ?** La deuxième allégation est : "*Das Bierkartell zerstört kleine Brauereien.*" Le nombre des brasseries indépendantes est passé de 56 à 29 entre 1969 et 1982 (112 II 268, 285). La disparition ou la reprise des petites brasseries par des membres du cartel ont abouti à une concentration évidente. L'impression qui se dégage à la lecture de la phrase litigieuse fait de l'énoncé une allégation ni inexacte (elle correspond à la réalité) ni fallacieuse (elle ne déforme pas la réalité). Mais est-elle inutilement blessante ? Le terme *zerstören* est-il exagéré et, *eodem facto*, inutilement blessant ? Quelle impression laisse-t-il auprès du public moyen non averti ?

A notre avis, ce terme est fort, mais pas exagéré car le but d'un cartel n'est pas d'assurer la survie de tous ses membres; preuve en est la disparition à terme des petites brasseries, dans le secteur qui nous intéresse ici (marché de la bière). Si le nombre des brasseries

indépendantes est passé de 56 à 29 en 13 ans, il nous semble soutenable d'utiliser le terme *zerstören*.¹⁶³ Sur le plan linguistique, on ajoutera qu'il est possible de détruire quelque chose *totalem* ou *partiellem*. En l'espèce, le doute profitant au dénigrant, *Denner* n'a pas allégué que le cartel détruisait *totalem* les petites brasseries. Nous arrivons donc au même résultat que le Tribunal fédéral pour cette deuxième allégation, mais pour des raisons différentes.

La justification de notre Haute Cour nous semble plus que discutable. Il est juste de replacer le terme *zerstören* dans son contexte, de se demander le sens que lui donne le destinataire, de confronter l'allégation aux faits. Mais il est faux de partir du principe que le public est habitué aux exagérations de *Denner*, qu'il connaît l'animosité du climat économique et qu'il est en quelque sorte vacciné contre les expressions dures, agressives et excessives de *Denner* et ses méthodes de *hard-discounting*.

Un tel raisonnement revient à donner une prime à l'agressivité. Plus un concurrent sera agressif, plus ses allégations pourront être tranchantes (*verschärfte Äusserungen*). C'est une logique de surenchère que nous ne pouvons cautionner. Le juge doit se baser sur l'impression que l'allégation produit sur le public moyen visé et non sur la personne de celui qui émet l'allégation et de celui qui est visé par celle-ci (STREULI-YOUSSEF 120).

La démarche est donc fautive d'un point de vue technique et le résultat inacceptable d'un point de vue de politique criminelle. Elle reviendrait à ne pas retenir les injures proférées par un individu, justement parce qu'il a coutume de se répandre en injures contre tout le monde. Ce n'est pas soutenable. L'arrêt *Denner/Bierkartell* est d'ailleurs resté sans suite dans la jurisprudence du Tribunal fédéral.

¹⁶³ La traduction au Journal des tribunaux de l'ATF 112 II 268 (JT 1987 I 241-248, 248) est-elle fidèle ? Selon le *Langenscheidts Grosses Schulwörterbuch Deutsch-Französisch*, *zerstören* signifie *détruire, démolir, ruiner*. Il ne signifie pas *anéantir* comme indiqué dans la traduction au JT. L'enjeu est-il important ? D'après Le Petit Larousse illustré (1996), *anéantir* a le sens suivant : *détruire entièrement. Détruire* est donc moins fort que le terme *anéantir*. Cela prouve, si besoin est, les difficultés supplémentaires posées par une culture plurilingue et par toute traduction. Qui traduit trahit.

8) Dénigrement par des allégations exactes ?

112. **Interprétation de la loi.** L'art. 3 lit. a LCD vise en premier lieu les allégations *inexactes (unrichtig, unwahr)*: il ne faut pas pourtant tirer de la lettre de la loi que le dénigrement peut être réalisé uniquement si l'inexactitude des allégations est prouvée ou prouvable. Selon les cas, des allégations exactes (*wahre Angaben*) peuvent aussi servir de base à une opération de dénigrement (STREULI-YOUSSEF 117; PEDRAZZINI 75).

Cette interprétation extensive est possible car l'esprit de la loi veut que le critère déterminant soit l'impact sur le jeu de la concurrence et l'effet dommageable sur les affaires du concurrent visé (*Geschäftsschädlichkeit*; SJ 1957 pp. 107-112, 111, Torre). Dès que l'état de la concurrence est faussé, c'est-à-dire influencé en défaveur d'un concurrent, le dénigrement est réalisé si les autres conditions sont remplies par ailleurs. Ainsi, la divulgation d'un fait vrai (*Verbreiten wahrer Tatsachen*) peut réaliser les éléments constitutifs du dénigrement, notamment dans les cas suivants : l'allégation exacte amène le destinataire à se faire une représentation fautive ou négative de la réalité (*falsche oder negative Vorstellung*; PEDRAZZINI 75); elle constitue une critique "gratuite" sans aucun rapport avec l'activité du concurrent ou avec le domaine de ses affaires; elle vise la personne du concurrent (STREULI-YOUSSEF 117) et n'a rien à voir avec l'activité du concurrent (reproches ou remarques à caractère raciste); elle n'est justifiée par aucun intérêt digne de considération; elle dépasse, par la forme et/ou par le fond (*in Ton und Inhalt*), les limites de la critique admissible.

Dans tous ces cas, l'allégation, bien qu'exacte, peut constituer un dénigrement pour deux raisons : d'abord, l'assertion n'a aucun rapport avec le produit, la prestation ou l'activité du concurrent ou, s'il existe un rapport, il est tellement ténu qu'il ne doit être retenu; ensuite, la présentation d'une allégation exacte aboutit à la représentation d'une réalité inexacte dans l'esprit du consommateur. C'est le résultat qui compte. Ainsi, une allégation exacte peut être constitutive de dénigrement notamment si elle est fallacieuse ou inutilement blessante.

9) Dénigrement par des allégations *utilement* blessantes ?

113. **Dénigrement justifié. Riposte. Dénigrement défensif.** Le dénigrement peut-il être justifié lorsque le concurrent se trouve dans une situation de légitime défense ? Blessé, un concurrent se défendrait en

blessant son adversaire. Il y a donc une base utilitaire et une idée de riposte dans sa démarche qui enlèveraient tout caractère illicite au dénigrement (STREULI-YOUSSEF 117 : "Umgekehrt kann im Einzelfall die *Herabsetzung*, wenn in Abwehr gehandelt wird, gerechtfertigt sein."; BAUMBACH/HEFERMEHL 509; SJ 1984 pp. 550-552, 552, "piratage").

La licéité du dénigrement défensif peut se baser sur deux raisonnements : si le texte légal parle d'allégation *inutilement blessante*, il serait possible de déduire *a contrario* que le dénigrement par allégation *utilement blessante* est licite. Il reste alors à définir la notion d'allégation utilement blessante.

Le second raisonnement consiste à ne plus voir de caractère illicite dans une allégation blessante répondant à une attaque injustifiée. C'est une application par analogie du principe de la légitime défense : le concurrent, dénigré sans droit ou menacé sans droit d'être dénigré (menace sérieuse et imminente), pourrait répondre à l'allégation dénigrante par des moyens proportionnés au cas particulier : il devrait alors n'être utilement blessant que dans la stricte mesure du nécessaire.

Nous sommes toutefois réservé face à cette interprétation extensive du texte de l'art. 3 lit. a LCD. D'abord, la prudence est de rigueur lorsque des juristes appliquent à un texte légal la méthode interprétative *a contrario*, car elle permet de faire dire à un texte ce que le législateur ne veut pas forcément. Tant le message du Conseil fédéral que les travaux parlementaires sont muets sur ce point.

Ensuite, si le principe de la légitime défense est introduit en matière de dénigrement, cela nous semble générateur de dérapages prévisibles car chaque concurrent, lorsqu'il est attaqué par le biais d'une allégation inexacte, fallacieuse ou inutilement blessante, se rendra lui-même justice en contre-attaquant par le biais d'une allégation utilement blessante cette fois-ci. Même si l'idée de riposte n'est pas étrangère à notre ordre juridique (art. 177 al. 3 CPS), elle nous semble peu appropriée au domaine éminemment sensible du dénigrement commercial.

Enfin, la notion d'allégation utilement blessante (*nötig verletzend*) nous paraît difficilement définissable et praticable. Nous proposons par conséquent de ne pas retenir la figure du dénigrement par allégation utilement blessante, car elle ne résulte ni de l'esprit ni de la lettre de l'art. 3 lit. a LCD. Si l'on veut introduire l'idée que l'illicéité fait défaut si le dénigré a directement provoqué le dénigrement par son comportement commercial ou par son attitude ou si le dénigré a riposté immédiatement par une allégation blessante (utilement) au dénigrement, il faut que la loi

le stipule sans ambiguïté. Ce n'est pas le cas actuellement et il nous semble inopportun de l'introduire par voie interprétative (d'un autre avis STREULI-YOUSSEF 117-118).

114. Bilan. Perspectives. Dénigrement. Distinction selon que l'auteur est concurrent ou non concurrent. Implication. Les éléments constitutifs du dénigrement et la jurisprudence, tant fédérale que cantonale, montrent que l'infraction prévue par l'art. 3 lit. a LCD combiné avec l'art. 23 LCD couvre des domaines vastes, très vastes même. Si les notions d'*allégation inexacte* et d'*allégation fallacieuse* résistent à un examen sévère et critique, il n'en va pas de même du concept de l'*allégation inutilement blessante* dont le Tribunal fédéral lui-même, dans un arrêt non publié, reconnaît la géométrie variable.¹⁶⁴

Dans cette jurisprudence mouvante évoluent deux catégories de justiciables. D'une part s'y trouvent les concurrents qui se rendent coupables de dénigrement sur la personne d'un concurrent : le juriste se trouve alors dans une *logique de combat*. D'autre part il y a les journalistes qui ont pour mission d'informer, de divertir et de permettre un contrôle démocratique sur la vie politique, artistique, économique, etc.: le juriste se trouve alors dans une *logique de débat*. Au vu de cette différence capitale, la question qui se pose est la suivante : l'art. 3 lit. a LCD peut-il s'appliquer aux médias sans qu'il soit tenu compte du fait que les médias sont des tiers non concurrents qui peuvent certes influencer la concurrence (positivement ou négativement), mais qui ne sont pas des intervenants économiques (les journalistes ne vendent pas de machines à coudre, etc.) ? Ne faut-il pas plutôt exclure l'application d'une disposition ayant vocation à régir des relations entre concurrents et n'étant pas adapté à limiter la liberté d'action des médias ?

L'enjeu est important. Le choix est difficile. Les conséquences sont lourdes. La Loi fédérale contre la concurrence déloyale doit s'insérer dans le tissu législatif global afin de former avec lui un "ensemble cohérent de normes pondérées" (BOLLE, *Conclusion*, 114). Si certains juristes penchent pour une application sans ménagement de l'art. 3 lit. a LCD aux

¹⁶⁴ Cf. ATF 6S. 648/1994 du 13.12.94 cons. 2 c) : "Das gilt insbesondere auch für die Auslegung des vergleichsweise unbestimmten Begriffs der "unnötig verletzenden" Äusserung."

médias, nous inclinons pour notre part à la thèse consistant à proposer des aménagements importants dans l'application de la LCD aux journalistes. Les situations différentes appellent des traitements différents.

Chapitre IV : L'application de l'art. 3 lit. a LCD aux médias.

115. Médias et concurrence déloyale. Typologie. Il est possible de classer l'ensemble des points de rencontre entre médias et concurrence déloyale en trois grands groupes : le premier groupe comprend tous les actes de concurrence déloyale commis par un journaliste ou une entreprise de médias en tant qu'intervenant économique. Les médias sont alors des concurrents entre eux (*unlauterer Wettbewerb zwischen Medienunternehmen*; RIKLIN 268-270; 102 II 122, *Annabelle/Annette*; 87 II 40, *Quick/Blick*; 75 IV 21, *Fachblatt für schweizerisches Anstaltswesen*; 40 II 504, *Bieler Tagblatt*; 21 153, *Tribune de Genève*; RSJ 1970 pp. 237-238, *Zeitschrift «Kunststoffe-Plastics»*; RSPI 1990 pp. 403-412, *Kundenzeitschriften*). Cette catégorie ne pose aucun problème juridique.

Le deuxième groupe de points de rencontre entre médias et concurrence déloyale vise les annonces et les réclames faites dans la presse par des concurrents et qui peuvent réaliser les éléments constitutifs d'infractions prévues par la LCD. La responsabilité de la presse porte aussi bien sur la partie rédactionnelle que sur les parties non rédactionnelles (annonces, réclames, avis tardifs, etc.). Ce problème, quoique posant des questions intéressantes, notamment sur le devoir de vérification de l'entreprise de presse, sort de notre sujet (RIKLIN 270-271).

Le troisième groupe de contacts entre médias et concurrence déloyale vise tous les actes des journalistes qui influencent *volens nolens* la concurrence et auxquels la LCD de 1986 s'applique même si les médias sont des tiers non concurrents (*unlautere Beeinflussung des Wettbewerbs durch Medien als nicht am Wettbewerb beteiligte Dritte*; RIKLIN 271-280). C'est ce volet que nous examinerons.

116. Exemple 1 : émission de télévision. *Kassensturz*.¹⁶⁵ Prenons un exemple. *Kassensturz*, dans son émission du mardi 22 août 1995

¹⁶⁵ *Kassensturz* est une émission de la télévision suisse alémanique (DRS). L'émission du 22.08.95 consacre environ 20 minutes à ce cas de succession et aux réponses des avocats. L'équipe de *Kassensturz* a du reste été attaquée aussi pour une émission sur le marché du ski (RSPI 1992 pp. 109-113, *Käste [Kassensturz]*). Les médias

présentée par Urs P. Gasche, a "testé" vingt avocats sur un cas de succession. Le téléspectateur voit tout d'abord à l'écran l'explication du cas : il s'agit d'une vieille dame, Frida Freundlich, qui veut faire profiter de son patrimoine (env. 2 millions de francs) son chien Lumpi et les enfants défavorisés de cette planète. Elle écrit son testament : "Meinem liebsten und treusten Freund, meinem Hund Lumpi vermache ich 10'000 Franken." Et, se référant à Bruno Brav et son épouse, elle ajoute : "Sie kennen meinen Willen und sollen über die jeweiligen Zuwendungen bestimmen." Voilà les faits. Au hasard (?), l'équipe de *Kassensturz* a choisi sept avocats bernois, neuf zurichois et quatre zongois et leur a envoyé les documents nécessaires en exigeant un avis de droit le plus rapidement possible. La suite, le lecteur peut l'imaginer. L'émission se déroule sous la forme d'une course d'obstacles, chaque problème étant représenté par un obstacle.

Obstacle n° 1 : la protection des héritiers réservataires (au cas où Frida Freundlich en aurait eu). Quinze avocats voient le problème, cinq tombent au premier obstacle. Apparaît alors à l'écran le nom des cinq avocats : Franz Abt (BE), Beat Stalder (BE), Irène Wigger (ZG), Sigmund Feigel (ZH) et Eric Teitler (ZH). Suit le commentaire de Peter Breitschmid, professeur de droit des successions à l'Université de Zürich, qui explique que la part de l'héritier réservataire est "absolut zwingend".

Obstacle n° 2 : un chien ne peut pas hériter. Seize avocats l'ont vu (ils proposent p. ex. de constituer une charge au sens de l'art. 482 al. 1 CC); mais quatre avocats pensent que Lumpi peut hériter en la forme : parmi eux, Franz Abt (BE), Hans A. Vogel (ZG) et Eric Teitler (ZH).

Obstacle n° 3 : celui qui rédige son testament ne peut déléguer sa volonté de tester à des tiers : le testateur doit lui-même écrire ce qui fait foi. Tombent à cet obstacle Eva Bertossa (BE), Louis Moser (BE), Yvonne Artho (ZH), Irène Wigger (ZG), Massimo Calderan (ZH) et Markus Zwicky (ZG). Suit un commentaire sans complaisance de Peter Breitschmid.

Obstacle n° 4 : le lieu indiqué sur le testament (lieu du domicile) ne correspond pas au lieu réel de rédaction (lieu des vacances). Six avocats semblent ignorer ce point : Franz Stämpfli (BE), Beat Zürcher (BE),

électroniques jouiraient d'ailleurs d'une cote de crédibilité meilleure que les journaux ou la radio. Cf. dans ce sens *NZZ-Folio*, 04.04.93, p. 28. L'influence sur l'état de la concurrence (*Marktbeeinflussung*) semble aussi plus grande si l'information passe à la télévision (image + son) que si elle est contenue dans un article de journal.

Alfred Andermatt (ZG), Alfonso Abgottspon (ZH), Ernst A. Widmer (ZH) et Claus Schellenberg (ZH), même si le problème de la validité du testament en fonction du lieu (art. 505 al. 1 CC) divise les juristes.

117. Comparaison des réponses et des honoraires des avocats. Seuls deux avocats ont fait un sans-faute : Rudolf Ottomann (ZH) et Jean-Christophe Schai (ZH). Après cette correction sur le plan scientifique, *Kassensturz* donne le coup de grâce sur le plan des honoraires : si la rétribution horaire oscille entre 180.-- et 200.-- (BE), 200.-- et 350.-- (ZG) ou 100.-- et 420.-- (ZH), les notes d'honoraires, elles, passent de 160.-- à 3'738.--. *Kassensturz* donne deux exemples : Claus Schellenberg (ZH) a passé deux heures et demie à 420.-- et demande 1'320.--; Markus Zwicky (ZG) demande 350.-- l'heure, mais a passé dix heures sur le cas, d'où une note d'honoraires de 3'738.--.

Si l'on compare les deux champions du jour, Jean-Christophe Schai, qui a passé trois heures à 350.--/heure, demande 1'310.-- et Rudolf Ottomann, qui a passé cinq heures à 280.--/heure, demande 1'748.--. L'émission se termine par le "heisser Tip" du Bernois Hans-Jürg Künzi, qui a senti qu'il y avait des problèmes, mais qui a préféré donner l'adresse d'un notaire. Prix : 378.--.

L'émission se conclut par l'intervention du Président de la Fédération suisse des avocats, Max P. Oesch, interrogé par Hansjörg Utz. La première question du présentateur a trait à l'institution d'héritier de Lumpi ("*Anwälte, die nicht merken, dass ein Tier nicht erben kann; ein dicker Hund, Herr Oesch ?*"). Max P. Oesch l'admet mais contre-attaque en traitant l'émission de "unfair und unseriös."

118. Appréciation. Impact sur l'état de la concurrence. Notre propos n'est pas de prendre position pour *Kassensturz* ou pour la profession d'avocat. D'aucuns penseront qu'il n'est pas de sujets tabous, le grand gagnant étant le consommateur qui profite de la transparence du marché et de la concurrence. D'autres trouveront que certains abus existent, qu'ils doivent être dénoncés mais sans ridiculiser toute une profession. D'autres encore seront fermement opposés à ce genre d'émissions où le style se veut caustique, polémique et provocateur avec des risques de dérapages et d'exagérations évidents. Peu importe.

Le problème de base est le suivant : une telle émission, sans aucun doute, exerce une influence non négligeable quoique difficilement

quantifiable sur le comportement des consommateurs. Les avocats sont soumis à la concurrence entre eux. Il n'est pas impertinent de penser que les deux champions, Rudolf Ottomann et Jean-Christophe Schai, en sortent grandis, dans la mesure où ils sont à même de garder les clients qu'ils ont déjà et de gagner de nouveaux clients qui viendront chez eux après l'émission ("c'est un bon avocat"). Il n'est pas insensé non plus de penser que les avocats qui n'ont pas vu qu'un chien ne peut pas être institué héritier (ce qui semble assez élémentaire) peuvent perdre des clients et ne pas gagner de nouveaux clients ("c'est un mauvais avocat").

En théorie en tout cas, en pratique probablement, l'état de la concurrence est influencé, faussé diront ceux qui sont du mauvais côté. Qui diront peut-être aussi que l'émission de *Kassensturz* constitue un dénigrement car les allégations, si elles ne sont pas fausses ou fallacieuses (jusqu'à preuve du contraire), peuvent être inutilement blessantes. Selon la loi actuelle, cette question pourrait se poser, car la notion élastique d'allégation inutilement blessante permet d'attaquer, sur les plans civil et pénal, à peu près n'importe quel propos qui n'est pas à l'avantage de quelqu'un. Quitte à aller jusqu'au Tribunal fédéral pour savoir si *diktatorisch* est inutilement blessant.

119. Exemple 2 : articles de journaux. Titres et expressions. A la suite de plusieurs affaires mettant en cause des notaires neuchâtelois, *L'Express* a publié une caricature de Pellet montrant trois notaires lavant liasses et documents dans une seille avec la légende "CHAMBRE DES NOTAIRES - La machine à laver plus blanc est enclenchée."¹⁶⁶ Est-ce une allégation inutilement blessante ?

Hubert de Senarclens, lui, écrit de Didier Tornare qu'il "pratiquait un notariat léger, approximatif, sommaire",¹⁶⁷ alors que Sylvie Arsever voit

¹⁶⁶ Cf. Jean-Luc VAUTRAVERS, *Sceau suspendu pour 3 mois*, *L'Express*, 06.11.92, p. 9. Le dessin de presse est déplacé puisque le notaire en question avait constaté dans un acte authentique que 60'000 francs étaient versés séance tenante alors qu'aucun versement n'était effectué. On est loin du blanchissage d'argent sale et le notaire a été condamné le 30.04.93 à une amende de 2'500 francs sur la base de l'art. 317 CPS par le Tribunal correctionnel (NE).

¹⁶⁷ Cf. Hubert DE SENARCLENS, *Voltigeur sans filet*, *Bilan* 11/92 pp. 39-43, 42.

en Didier Tornare un "notaire à la bonne franquette".¹⁶⁸ Léger signifie *qui manque de sérieux*; sommaire décrit ce qui est *exposé en peu de mots* (rapport sommaire) ou ce qui est *réduit à la forme la plus simple* (examen sommaire). A la bonne franquette est synonyme de *simplement, sans cérémonie*. Inutilement blessant ?

La NZZ dénonce Werner K. Rey comme un "Finanzjongleur" comme *Le Nouveau Quotidien* qui utilise le terme "jongleur financier".¹⁶⁹ *Jonglerie* peut avoir une nuance péjorative, surtout dans l'emploi figuré au sens de fausse apparence, manoeuvre tendant à duper. Cette connotation ne se retrouve pas dans le substantif *jongleur* dans la plupart des dictionnaires qui l'associent à dextérité, grâce, habileté, souplesse.¹⁷⁰ Inutilement blessant ?

Rita Flubacher a écrit un livre sur Rey et l'a intitulé *Flugjahre für Gaukler*.¹⁷¹ Titre traduit dans *24Heures* par *années de vol pour escamoteurs*.¹⁷² Inutilement blessant ? Faut-il accorder de l'importance à l'ambiguïté dans la langue française entre *vol* (Flug) et *vol* (Diebstahl) ?¹⁷³

Dans *Bilan*, à propos de Florio Fiorini, Christian Campiche écrit que "ses qualités de manager laissent à désirer" et qualifie Rodolphe Rossi, mari du maire de Genève Madeleine Rossi et dernier président de Sasea, de "yes-man grasement payé que l'on utilisait pour les relations."¹⁷⁴

¹⁶⁸ Cf. Sylvie ARSEVER, *Didier Tornare notaire à la bonne franquette*, *Journal de Genève*, 14.12.94, p. 21. Il est du reste assez piquant de relever que le sens initial de la locution était *sincèrement, en toute franchise*, ce qui atteste la relation étymologique avec *franc*. Voir aussi 121 IV 29, 30, "Bank-gangster".

¹⁶⁹ Cf. NZZ, 04.09.93, p. 22 et *Le Nouveau Quotidien*, 03.09.92, p. 10.

¹⁷⁰ Jongleur = personne habile qui jongle avec les idées, les mots (Petit Larousse illustré).

¹⁷¹ Rita FLUBACHER, *Flugjahre für Gaukler*, Zürich, Weltwoche-ABC-Verlag, 1992.

¹⁷² Cf. *24Heures*, 07.10.92, p. 13. Voir aussi 112 IV 25, 26, "vilaine embrouille immobilière".

¹⁷³ On pensera à la plaisanterie de COLUCHE : Quelle est la différence entre les politiciens et les oiseaux ? Réponse : les oiseaux s'arrêtent de temps en temps de voler.

Inutilement blessant ? Dans leur livre, Fred Oberson et Jean-Claude Petit disent de Hans W. Kopp "qu'il n'allait tout de même pas se priver d'honoraires juteux pour une question de morale".¹⁷⁵ Inutilement blessant ?

Dans *Bilan*, Jacques de Charrière publie un article sur Jürg Stäubli intitulé "Le bluffeur de Monaco".¹⁷⁶ Inutilement blessant ?¹⁷⁷ Dans *Der Spiegel*, le critique littéraire Marcel Reich-Ranicki publie une lettre ouverte où il descend en flammes le numéro un des romanciers allemands, Günter Grass, pour son ouvrage *Ein weites Feld*, avant même sa mise en vente ! L'enjeu économique, en toile de fond de ce que d'aucuns ont nommé un autodafé, est important. *Der Spiegel* refuse de publier les "bons passages", les éditions Steidl subissent un dommage évident.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Cf. Christian CAMPICHE, *L'homme qui compromet la République*, *Bilan* 1/93 pp. 14-18, 17. Florio Fiorini a été condamné le 28.06.95 à six ans de prison par la Cour correctionnelle (GE) pour banqueroute, faux dans les titres et escroquerie.

¹⁷⁵ Cf. Fred OBERSON / Jean-Claude PETIT, *Elisabeth Kopp au Tribunal fédéral. "Le blanchissage du siècle"*, Genève, Les Auteurs associés, 1990, p. 26. Ce livre fourmille d'ailleurs d'attaques plus ou moins discutables : Hans W. Kopp est "rompu aux affaires délictueuses" (p. 26), n'a pas jugé utile de "prendre de la distance avec une entreprise des plus scabreuses" (p. 27).

¹⁷⁶ Cf. Jacques de CHARRIÈRE, *Le bluffeur de Monaco*, *Bilan* 7-8/92, pp. 20-26. Voir aussi *Journal de Genève*, 03.08.94, p. 5 : *Jürg Stäubli contre «Bilan» : abandon des procédures*. Dans cet article Max Mabillard, rédacteur en chef de *Bilan*, déclare que "l'inculpation pour concurrence déloyale est une notion qui empêche tout journaliste d'être critique, alors que la diffamation fait partie des risques du métier." A méditer.

¹⁷⁷ Jürg Stäubli a porté plainte pénale le 23.09.92 auprès de la justice vaudoise sur la base du CPS (atteinte à l'honneur et au crédit) et de la LCD (dénigrement). Par ailleurs, la 17^e Chambre du Tribunal correctionnel de Paris a, dans son jugement du 03.11.93, déclaré Jacques de Charrière et Max Mabillard coupables de diffamation publique envers un particulier, les a condamnés chacun à 10'000 francs d'amende, a alloué un franc de dommages et intérêts à Jürg Stäubli et ordonné la publication du jugement.

¹⁷⁸ Cf. Günter Grass, *Ein weites Feld*, Göttingen, Steidl Verlag, 1995 (784 pages). Pour la lettre ouverte de Marcel Reich-Ranicki, cf. *Der Spiegel* Nr. 34 du 21.08.95, page de couverture (où l'on voit le critique littéraire déchirer le pavé de Grass avec, écrit en bas, *Marcel Reich-Ranicki über das Scheitern eines grossen Schriftstellers*) et pages 160-164. Voir aussi Jean-Paul PICAPER, *Günter Grass réveille la passion. «Der Spiegel» exécute le dernier roman de l'écrivain, accusé de n'avoir «rien compris aux dix dernières années»*, *Le Figaro*, 23.08.95, p. 3; *Journal de Genève*,

Sans nous faire dire ce que nous n'avons pas écrit, force est de constater que l'influence sur l'état de la concurrence est indéniable (comme Bernard Pivot avec *Apostrophes*, qui catalyse les ventes d'un titre) et que la distinction entre le tolérable, l'exagéré, le malhonnête ou le déloyal est difficile à faire et dépend plus de la sensibilité personnelle que du jugement rationnel.

120. La LCD de 1986 est-elle applicable aux médias ? Dans l'arrêt *Bernina* (117 IV 193 confirmé par 120 IV 32, 35, "*Anwalt macht Kasse*"), le Tribunal fédéral a répondu par l'affirmative à la question de savoir si la Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 était applicable aux journalistes. Ce texte, contrairement à la Loi fédérale sur la concurrence déloyale du 30 septembre 1943, vise également le *comportement de tiers non concurrents (Drittpersonen)* qui n'interviennent pas directement dans le jeu de la concurrence, mais dont les actes peuvent avoir indirectement une influence sur celle-ci (*Einfluss auf den Wettbewerb*).

Ainsi, selon les travaux préparatoires et la jurisprudence du Tribunal fédéral, la LCD est applicable aux médias, même si ces derniers n'ont pas pour but premier d'intervenir dans la concurrence, d'avantager ou de désavantager *directement* des concurrents, leurs entreprises, leurs produits ou leurs prestations; il suffit que l'activité du journaliste, *par ricochet*, puisse avoir une influence sur la concurrence (PEDRAZZINI 235; RIKLIN 271; MÜLLER 8).

La LCD de 1986 est donc applicable aux médias.¹⁷⁹ Mais il est important d'examiner l'évolution de la législation suisse en matière de

24.08.95, p. 23 : *Günter Grass s'en prend à la réunification*, article qui parle de "critiques féroces" et de "l'article assassin de Marcel Reich-Ranicki".

¹⁷⁹ Sur la solution retenue par les différents ordres juridiques au sujet de l'assujettissement des médias au droit de la concurrence déloyale, voir l'excellente analyse de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) sur la *protection contre la concurrence déloyale*, Genève OMPI, 1994 (p. 47). Parmi les pays soumettant les médias au droit de la concurrence déloyale se trouvent la *Belgique*, la *Suède* et la *Suisse*. Cf. aussi DUTOIT 312 : "Le journaliste suisse en l'affaire jugée par le Tribunal fédéral aurait sans doute aussi été condamné pour concurrence déloyale par exemple en Espagne ou en Hongrie, mais non pas en Allemagne, en France ou en Italie.". Voir aussi RIKLIN 271-272 qui décrit la situation de la Suisse comme "eine isolierte Position".

concurrence déloyale depuis la première loi fédérale codifiant cette matière.

121. LCD de 1943 : un rapport de concurrence était nécessaire. L'existence d'un rapport de concurrence (*Wettbewerbsverhältnis*) était une condition d'application de la LCD de 1943 (MÜLLER 8). Les tribunaux suisses, dans une jurisprudence constante, exigeaient un rapport de concurrence pour appliquer la LCD à un état de fait (114 II 106, 109, *CeBIT*; 110 II 411, 421, *Schweizerische Interpreten-Gesellschaft*; 108 II 327, 329, *Lego III*; 100 II 395, 397, *AKAD*; 98 II 57, 60, *Commerz Bank/Commerzbank*; 97 II 153, 159, *Isola*; 95 II 568, 572, *Adia interim*; 92 II 22, 26, *Schnezler*; 90 II 192, 195, *Mondial/Mondia*; 82 II 544, 547, *Corinphila-Liga* et les arrêts cités).¹⁸⁰ Cette jurisprudence part du principe que le but du droit de la concurrence déloyale est de régir les relations entre des concurrents, et entre concurrents seulement (DUTOIT 297; PEDRAZZINI 31; BAUMBACH/HEFERMEHL 188; VOGT 368; 80 IV 22, 33, *Nova-Werke*).

Selon cette conception, deux ou plusieurs individus ou entreprises se trouvent dans un rapport de concurrence si, pour vendre leurs produits ou offrir leurs prestations (identiques ou semblables), elles s'adressent à une clientèle (*Kundschaft*) dans une même région géographique, partiellement au moins, ou bien s'il est possible qu'un consommateur s'adresse à l'une plutôt qu'à l'autre entreprise malgré des marchés prospectés dans des régions géographiques différentes (98 II 57, 60, *Commerz Bank/Commerzbank*). Ainsi, il y a un rapport de concurrence entre une société allemande qui organise à Hanovre une foire internationale spécialisée pour la bureautique et l'informatique, pour laquelle une publicité intense est faite en Suisse, et une société suisse, basée à Cham,

¹⁸⁰ Deux ou plusieurs entreprises se font concurrence lorsqu'elles satisfont des besoins identiques ou analogues, au moyen de marchandises ou de services qui sont de même nature ou semblables en s'adressant en tout ou partie au même cercle de clients. Un rapport de concurrence existe entre une SA qui organise une foire spécialisée pour la bureautique et l'informatique et une SA qui fait le commerce de produits de bureautique et d'informatique, car l'offre se rapporte au même domaine, même si elle concerne dans un cas un service et dans l'autre des marchandises (114 II 106, 109, *CeBIT*).

qui fait le commerce de produits de bureautique et d'informatique. Elles s'adressent toutes deux au même cercle de clients potentiels, même si leurs sièges sont dans des pays différents : elles ont donc une clientèle en partie commune sur le territoire suisse (114 II 106, 110, *CeBIT*).

Dans cette optique, il suffit que les clientèles (*Abnehmerkreise*) se recoupent, fût-ce partiellement, même si les parties au litige ne commercent pas à un échelon économique identique (*Wirtschaftsstufen*: grossiste, détaillant, revendeur, importateur, etc.; 114 II 106, 110, *CeBIT*; 90 II 315, 323, *ELIN-UNION*; LGVE 1987 I n° 26, *Batch-Codes*). Pour que le rapport de concurrence soit établi et pour que, par conséquent, la LCD soit applicable à un différend, les marchandises ou les prestations devraient répondre à des besoins identiques ou semblables (*identische oder vergleichbare Bedürfnisse*). La Haute Cour a maintenu fermement le principe de l'exigence du rapport de concurrence dans toute la jurisprudence relative à l'ancienne LCD. Elle a pourtant adouci la rigueur du principe en interprétant de manière extensive la notion du rapport de concurrence (114 II 106, 110, *CeBIT*). Stricte sur le principe, elle s'est montrée généreuse quant à l'admission d'un rapport de concurrence dans certains cas (voir notamment 90 II 315, 323, *ELIN-UNION* : "Es genügt daher für die Anahme eines Wettbewerbsverhältnisses, dass auch nur der Anschein eines solchen hervoggerufen ist (...)").

122. La LCD de 1943 et les tiers. MCF. Nous l'avons vu, la LCD de 1943 ne pouvait être appliquée qu'en présence d'un rapport de concurrence, même si celui-ci était admis parfois généreusement (DUTOIT 297). Pourtant, dans le système même de l'ancienne LCD, un tiers non concurrent pouvait, à certaines conditions (strictes) et dans certains cas (rares), se rendre coupable de concurrence déloyale (92 IV 38, 42, *Parolini [Mascotte]*). Ainsi, l'art. 1^{er} al. 2 lit. b *in fine* aLCD s'appliquait au tiers qui avantageait un concurrent par rapport à un autre par des indications trompeuses.

Le Message du Conseil fédéral du 3 novembre 1942 à l'appui de l'ancienne LCD souligne déjà que "la concurrence déloyale (...) peut être non seulement le fait de concurrents, mais aussi de *personnes tierces* ou d'*associations* agissant en faveur d'entreprises déterminées" (FF 1942 pp. 661-723, 685). Cette ouverture est confirmée à plusieurs reprises dans ce

message (notamment dans le cas de l'art. 1er al. 2 lit. b *in fine* aLCD; FF 1942 pp. 661-723, 687).¹⁸¹ La jurisprudence est restée donc en deçà des possibilités offertes par la LCD de 1943. La doctrine ne s'est d'ailleurs pas fait faute de relever la retenue de la jurisprudence de la Haute Cour et les problèmes posés parfois par cette ligne de conduite.¹⁸² Sans forcer le texte de la loi, le Tribunal fédéral eût pu élargir de manière sensible le cercle des auteurs potentiels d'actes de concurrence déloyale en l'étendant aux tiers non concurrents, notamment aux médias et aux organisations de consommateurs.

123. La LCD de 1943 et les tiers. Jurisprudence. La jurisprudence fédérale rendue sous l'empire de la LCD de 1943 fait preuve d'une retenue incontestable. L'application de la LCD à des tiers non concurrents s'est résumée, en *matière civile*, à une figure : la responsabilité du tiers non concurrent sous l'angle de la participation telle que le prévoit l'art. 50 CO (82 II 544, 546, *Corinphila-Liga*). Selon cette jurisprudence, il était possible d'intenter une action civile contre l'instigateur ou le complice qui favorisait l'acte de concurrence déloyale commis par un concurrent, sans être lui-même dans un rapport de concurrence avec le lésé.

En *matière pénale*, l'application de la LCD à un tiers non concurrent s'est limitée à l'assujettissement au droit de la concurrence déloyale des employés, ouvriers ou mandataires d'une personne morale. Ces personnes peuvent donc être punies pour les actes de concurrence déloyale qu'elles commettent dans l'accomplissement des tâches qui relèvent de leur emploi ou de leurs affaires (90 IV 43, 48, "*beispiellos günstig*"; 74 IV 169, *Nescafé*; GUYET 244).

¹⁸¹ Cf. FF 1942 pp. 661-723, 687 : "Enfreint, en outre, les règles de la bonne foi celui qui, «en donnant sur des tiers des indications de même nature, les avantage par rapport aux concurrents», ce qui est conforme au principe général selon lequel la concurrence déloyale peut également procéder de l'acte d'une personne qui n'est pas un concurrent."

¹⁸² Voir notamment : DUTOIT Bernard, *Droit de la concurrence déloyale et rapport de concurrence : un couple indissociable ? Un essai de réponse comparative*, in : Mélanges Grossen, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1992, pp. 297-313; HEFERMEHL Wolfgang, *Das Prokrustesbett "Wettbewerbsverhältnis"*, in : FS Kummer, Berne, Stämpfli, 1980, pp. 345-361; WALTER Hans-Peter, *Das Wettbewerbsverhältnis im neuen UWG*, RSPi 1992 pp. 169-179.

Si elles agissent de manière indépendante et autonome dans la prise de décision, elles sont même auteurs et non pas simplement complices (90 IV 43, 47, "*beispiellos günstig*"; 84 IV 39, 43, *Suter*).

124. La LCD de 1943 et les médias. Application possible en théorie, très limitée en pratique. Il serait inexact de prétendre de manière péremptoire que la LCD de 1943 n'était pas applicable aux médias. Nous avons vu dans quels cas la LCD de 1943 pouvait viser des tiers non concurrents. Comme les médias font partie de cette catégorie, l'ancienne LCD leur était opposable sur ces bases-là.

Ainsi, un journaliste, sous l'empire de l'ancienne loi sur la concurrence déloyale, encourt une *responsabilité civile* pour ses actes commis en tant que concurrent et lésant les autres médias ou bien en tant que participant au sens de l'art. 50 CO. Dans cette optique, lorsqu'un journaliste dénigre un autre journaliste, ils sont concurrents et l'existence d'un rapport de concurrence ne souffre aucune discussion.

Dans le système prévu par la LCD de 1943, la *responsabilité pénale* du journaliste n'était envisageable que dans les cas de complicité ou d'instigation (GUYET 246). Faute d'un rapport de concurrence, les médias n'auraient jamais pu se voir imputer des actes de concurrence déloyale. La seule hypothèse où la responsabilité pénale d'un média aurait pu être engagée à raison d'un acte de concurrence déloyale (p. ex. dénigrement) était celle où un journaliste aurait agi au préjudice d'un autre média.

En conclusion, il convient de souligner que la LCD de 1943 était applicable *en théorie* aux médias et aux journalistes. Cependant, conformément aux développements qui précèdent, la responsabilité tant civile que pénale des médias s'avérait *en pratique* très limitée.¹⁸³

¹⁸³ Voir Ivan CHERPILLOD, *Anwendung des UWG auf Journalisten*, Plädoyer 4/1992 pp. 36-40, 38 : "Daraus ergibt sich, dass das alte UWG auf Medien und Journalisten in einem gewissen Mass anwendbar war. Dennoch scheint die praktische Tragweite einer allfälligen Verantwortlichkeit von Medien und Journalisten beschränkt gewesen zu sein."

125. Un rapport de concurrence n'est plus nécessaire. La LCD du 19 décembre 1986, elle, opère un changement radical, car elle consacre l'abandon de l'existence d'un rapport de concurrence comme condition d'application (121 III 168, 173, *Gewerkschaft Druck und Papier*). Il suffit de lire l'art. 2 LCD pour s'en convaincre : "Est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou autres fournisseurs et clients".

Est importante, dans l'optique de la nouvelle loi, l'influence sur les relations de concurrence, qu'elle provienne d'agissements de concurrents ou de tiers non concurrents.¹⁸⁴ Le rapport de concurrence disparaît. Le remplace la notion d'état de concurrence, car la LCD n'intervient que si le comportement commercial ou la pratique commerciale influencent les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. On passe de l'idée de *Geschäftsmoral* à celle de *Wettbewerbsstörung* (RIKLIN 271).

Le champ d'application est donc plus large (PEDRAZZINI 37). Le passage du rapport de concurrence (abandonné) à l'état de concurrence (quand même exigé) a été confirmé par le Tribunal fédéral (116 II 463, 470, *Coca-Cola* : "Damit stellt sich namentlich die Frage, ob zwischen den Parteien ein Wettbewerbsverhältnis bestehe, nicht mehr").¹⁸⁵

126. L'application de la LCD de 1986 à des tiers non concurrents. Sur un plan économique général, il saute aux yeux qu'un tiers peut intervenir de manière plus ou moins sensible pour modifier le jeu normal de la concurrence (DUTOIT 300). Et de manière plus ou moins loyale, sans être lui-même un concurrent ni même récolter les dividendes de son comportement.

Brigitte Bardot a sûrement fait perdre des clients aux professionnels de la fourrure; *A bon entendeur*¹⁸⁶ ou *Kassensturz* ont certainement une

¹⁸⁴ Cf. dans le même sens MCF du 24.04.91 sur les infractions contre le patrimoine et faux dans les titres, FF 1991 II 933, 1027.

¹⁸⁵ Le MCF du 18.05.83 relève que "la vieille querelle au sujet de la nécessité d'une relation de concurrence pour l'application de la LCD deviendra ainsi sans objet" (FF 1983 II 1037-1137, 1058).

¹⁸⁶ Citons p. ex. l'émission du 08.03.95 sur le test antipollution effectué sur les automobiles par les garagistes. L'équipe d'*A bon entendeur* a donné à douze

influence sur le comportement des consommateurs; l'émission *Histoire d'en parler* d'Eric Jaquier sur la Radio suisse romande (La première) intéresse sans aucun doute plus d'un consommateur, car il dissèque et dénonce certains dérapages;¹⁸⁷ la Fédération romande des consommatrices peut sûrement modifier l'état de la concurrence par des tests comparatifs (en bien ou en mal d'ailleurs !).

Encore faut-il que leur comportement soit déloyal. Nous ne voulons pas allonger la liste car, poussé à l'extrême, le raisonnement montre que toute intervention positive ou négative a une influence certaine mais pas toujours quantifiable sur la concurrence. Il suffit alors qu'elle soit déloyale au sens de la LCD pour que la machine légale répressive puisse fonctionner. En ligne de mire, les médias sont les tiers non concurrents les plus présents, car la presse passe son temps à disséquer le tissu économique et peut donc modifier les données de base du débat entre concurrents.¹⁸⁸ Il suffit que le *modus operandi* soit déloyal au sens de la LCD pour que les tribunaux prononcent des condamnations. Et nous avons vu que le seuil de déloyauté, mouvant, est vite franchi (RSPI 1992 pp. 109-113, *Kästle/Nordica [Kassensturz]*).

127. La LCD de 1986 et les médias. Extension considérable du champ d'application. La LCD de 1986 a pour but de protéger non seulement les concurrents, mais aussi les consommateurs et le public en général. Elle a donc une mission de police du commerce et doit jouer un rôle régulateur dans le monde de la concurrence (BOLLE, *Procès pénal*, 17). Pourtant, son champ d'application se révèle être élargi d'une manière considérable. Même si l'art. 2 LCD vise les comportements et les pratiques à caractère commercial, il suffit actuellement d'une simple influence sur les rapports

garagistes une voiture qui présentait une panne au niveau de la sonde Lambda, indispensable au bon fonctionnement du catalyseur. Elle avait rendu défectueuse en outre l'ampoule qui signale le mauvais fonctionnement de la sonde sur le tableau de bord. Un seul garage a détecté la panne et remplacé la sonde et la lampe témoin ! Cf. *Tribune de Genève, Service antipollution ni fiable ni efficace*, 08.03.95, p. 11.

¹⁸⁷ Exemples : les lenteurs de l'UAP pour couvrir un dommage (émission du 04.09.95).

¹⁸⁸ Cf. MCF du 24.04.91 sur les infractions contre le patrimoine et faux dans les titres, FF 1991 II 933, 1027 : "On songera en premier lieu aux médias et aux organisations de consommateurs qui, par des tests lacunaires effectués sur des marchandises ou par des comptes rendus inexacts, peuvent influencer la concurrence de manière déloyale."

entre concurrents ou entre fournisseurs et clients pour que la LCD s'applique (121 III 168, 174, *Gewerkschaft Druck und Papier*).

Cette extension du champ d'application, voulue par le législateur et découlant clairement de la lettre et de l'esprit de la loi, a été confirmée par le Tribunal fédéral dans un premier arrêt du 5 juin 1990 sous forme d'*obiter dictum* dans un litige qui ne concernait pas les médias (116 II 463, 470, *Coca-Cola*). Ce premier arrêt fut suivi d'un autre litige où, cette fois, une des parties au litige était un journaliste : c'est l'arrêt *Bernina* (117 IV 193).

128. Effets prévisibles et perniciox de l'application de la LCD aux médias. L'arrêt *Bernina* (117 IV 193) a soulevé un tollé de protestations, notamment du côté des journalistes. Il s'est soldé par une condamnation pénale du journaliste. Cet arrêt a été suivi de l'arrêt "*Anwalt macht Kasse*" (120 IV 32) et d'un autre arrêt non publié, l'affaire opposant *Denner* à la *SonntagsZeitung*. La jurisprudence cantonale est, elle aussi, assez riche.

En matière pénale, la différence entre le régime de 1986 et celui de 1943 est notable : comme il n'y avait pas de rapport de concurrence, un journaliste ne pouvait pas tomber sous le coup de la LCD, réserve faite du cas où deux médias se font concurrence. La responsabilité comme instigateur ou complice, bien que théoriquement envisageable, n'avait pratiquement aucune importance. Dans ce système, les journalistes n'avaient que le Code pénal suisse à craindre, notamment les infractions contre l'honneur.

Avec la LCD de 1986, l'activité du journaliste relève de deux instruments pénaux : le Code pénal suisse et la Loi fédérale contre la concurrence déloyale, qui contient en fait des normes d'inspiration civile auxquelles on a passé sans précaution un habit pénal.

129. Limitation de l'exercice de la libre critique. Autocensure. Même si les condamnations de journalistes pour dénigrement paraissent rares à l'heure actuelle et même si les juges semblent faire preuve d'une retenue évidente après avoir frappé un grand coup avec l'arrêt *Bernina*,¹⁸⁹ il est

¹⁸⁹ Certains juges se montrent d'ailleurs particulièrement *medienfreundlich* : cf. RSJ 1994 pp. 178-184, *B.-Bank*.

incontestable que la LCD de 1986 soumet les journalistes à des pénalités sévères puisque l'art. 23 LCD prévoit l'emprisonnement (de 3 jours à 3 ans; art. 36 CPS) et l'amende jusqu'à 100'000 francs (GUYET 242).

Cette épée de Damoclès sur la tête des journalistes, comme l'a mentionné à juste titre la *Neue Zürcher Zeitung*,¹⁹⁰ a pour effet évident qu'un journaliste est obligé de s'astreindre à une autocensure sévère, de crainte d'encourir les sanctions pénales prévues par la LCD. Il y a donc une limitation drastique dans l'exercice de la libre critique. Un journaliste se voit contraint de naviguer dans le chenal assez étroit du *politiquement correct* s'il veut échapper à des actions d'entreprises qui se sentent dénigrées, notamment du fait de l'utilisation d'allégations inutilement blessantes.¹⁹¹ Et nous avons vu combien cette notion, élastique, peut varier et est sujette à interprétation.

Mais ce qui est vrai pour le journalisme économique (*Wirtschaftsberichterstattung*) l'est aussi en matière de critique d'art (*Kunstkritik*) : les productions, les prestations ou les oeuvres des artistes sont en concurrence entre elles et s'adressent à une même clientèle. L'art a aussi son marché et les sommes en jeu sont loin d'être négligeables. Tel journaliste critique d'art peut se voir poursuivi si son texte contient des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes telles qu'elles sont définies par la LCD (RIKLIN 274). L'application de l'art. 3 lit. a LCD a donc pour effet de limiter le droit et l'exercice de la libre critique et conduit les médias à pratiquer l'autocensure sous la pression de ce risque de dénigrement omniprésent.¹⁹²

¹⁹⁰ Cf. Markus FELBER, *Damoklesschwert über Journalistenköpfen*, NZZ, 04.01.95, p. 12.

¹⁹¹ On peut légitimement se demander si une méthode comme celle proposée par un *Bezirksanwalt* zurichois est applicable : "Es muss einer freien Wirtschaftspresse erlaubt sein, über tatsächliche Begebenheiten von allgemeinem Interesse (...) kritisch und durchaus auch mit Engagement zu schreiben. Dabei versteht es sich, dass ein gewisses, im Einzelfall zu beurteilendes Mass an Zurückhaltung bei der Beschreibung stets zu beachten ist, dass aber dieses Mass der gebotenen Zurückhaltung in einem umgekehrt proportionalen Verhältnis steht zur Negativwertigkeit der kritisierten Handlungsweisen des Betroffenen." (NZZ, 10.12.91, p. 33).

¹⁹² Le risque de dénigrement est un risque assurable. La *Zurich Assurances* a créé une assurance responsabilité civile pour entreprises des médias et travailleurs des

130. Pratique des plaideurs. L'état actuel n'est pas satisfaisant. La LCD a deux volets : le volet civil et le volet pénal. En matière de dénigrement (art. 3 lit. a LCD) il est à craindre que les plaideurs s'emparent à tous propos de l'outil pénal que leur offre la loi et qu'ils utilisent parfois abusivement la voie pénale, plus spectaculaire pour la victime du dénigrement et plus facile à mettre en oeuvre (avantages pratiques; constitution du dossier; dans le même sens RIKLIN 278).

Même si une entreprise ouvrant action contre un journaliste pour dénigrement n'obtiendra pas obligatoirement sa condamnation, la simple perspective d'une instruction pénale, les frais occasionnés par ces procédures et les soucis causés au journaliste conduiront les médias à pratiquer une *autocensure* poussée, qu'elle soit le fait de l'auteur même du texte ou du rédacteur en chef du journal (RIKLIN 275). Il n'est pas soutenable qu'un journaliste risque une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 3 ans pour avoir utilisé une formule inutilement blessante au sens où la loi la définit actuellement à l'égard d'une entreprise ou pour avoir écrit un trait d'esprit mordant au sujet d'une oeuvre d'art. L'état actuel n'est pas satisfaisant.¹⁹³

131. Conclusion : l'application de l'art. 3 lit. a LCD aux médias ne se justifie pas lorsqu'ils interviennent comme tiers non concurrents. La situation actuelle n'est pas satisfaisante et doit être revue. L'art. 3 lit. a LCD ne doit s'appliquer aux médias que s'ils interviennent comme concurrents (ZR 1978 n° 114, *Werbewirkungsstudie*). C'est le cas dans

médias qui englobe les cas de violation de la LCD (art. 2 lit. a des Conditions générales d'assurance). Elle distingue quatre types de risques : *risque A* (journalisme financier, économique et à sensation); *risque B* (presse journalière locale); *risque C* (sport, musique, théâtre, mode, etc.); *risque D* (exercice de l'activité de journaliste de manière secondaire). Cette assurance était proposée p. ex. à tous les membres de l'Union suisse de la presse spécialisée par une lettre du 27.02.89 de son président, Martin Stadelmann.

¹⁹³ Le Conseil fédéral a répondu à la motion *Vollmer* du 19.06.91 qui réclamait une révision partielle de la LCD tenant compte de la spécificité des médias en soulignant le cas particulier de l'arrêt *Bernina* : "Der Journalist hat die Anforderungen an die journalistische Sorgfaltspflicht offenbar nicht in allen Teilen erfüllt." (NZZ, 15.01.92, p. 18). Le problème demeure entier. Cf. résumé des délibérations de l'Assemblée fédérale, 1991, III/IV, p. 134. Selon cette motion, "le champ d'application de la LCD doit répondre aux exigences d'une liberté de la presse indispensable à l'exercice d'un journalisme (économique) critique."

l'hypothèse où le journal A dénigre le journal B. Cette solution ne souffre aucune discussion (PEDRAZZINI 235).

En revanche, les médias, lorsqu'ils interviennent comme tiers non concurrents, ne doivent pas être soumis à la LCD, notamment à l'art. 3 lit. a LCD. C'est la raison pour laquelle nous formulons nos deux thèses, que nous appuierons en développant deux argumentations, l'une de type *socio-culturel*, l'autre de type *juridique*, pour montrer que la proposition législative qui suit, justifiée en théorie, est réaliste et réalisable en pratique.

APPENDICE AU TITRE III : Bibliographie et jurisprudence

Bibliographie :

a) sur la critique en matière économique :

- ERDEM H. Ercüment, *La protection de la personnalité économique et la concurrence déloyale*, in : Mélanges Pierre Tercier, Ed. universitaires, Fribourg, 1994, pp. 165-182.
- KAPFERER Jean-Noël, *Rumeurs : plus vieux media du monde*, Paris, Seuil, 1987.
- LERCHE Peter, *Meinungsfreiheit und Richtigkeitsanforderungen an Tatsachenangaben im wirtschaftlichen Wettbewerb*, in : FS für Werner Lorenz, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1991, pp. 143-153.
- SCHLUEP Walter R., *Über Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb*, in : FS für Alois Troller, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1976, pp. 225-254.
- WYSS Laure, *Kluge und scharfe Kritik ist notwendig*, in : *Geschlossene Gesellschaft?*, Zürich, Rio Verlag, 1993, pp. 19-30.

b) sur les rapports entre médias et droit en général :

- ARSEVER Sylvie, *Le Conseil de la presse inquiet pour le droit à l'information*, *Journal de Genève*, 12.02.94, p. 9.
- BARRELET Denis, *La presse doit-elle dire la vérité ?*, RSJ 1989 pp. 369-376.
- BOLLE Pierre-Henri, *L'équité du procès pénal et la liberté des médias sont-elles incompatibles ?*, RICPT 1993 pp. 183-193.
- CANONICA Simon / MENSCH Christian, *Was darf die Presse, wenn die Justiz nicht will ?*, *Tages-Anzeiger*, 16.12.94, p. 2.
- CORNU Daniel, *Journalisme et vérité. Pour une éthique de l'information*, Genève, Labor et Fides, 1994.
- DUVERNIER Marie-Claude, *L'adaptation du droit pénal de la presse à la communication audiovisuelle en France*, RIDC 1989 pp. 497-513.
- GATTIKER Caspar, *Beweismittel und die Medien*, NZZ, 22.04.94, p. 69.
- GEISER Thomas, *Persönlichkeitsschutz : Pressezensur oder Schutz vor Medienmacht ?*, RSJ 1996 pp. 73-84.
- GILLIOZ Victor, *Paysage suisse des media*, PJA 1994 pp. 1087-1090.
- HALDIMANN Christine, *Médias romands et protection de la personnalité*, Fribourg, Ed. universitaires, 1989.
- JONGEN François, *La police de l'audiovisuel*, Paris, LGDJ, 1994.
- KÄGI-DIENER Regula, *Persönlichkeitsschutz im Verhältnis von Medien und Justiz*, PJA 1994 pp. 1102-1113.
- KRETSCHMER Petra, *Strafrechtlicher Ehrenschatz und Meinungs- und Pressefreiheit im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der vereinigten Staaten von Amerika*, Bern, P. Lang, 1994.
- KRIELE Martin, *Ehrenschatz und Meinungsfreiheit*, NJW 1994 1898-1905.
- KUBLI Peter, *Persönlichkeitsverletzungen von Strafverfolgungsorganen in den Medien*, Zürich, Lawbase Verl., 1995.

- LATIL Sophie, *Media et justice : vers de nouvelles règles du jeu*, *Le Figaro*. Cahier saumon, 03.09.92, p. XII.
- LAVOINNE Yves, *Le journaliste saisi par la communication*, in : Histoire et médias, Journalisme et journalistes français 1950-1990, Paris, Albin Michel, 1991, pp. 161-173.
- MAURICE Antoine, *Journalisme et vérité : un couple houleux*, *Journal de Genève*, 16.11.94, p. 18.
- PEYROT Maurice, *La presse et le droit*, *Le Monde*, 12.02.93, p. 2.
- PORTE Guy, *La déontologie, "règle de conduite" plutôt que "catéchisme"*, *Le Monde*, 22.06.93, p. 15 (sur un colloque à Nice sur l'indépendance et la crédibilité des journalistes).
- PUKALL Kirstin, *Meinungsvielfalt im Rundfunk nach der audiovisuellen Revolution : verfassungs-, wettbewerbs- und europarechtliche Aspekte*, Bern, P. Lang, 1994.
- RECK Oskar, *Die Medien und ihr Schutzpatron*, *Wir Brückenbauer*, 26.07.95, p. 23.
- RIKLIN Franz, *Pressedelikte im Vergleich zu den Rundfunkdelikten*, RPS 1981 pp. 189-202.
- RUPPEN Stephan, *Liegt Justitia mit den Medien im Clinch ?* Plädoyer 3/1995 p. 40.
- SAXER Urs, *Die Verrechtlichung der Medien geht zu weit*, *Tages-Anzeiger*, 28.11.94, p. 3.
- SCHUBARTH Martin, *Grundfragen des Medienstrafrechtes im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, RPS 1995 pp. 141-160.
- TERCIER Pierre, *Les mesures provisionnelles en droit des médias*, *Medialex* 1/1995 pp. 28-35.
- THWAITE Gregory J., *Free Gazettes Versus free People : Restrictions on the Media Under German Law*, *International Business Lawyer* 1995 pp. 140-142.
- VOUYOUCAS Constantin, *L'adaptation du droit pénal de la presse à la communication audiovisuelle en Grèce*, RIDC 1989 pp. 477-495.
- WALDER-BOHNER Hans-Ulrich, *Prozessuales zum Fall Rey c. «Tat»*, RSJ 1977 pp. 281-283.
- WEBER Rolf H., *Der Journalist in der Verfassungsordnung*, Zbl 1988 pp. 93-114.
- ZÖLCH Franz A., *Droit des médias et journalisme spécialisé. Directives pour journalistes spécialisés*, Bern, Edition de l'Union suisse de la presse spécialisée, 1996.
- c) sur l'application de la LCD aux journalistes en particulier :
- ALTENPOHL Martina, *Verhindert das neue UWG die Medienkritik am Wirtschaftsgeschehen ?*, NZZ, 18.01.92., p. 33.
- BAUR Richard, *UWG und Wirtschaftsberichterstattung : Vorschläge zur Reduktion des Haftungsrisikos*, Zürich, Schulthess, 1995.
- BRAUN-SCHWARZ Ingeborg, *Die verlegerische Haftung auf Unterlassung für wettbewerbswidrige Anzeigen in periodischen Druckwerken*, Bern, P. Lang, 1994.
- CANONICA Simon, *Die Medien arbeiten in einem juristischen Minenfeld*, *Tages-Anzeiger*, 28.11.94 pp. 2-3.
- CHERPILLOD Ivan, *Anwendung des UWG auf Journalisten*, Plädoyer 4/1992 pp. 36-40.

- CHERPILLOD Ivan, *L'application de la loi contre la concurrence déloyale aux journalistes*, résumé de la conférence du 28.01.92 présentée à l'Association suisse pour le droit d'auteur et des médias (non publié).
- DIEMER Guido, *Meinungsfreiheit und Wettbewerbsrecht*, in : FS für Rainer Klaka, München, J. Schweitzer, 1987, pp. 44-58.
- GILGEN Rolf, *Das neue UWG : ein Maulkorb für die Medien*, Plädoyer 6/1990 pp. 29-30.
- HEINRICH Peter, *Das UWG als Presse-Maulkorb ? Divergierende Meinungen von Juristen und Journalisten*, NZZ, 20.10.94, p. 15.
- HOTZ Karl Matthias, *Die Bedeutung des neuen schweizerischen Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb für die Berichterstattung der Massenmedien*, GRUR Int. 1990 pp. 214-242.
- HOTZ Karl Matthias, *Zur Bedeutung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) für die Massenmedien*, RSJ 1990 pp. 26-32.
- MAYR Rudolf, *Unlauterer Wettbewerb am TV oder richterlicher Bildschnitt ?* Plädoyer 1/1995 pp. 14-15.
- NOBEL Peter, *Zu den Schranken des UWG für die Presse*, RSJ 1992 pp. 245-253.
- NOBEL Peter, *Soll die Presse für Dritte haften?*, NZZ, 10.06.86, p. 53.
- NOBEL Peter / MEILI Andreas, *Unlauterer Wettbewerb und Medienpraxis. Für eine "medienvetragliche" Handhabung des UWG*, NZZ, 17.07.93, p. 19.
- RICKER Reinhart, *Handbuch des Presserechts*, München, C.H. Beck, 1994, 16. Abschnitt : *Presse und Wettbewerbsrecht*, pp. 498-526.
- RIKLIN Franz, *Die Fesseln der Medien werden immer enger*, in : *Medien zwischen Geld und Geist, 100 Jahre Tages-Anzeiger*, Zürich, 1993, pp. 173-180.
- RIKLIN Franz, *Strafrechtliche Aspekte der Anwendung des neuen UWG auf Medienschaffende*, PJA 1993 pp. 620-625.
- SAXER Urs W., *Wirtschaftsfreiheit vs. Medienfreiheit : wie weit soll der Schutz der Wirtschaft gegenüber den Medien gehen ? Überlegungen zu den geltenden Regelungen aus verfassungs- und medienrechtlicher Sicht*, PJA 1994 pp. 1136-1153.
- SCHALTEGGER Paul, *Die Haftung der Presse aus unlauterem Wettbewerb*, Zürich, Schulthess, 1992.
- SCHÜRMAN Leo / NOBEL Peter, *Medienrecht*, 2^e édition, Bern, Stämpfli, 1993, § 30 : *Medien und UWG*, pp. 351-355.
- ZÄCH Roger, *Das UWG und die Medien - Plädoyer für besondere Anforderungen an die journalistische Sorgfalt*, RDS 1992 pp. 173-185.

On lira aussi le compte-rendu d'un débat organisé le 15.09.94 à Beme par l'Association suisse d'étude de la concurrence, débat au cours duquel Denis BARRELET, journaliste à 24Heures et professeur de droit des médias, déclarait : "L'une des fonctions de la liberté de la presse est de permettre la critique des acteurs de la vie politique, sociale et économique" et regrettait que la LCD contienne", du moins en germe, de sérieuses menaces pour la liberté des médias." Cf. *Le Nouveau Quotidien*, 16.09.94, p. 13. *Liberté des médias menacée ? La loi sur la concurrence déloyale divise juristes et journalistes.*

Jurisprudence

a) Le seuil de déloyauté a été franchi dans les cas suivants, où le *dénigrement* (*Herabsetzung*) a été admis (art. 1^{er} al. 2 lit. a aLCD; art. 3 lit. a LCD; art. 10bis al. 3 ch. 2 CUP) :

A) Jurisprudence fédérale (*dénigrement admis*) :

le fait de déclarer à des fournisseurs qu'un de ses concurrents "n'avait pas le sou" est une allégation inutilement blessante (74 IV 115);

constituent un dénigrement les allégations suivantes proférées par un concurrent de Maggi vendant aussi des arômes pour assaisonner : "Maggi-Produkte haben einen unnatürlichen Fabrikgeschmack, einen unangenehmen Neben- oder Beigeschmack", "sie «mäggelen» («mätschelen»)",¹⁹⁴ "übelriechenden Geschmack," "Maggi stinkt geradezu", "Maggi besteht zur Hauptsache aus Salz und Papier", "er ist nicht bekömmlich, ist schwachen Magen nicht zuträglich", "ist gesundheitsschädlich", "Die eigenen Pflanzungen der Firma Maggi sind Schwindel, nur Reklame", "Maggi ist eine deutsche, eine ausländische Firma, ist nicht schweizerisch, eine internationale Firma, ist ein Judengeschäft" (en 1930 !) (56 II 24).

B) Jurisprudence cantonale (*dénigrement admis*) :

le fait de prétendre qu'une entreprise place illégalement du personnel et est impliqué dans une procédure pénale est dénigrant (HG SG du 16.11.93 in RSPI 1994 pp. 364-369);

la lettre qui suit, envoyée aux clients d'un concurrent, constitue un acte de concurrence déloyale au vu des circonstances qui la font apparaître comme fallacieuse et fausse: "Sehr geehrte Kundin, sehr geehrter Kunde, wir müssen Sie leider darüber verständigen, dass wir die Zusammenarbeit mit Herrn P.W., (...), aus schwerwiegenden Gründen sofort abgebrochen haben. Um Ihnen Umtriebe zu ersparen, bieten wir Ihnen an, Ihren Bedarf wie früher direkt bei uns zu decken (...)" (HG AG du 10.12.93 in RSPI 1994 pp. 355-359);

étude polémique au sujet des fours à micro-ondes publiée dans les revues *Journal Franz Weber* (n° 19), *raum & zeit* (n° 55) et *VITA SANA MAGAZIN* (n° 1/92) : la liberté de recherche (*Forschungsfreiheit*) ne justifie pas la publication de résultats intermédiaires qui peuvent induire le public en erreur et qui ne sont pas scientifiquement corroborés (controverse). Titre de l'article : "Mikrowellen : Gefahr wissenschaftlich erwiesen !" Puis, en sous-titre : "Die Beweise sind unwiderlegbar ! Eine wissenschaftliche Untersuchung beweist, wie gefährlich die

¹⁹⁴ Il s'ajoute le problème de l'idiome suisse-allemand : *mäggelen* = qui sent le pourri alors que *mätschelen* est un terme familier dérivé de Maggi. Comme quoi le dialecte suisse-allemand peut apporter un certain piquant ! (cf. aussi 116 IV 146 pour une expression en *dialecte* utilisée dans un texte imprimé en *hochdeutsch*).

von Mikrowellen bestrahlten Lebensmittel für die Gesundheit sind..." En conclusion : "Die (...) zweifellos bewiesenen, zerstörenden Eigenschaften der Mikrowellen wirken (...) auch auf indirektem Weg über die bestrahlte Nahrung schädlich auf den Menschen." (Appellationshof BE du 14.08.92 in RSP1 1993 pp. 328-331; cf. 120 II 76);

le fait de prétendre, dans une émission TV (*Kassensturz* du 22.01.90 sur le marché du ski), qu'une entreprise ne respecte pas ses contrats par appât du gain ("*aus Profitgier*") est dénigrant (Bezirksgericht ZH du 14.10.91 in RSP1 1992 pp. 109-113);

les allégations suivantes sont constitutives de dénigrement, au vu des circonstances et de leur formulation :

- a) die zum überwiegenden Teil ausländischen Zigarettenfabrikanten der Schweiz umgingen den Volkswillen,
- b) die Zigarettenfabrikanten hätten ein privates Kartell geschaffen, um die hohen Preise auf dem Buckel der Konsumenten zu retten,
- c) gegen den Willen des Volkes würden die Schweizer Raucher nach Strich und Faden geschröpft,
- d) die Zigarettenfabrikanten streckten sich einen nicht zu rechtfertigenden Super-Gewinn von fünf bis sechs Franken je Stange in die Tasche, bzw. die Zigarettenfabrikanten steckten sich einen nicht zu rechtfertigenden Gewinn in die Tasche,
- e) für die Tabak-Fabrikanten seien die Schweizer Raucher die Dummen,
- f) Profiteure,
- g) die amerikanischen Fabrikanten würden sich im Ausland so aufführen, dass sie dafür zu Hause ins Gefängnis kämen,
- h) die Amerikaner meinten, sie könnten sich in der Schweiz schadlos halten,
- i) Vögte oder eine Zusammensetzung mit «Vögte», insbesondere Preisvögte oder Zigarettenvögte,
- k) das Tabakkartell halte die Preise künstlich hoch bzw. mache die Zigaretten künstlich teuer,
- l) die Zigarettenfabrikanten verdienten viel zuviel und erzielten unverschämte Preise,
- m) die kartellfreien Zigaretten der Beklagten seien gleich gut, nur noch billiger als die Kartellzigaretten,
- n) die Zigarettenfabrikanten seien mehrheitlich ausländisch beherrscht,
- o) die Zigarettenproduzenten hätten Angst vor der Wahrheit,
- p) die Zigarettenproduzenten würden den Konsumenten weiterhin viel Geld abnehmen,
- q) die frechen Hände bzw. die frechen fremden Hände,
- r) die Kunden sollten von Kartell-Zigaretten auf ebenso gut schmeckende kartellfreie umsteigen,
- s) B dürfe - nach dem Willen des Tabakkartells und des Tabakhandels - in Inseraten nicht sagen, was den Konsumenten interessiert,
- t) B dürfe - nach dem Willen des Tabakkartells und des Tabakhandels - in Inseraten nicht sagen, was ihm richtig erscheine,
- u) Zittern und/oder Angst in Tabakkreisen,

- v) die Wahrheit über die Zustände und/oder die herrschende Geistesverfassung im Tabakkartell dürfe nicht gesagt werden,
- w) fehlende Qualitätsunterschiede,
- x) die ausländischen Konzerne streichen in der Schweiz unverantwortliche Supergewinne ein (HG ZH du 04.06.89 in RSPI 1991 pp. 268-276 = ZR 1989 n° 62);

si l'affirmation selon laquelle des brevets étrangers sont violés par un brevet suisse donnant naissance à un droit de priorité est reconnue inexacte, il y a dénigrement (OG BL du 16.06.87 in RSPI 1987 pp. 273-282);

la publicité "Verwechseln Sie dieses Produkt nicht mit einem Konkurrenzprodukt, welches Sojamehl enthält. Diese herrliche Torte enthält garantiert kein Sojamehl." est trompeuse car elle est fondée sur ce qui va de soi étant donné que cette farine n'est utilisée dans aucun autre gâteau (Bezirksgericht Winterthur du 25.02.86 in RSPI 1986 pp. 328-332);

constitue un cas de dénigrement le fait d'accuser un concurrent de violation de secret d'affaires, alors qu'il n'y a pas ou plus de secret (OG ZH du 26.08.83 in RSPI 1984 pp. 386-391);

celui qui menace de divulguer auprès de la clientèle des informations sur des événements internes qui se sont produits au sein d'une entreprise concurrente et qui pourraient causer à cette dernière un préjudice et porter atteinte à son crédit (*kreditschädigende Äusserungen*) viole la LCD en étant inutilement blessant (HG BE du 21.03.83 in RSPI 1985 pp. 107-108);

les allégations suivantes, contenues dans une déclaration distribuée par un distributeur dans ses magasins, sont inutilement blessantes : "Firmen, die behaupten, nur Schweizer Möbel zu verkaufen, lügen bestimmt ! Wer bestimmt lügen kann, der wird sicher auch schnell betrügen." et "Diese Preise sind eindeutig übersetzt - das ist Wucher ! (Wucher écrit en gras); amende de 30'000.-- (Bezirksgericht Bülach du 10.08.77 in RSJ 1978 pp. 194-196 = RSPI 1978 pp. 241-245);

celui qui qualifie un concurrent de "incapable et saboteur" ébranle sa position économique et jette le discrédit sur lui car il émet, auprès des clients potentiels ou avérés de son concurrent, des critiques assez vives pour que ceux-ci annulent leurs commandes ou exigent des garanties particulières relatives à la livraison ou à la bienfaisance (TC VS du 27.09.66 in RVJ 1967 pp. 188-190);

un article intitulé *Bericht für die Ziegelindustrie in freier Folge. Der Kalksandstein eignet sich nicht für Brandmauern* et contenant des développements incomplets, partiels et fallacieux sur la base de recherches et d'études sans faire état d'une controverse scientifique constitue un cas de dénigrement (OG ZH du 25.05.66 in ZR 1968 n° 41);

se rend coupable de dénigrement celui qui accuse à tort un concurrent d'avoir commis un acte de concurrence déloyale en copiant servilement ses containers (HG ZH du 25.10.66 in ZR 1967 n° 32);

est constitutive de dénigrement l'affirmation suivante d'un avocat, alors qu'il n'y a pas encore eu de jugement définitif : "Persönlich kann ich nur staunen darüber, dass eine schweizerische Geschäftsfirma, die etwas auf sich hält, solche Machenschaften ihrer leitenden Angestellten zu decken wagt. Ich zweifle auch nicht daran, dass das erwähnte Strafverfahren mit einer Verurteilung der

Angeschuldigten enden wird." Une telle lettre est inutilement blessante car l'issue d'un procès est ouverte (HG ZH du 02.10.64 in RSPI 1965 pp. 107-112);

taxer d'illusoire ou de politique malsaine un système de vente admis de façon générale par les économistes depuis de très nombreuses années, pratiqué constamment par de nombreux commerçants en dehors des coopératives et expressément reconnu comme licite par la loi (art. 20 a. 2 aLCD) et présenter les clients potentiels comme des victimes est dénigrant (CJ GE du 06.12.60 in SJ 1961 pp. 401-413).

b) le seuil de déloyauté n'a pas été franchi dans les cas suivants (pas de dénigrement) :

C) Jurisprudence fédérale (dénigrement nié) :

offre et vente par Denner de produits alimentaires, de spiritueux et de tabacs, de différentes marques, à des prix particulièrement bas. Pas de dénigrement des prestations des concurrents (107 II 277, cons. 4);

un prospectus-réclame, édité à 80'000 exemplaires, contenant la liste des principales eaux minérales suisses, classées d'après leur teneur en matières minérales, ne constitue pas un dénigrement si cette comparaison, comme en l'espèce, est purement objective et repose sur des données exactes (55 II 178);

ne constitue pas un dénigrement le prospectus indiquant que l'apéritif suisse *Rival* ne contient ni essence ni éther et n'a pas de bouquet artificiel, car cette allégation ne permet pas de dire qu'il insinue que la *Suze* - apéritif pas désigné nommément - contiendrait des produits chimiques nocifs à la santé (ATF du 07.05.55 in SJ 1956 pp. 328-334).

D) Jurisprudence cantonale (dénigrement nié) :

n'est pas déloyale, au vu de toutes les circonstances, l'allégation "*X. sei nicht in der Lage, wasserbetriebene Stranggussanlagen zu konstruieren und zu bauen, ohne bestehende Patente von Konkurrenzfirmen zu verletzen*" (ATF du 06.06.67 in RSPI 1967 pp. 141-146);

article du 07.02.91 paru dans la *NZZ* sous le titre «Durchsichtige Motive des Adia Comco Handels» au sujet de la Omni Holding de Werner K. Rey; termes employés : "übles Gauklerstück", "clever ausgehecktes Manöver", "schlüpfriger Pfad", "durchsichtiges Aufwertungsmanöver"; le prix de l'action est jugé "grotesk übersetzt" ou "krass übersetzt"; l'opération est décrite comme une "pikante Beteiligungsumschichtung". Au vu des circonstances, pas de dénigrement (Einstellungsverfügung BAZ du 15.11.91 in RSPI 1992 pp. 113-116);

accuser un concurrent de pirater ("piraterie", "Piratenausgabe") l'ouvrage qu'on édite ne constitue pas un dénigrement lorsque plusieurs fragments figurant dans cet ouvrage sont textuellement reproduits dans le volume édité par l'autre partie, tandis que d'autres insertions y ont été reproduites avec des modifications mineures (CJ GE du 22.06.84 in RSPI 1985 pp. 114-116);

le reproche d'un concurrent fait à l'adresse d'un fournisseur qui le boycotte selon lequel ce fournisseur détruirait ses concurrents inférieurs ("*zerstören kleine Brauereien*") n'est pas inutilement blessant au vu de toutes les circonstances, notamment au vu du conflit étendu, massif et connu du public (HG ZH du 25.04.83 in RSPI 1984 pp. 378-386);

- la communication véridique d'une interdiction provisoire n'est pas déloyale lorsqu'elle n'est pas nettement inexacte ou fallacieuse ("*nicht klarerweise unrichtig und irreführend*") au vu de toutes les circonstances (OG SH du 01.04.77 in RSPI 1979 pp. 154-161);
- le slogan "*Einzig Drano ist so sparsam und wirkt so schnell*" n'est pas dénigrant vis-à-vis d'autres produits concurrents puisque la publicité se contente de mettre en avant un produit propre et ne ravale pas les produits concurrents (HG ZH du 14.12.70 in RSJ 1971 pp. 128-129 = RSPI 1971 pp. 59-62);
- ne constitue pas un dénigrement l'annonce suivante faite par un commerçant de Bienne faite en allemand et en français : "Wer in Warenhäuser ausländische Artikel kauft, fördert die Arbeitslosigkeit. Tanner führt beste Schweizerware" ou "Celui qui achète de la marchandise étrangère dans les bazars contribue au chômage. Tanner vend de la marchandise suisse de première qualité." (HG BE du 24.11.33 in RJB 1935 pp. 287-292).

Thèse 1 : La LCD doit s'appliquer aux médias lorsqu'ils interviennent comme concurrents.

Soit l'entreprise de médias qui possède la publication intitulée *VOICI*. Elle doit avoir à disposition l'action en concurrence déloyale contre un concurrent qui appellerait son magazine *VOILÀ* en arguant du fait qu'il y a risque de confusion (art. 3 lit. d LCD). L'imitation de la prestation d'un concurrent est un acte de concurrence déloyale classique et le produit de presse est une marchandise comme une autre. Il est dès lors possible d'appliquer aux produits médiatiques, sans ménagements particuliers, le régime général de la répression de l'imitation de la présentation de la marchandise d'un concurrent.

Si un journaliste émet des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes au sujet d'un autre journaliste, il est acceptable que la LCD s'applique à un litige opposant deux concurrents (art. 3 lit. a LCD). Le fait de ravalier, de rabaisser un concurrent ou de ternir son image ou celle de ses produits ou services est un acte illicite. Les entreprises de médias sont soumises entre elles au régime de la concurrence. Il se justifie dès lors de leur appliquer sans restriction les limites sévères tracées par l'interdiction du dénigrement.

Thèse 2 : La LCD ne doit pas s'appliquer aux médias lorsqu'ils interviennent comme tiers non concurrents.

L'ancienne LCD de 1943 exigeait un rapport de concurrence pour pouvoir s'appliquer. Il en découle qu'elle était déjà applicable aux médias et aux journalistes, mais dans une mesure très limitée. Faute d'un rapport de concurrence, un journaliste ne pouvait jamais être l'auteur d'un acte de concurrence déloyale lésant une entreprise, à moins qu'il ne visât une entreprise de médias et alors, dans ce cas, le rapport de concurrence était donné.

La nouvelle LCD de 1986 exige, pour pouvoir s'appliquer, une simple influence sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Le cercle des personnes visées est élargi de manière considérable. L'exigence du *rapport de concurrence* tombe. Lui succède le principe généreux d'une simple *influence sur l'état de la concurrence*. Tombent de ce fait sous le coup de la LCD les agissements de tiers non concurrents,

dès qu'ils influent sur l'état de la concurrence. Parmi eux figurent en bonne place les médias.

Ce changement radical a des effets divers - d'aucuns diront pervers - selon l'infraction considérée : l'abandon de l'exigence du rapport de concurrence a des conséquences limitées en matière d'imitation de la présentation des produits d'un concurrent (art. 3 lit. d LCD), car deux fabricants de produits sont par définition concurrents directs ou indirects. Mais il en va tout autrement du domaine du dénigrement (art. 3 lit. a LCD) où, si la figure du concurrent dénigrant un adversaire est classique, celle d'un média critiquant un produit, une entreprise ou un individu et tout aussi répandue.

A notre avis, deux situations différentes appellent deux solutions différentes. Les médias doivent pouvoir remplir leur mission d'information, de divertissement et de contrôle démocratique. La critique, fût-elle sévère, caustique voire assassine, fait partie des moyens licites pour remplir cette mission. Il ne se justifie dès lors pas de soumettre les journalistes à la LCD et de les punir pour de prétendues *allégations inutilement blessantes*. Parfois, il n'y a que la vérité qui blesse.

Notre thèse, audacieuse dans un climat plutôt *medienseindlich*, s'appuie en outre sur deux arguments. Le premier est socio-culturel : une démocratie libre a besoin de médias libres. L'évolution historique montre que la liberté doit être le principe, la censure l'exception. Il est donc souhaitable, sur le plan théorique, de renoncer à l'application de l'art. 3 lit. a LCD aux médias.

Le second argument est juridique. Il faut certes des moyens pour sanctionner abus et dérapages. Mais, en matière de dénigrement, les limites actuelles posées à l'activité des journalistes suffisent. Il est donc possible, sur le plan pratique, de renoncer à l'application de l'art. 3 lit. a LCD aux médias.

Proposition législative

Par conséquent, nous proposons un article 1^{er} LCD qui a la teneur suivante :

Article premier But et champ d'application

- ¹ La présente loi vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée.
- ² Elle n'est applicable aux médias que s'ils interviennent en qualité de concurrents, de fournisseurs ou de clients.

TITRE IV : ARGUMENTS A L'APPUI DE LA THÈSE

132. *Choix des arguments. La presse a besoin de liberté. Histoire.* 133. *"Sans la liberté de blâmer, il n'est point d'éloge flatteur."* 134. *L'assujettissement des médias à la LCD est un corps étranger dans le panorama législatif.* 135. *Limites. Exemples. Ces garde-fous sont justifiés et justifiables.* 136. *Statut spécial de la presse. Conséquences.* 137. *But de la démonstration. Limitation de la discussion. Art. 160 aCPS.* 138. *Le bouclier des art. 173 et suivants CPS.* 139. *Le bouclier de l'art. 261bis CPS.* 140. *Notre système est-il cohérent ? Arrêt Anne-Frédérique Widmann (L'Hebdo).* 141. *Décisions des tribunaux.* 142. *Comparaison de deux espèces.* 143. *Il faut limiter les limites.*

Chapitre I : L'argument socio-culturel

132. *Choix des arguments. La presse a besoin de liberté. Histoire.* Il y a différents types d'argumentation possibles. D'abord, l'argumentation *économique*. C'est celle du législateur. Le Message du 18 mai 1983 du Conseil fédéral à l'appui de la LCD est un discours exclusivement économique, où l'impact sur la concurrence se mesure à l'aune des critères commerciaux. Ensuite, l'argumentation *socio-culturelle*. Elle tend à montrer que la liberté de la presse est l'une des bases de notre société et participe à l'essence de notre culture. Enfin, l'argumentation *juridique*. La presse a besoin de liberté, mais sa liberté s'arrête là où commence celle des autres sujets de droit. Il faut donc des cautions. Les abus doivent être sanctionnés. Notre ordre juridique contiendra, dans ce but, des dispositions claires, précises, efficaces et proportionnées.

Dans notre argumentation, nous privilégions l'*argument socio-culturel* et l'*argument juridique*, qui permettent d'arriver à une solution plus satisfaisante pour toutes les parties intéressées que l'*argument économique*, trop étroit car rivé sur la conjoncture : l'état de la concurrence et les actes pouvant l'influencer. Le débat de l'application aux médias de la LCD ne peut rester cantonné à une réflexion par trop *matérielle*, terre-à-terre. Il faut lui donner aussi une couleur *intellectuelle*, idéale.

Depuis la Déclaration des droits de l'homme de 1789 où la liberté de la presse figure à l'article XI,¹⁹⁵ l'histoire de la presse tourne autour de cette liberté fondamentale qui veut que chacun a le droit de dire, de montrer et d'écrire ce que bon lui semble.¹⁹⁶ La liberté de la presse est la liberté classique par excellence. "*Unsere Pressefreiheit ist Vorbedingung von Freiheit und Gerechtigkeit schlechthin*" disait déjà Karl Jaspers.

De tout temps, en tout lieu, en matière médiatique, la liberté a été considérée comme la règle, la censure comme l'exception même si les faits, à certaines périodes, contredisent cette affirmation. Une démocratie a besoin d'une presse libre et une presse libre est un gage de démocratie (voir déjà 31 1 385, 393, Quillet). C'est son essence même.¹⁹⁷ D'ailleurs, les mesures tendant à contrôler les médias ont toujours eu mauvaise presse.¹⁹⁸ Il est intéressant de suivre les proclamations des garanties de la liberté de la presse depuis le XVIII^e siècle. L'article 7 de la Constitution du 12 avril 1798 de la République helvétique une et indivisible stipule que "la liberté de la presse dérive du droit d'acquérir de l'instruction." Lorsqu'il s'agira de réviser le Pacte fédéral de 1815, le second projet, de mai 1833, contient une disposition particulière : "La presse est exclusivement soumise à la législation cantonale; la Confédération ne peut ni abroger, ni restreindre la liberté de la presse, ni introduire la censure." Cette liberté fondamentale figurera dans la Constitution du 12 septembre 1848 : "La liberté de la presse est garantie" (art. 45).

¹⁹⁵ Cf. article XI de la Déclaration des droits de l'homme : "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi."

¹⁹⁶ Voir François-René de CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'Outre-Tombe*, chapitre VIII : "J'ai (...) aidé à conquérir celle de nos libertés qui les vaut toutes, la liberté de la presse."

¹⁹⁷ Voir déjà MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, XII, 14 : "L'aristocratie est le gouvernement qui proscrie le plus les ouvrages satiriques. Les magistrats y sont de petits souverains qui ne sont pas assez grands pour mépriser les injures."

¹⁹⁸ La LCD de 1986 est souvent comparée à une muselière : cf. Peter HEINRICH, *Das UWG als Presse-Maulkorb ? Divergierende Meinungen von Juristen und Journalisten*, NZZ, 20.10.94, p. 15.

La Constitution de 1874 (art. 55 Cst. féd.) reprend le texte de 1848 sans le modifier. Cette garantie fondamentale d'une liberté elle aussi fondamentale est donc présente, depuis 1848 sous la forme d'une phrase lapidaire, depuis 1789 dans la lettre et l'esprit de nombreuses codifications, ce qui montre bien l'importance de la liberté de la presse sur le plan social et sur le plan culturel. Il aura fallu et il faut encore se battre pour cette liberté fondamentale.

133. "Sans la liberté de blâmer, il n'est point d'éloge flatteur." Vouloir soumettre les médias à la Loi fédérale contre la concurrence déloyale lorsqu'ils interviennent en tant que tiers non concurrents pour remplir leur mission d'information, de contrôle démocratique et de divertissement, c'est oublier que la critique est vivifiante et que certains coups de griffe sont parfois mérités. La jurisprudence fédérale accorde à la presse une fonction permanente et importante de critique et de contrôle publics (121 II 359, 363, *Adrian Gasser*; 120 IV 32, 37, "*Anwalt macht Kasse*"; 112 Ia 398, 410, *Association vaudoise des journalistes*; 107 Ia 277, 281, *Luister*; 104 IV 11, 13, *Baillod*).

Pour nos tribunaux, les médias sont un instrument de formation de l'opinion publique; leur liberté et leur indépendance sont un fondement de la démocratie (119 Ia 99, 102, *publicité des débats*; 118 IV 153, 163, *Frick*; 118 II 369, 372, *Eglise de Scientologie de Lausanne*; 117 IV 27, 29, "sorcière"; 116 IV 31, 41, *Udo Proksch [Lucona-Versicherungsskandal]*; 113 Ia 309, 316, *Verband der Schweizer Journalisten*).

Vouloir soumettre les médias à une législation de police du commerce, c'est aussi aller à contre-courant de l'évolution de la société démocratique qui aspire à plus de liberté. C'est enfin contraire au bon sens puisque les médias ne se voient poursuivis et condamnés que lorsqu'ils émettent des critiques négatives ou lorsqu'ils se montrent incisifs en relevant manques, défauts, échecs ou faillites.

Au contraire, les journalistes ne risquent pas les foudres de la loi s'ils se complaisent, tels de fades adulateurs, à encenser sans retenue un concurrent ou à louer exagérément un produit. Les thuriféraires ne sont pas visés par les textes de la LCD. La notion d'*allégation inutilement laudative* est étrangère au droit de la concurrence déloyale. Ce système de répression est à sens unique. C'est oublier la belle phrase de

Beaumarchais : "Sans la liberté de blâmer, il n'est point d'éloge flatteur et il n'y a que les petits hommes qui redoutent les petits écrits."¹⁹⁹

134. **L'assujettissement des médias à la LCD est un corps étranger dans le panorama législatif.** Le projet de Constitution fédérale de 1995, à son article 13, montre que liberté d'opinion, liberté d'information et liberté des médias sont liées.²⁰⁰ Jusqu'à un certain point, l'état de santé d'une démocratie se mesure au degré de liberté dont jouit sa presse (RIKLIN 29). Dès que la démocratie est en danger, la liberté de la presse l'est aussi. A l'inverse, une démocratie vivante et forte a des médias toujours libres, souvent critiques, parfois contestataires. Telle est le sens d'une véritable liberté de la presse.²⁰¹ La presse est un outil de civilisation. Elle devrait être un gage de perfectionnement social. Elle favorise l'ouverture d'esprit.

L'importance de la liberté de la presse a été reconnue par des textes internationaux, tels la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 qui reconnaît, dans son article 19, le droit de tout individu à la liberté d'opinion et d'expression. La presse est un moyen d'expression. Une société vit de la diversité des opinions, une culture de la confrontation des idées. La presse en est le vecteur. Elle a donc un rôle socio-culturel important à jouer, que la Convention européenne des droits

¹⁹⁹ Cf. Beaumarchais, *Le Mariage de Figaro*, acte V, scène III (monologue de Figaro).

²⁰⁰ L'article 13 du Projet de Constitution de 1995 a la teneur suivante :

¹ La liberté d'opinion et d'information est garantie.

² Toute personne peut librement former son opinion, l'exprimer et la répandre par la parole, l'écrit, l'image ou d'une autre manière.

³ Toute personne peut librement recevoir des informations, se les procurer aux sources généralement accessibles et les répandre.

⁴ La liberté de la presse, de la radio et de la télévision est garantie; la censure préalable est interdite.

²⁰¹ Cf. RIKLIN 29 : "Sie [i.e. die Pressefreiheit] gehört zu den bedeutsamsten Freiheitsrechten und ist unabdingbare Voraussetzung für einen demokratischen Staat, indem sie als Motor und Sprachrohr eine Diskussion in der Öffentlichkeit ermöglicht." Voir aussi 107 Ia 45, 49, *Pressephotos*; 98 Ia 73, 80, *Kellermüller*; 95 II 481, 492, *CLUB MEDITERRANIS*; 37 I 381, 388, *Gutknecht*.

de l'homme consacre aussi à son article 10. Comme le souligne à juste titre BARRELET, "la liberté de la presse est un peu le fer de lance du libéralisme. Une fois en place, elle devient un élément constitutif de la démocratie."²⁰²

L'assujettissement des médias à l'art. 3 lit. a LCD va à l'encontre de la dynamique actuelle : un critique d'art ne peut plus s'opposer en termes vifs et incisifs à une création artistique, parce qu'il influe sur l'état de la concurrence et qu'il pourrait, en étant utilement caustique, émettre une allégation inutilement blessante. Il serait alors punissable et passible, à côté de l'amende, d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans, pour s'être montré inutilement blessant, notion floue qui plonge même le Tribunal fédéral dans le doute. Pouvons-nous ajouter que, parfois, il n'y a que la vérité qui blesse ?

Une telle situation vide de leur substance les principes constitutionnels de base de notre société libre et démocratique. Cette limitation de l'exercice de la libre critique par des journalistes est injustifiée et ne répond à aucun impératif de politique criminelle raisonnable et rationnel. Elle est en effet disproportionnée eu égard au but visé (loyauté de la concurrence) et aux moyens engagés (peine privative de liberté jusqu'à trois ans). La *diffamation* au sens de l'art. 173 CPS prévoit une peine d'emprisonnement pour six mois au plus. Est-il logique de prévoir une peine d'emprisonnement jusqu'à trois ans pour celui qui aura émis une *allégation inutilement blessante* au sens de l'art. 3 lit. a LCD (GUYET 246) ?

Un tel système vide de sa substance la liberté de la presse pour en faire un corps sans âme, un concept sans consistance, un droit fondamental creux.²⁰³ Une presse dont le principal problème devient celui-ci : de deux mots, il faut choisir le moindre. C'est d'ailleurs la voie que montre le juge fédéral Martin SCHUBARTH qui donne le conseil suivant aux journalistes : "Wenn du in einem persönlichkeitsrelevanten Bereich berichtest, dann bitte korrekt. Wenn du das nicht kannst - oder

²⁰² Cf. Denis BARRELET, *Droit suisse des mass media*, Berne, Stämpfli, 1987, p. 31.

²⁰³ Cf. BEAUMARCHAIS, *Le Mariage de Figaro*, acte V, scène III : "(...) il s'est établi dans Madrid un système de liberté sur la vente des productions, qui s'étend même à celles de la presse; et que, pourvu que je ne parle en mes écrits ni de l'autorité, ni du culte, ni de la politique, ni de la morale, ni des gens en place, ni des corps en crédit, ni de l'Opéra, ni des autres spectacles, ni de personne qui tienne à quelque chose, je puis tout imprimer librement, sous l'inspection de deux ou trois censeurs."

sich das Medium diesen Aufwand nicht leisten kann, dann berichte über Belangloses, nicht aber über persönlichkeitsrechtlich Relevantes".²⁰⁴

²⁰⁴ Cf. Plädoyer 2/1995 p. 69. Le Tribunal fédéral admet d'ailleurs la notion de *anwaltschaftlicher Journalismus* à certaines conditions (121 II 359, 363, *Adrian Gasser*; 121 II 29, 34, *Tod auf dem Schulhof*). Le problème de la vérification des sources divise du reste aussi les journalistes : cf. Gil MEYER, *Vérifions bien nos informations*, *Le Nouveau Quotidien*, 29.09.95, p. 32 (sur les coutumes de la presse à sensation). La discussion est pourtant fondamentale dans une démocratie : cf. René RHINOW, *Medien und Demokratie - ein spannungsvolles Verhältnis*, *NZZ*, 16.03.96, p. 17. Cet auteur parle d'une *Mediendemokratie* où les médias sont omniprésents et sont le pôle de toute information selon la célèbre formule de McLuhan's : "*The medium is the message*".

Chapitre II : L'argument juridique

135. Limites. Exemples. Ces garde-fous sont justifiés et justifiables. Les points de rencontre entre journalistes et droit sont assez nombreux et la fresque législative est assez touffue : ainsi, un journaliste, comme n'importe quel sujet de droit, doit dans l'exercice de son activité de média s'abstenir de porter atteinte à l'honneur d'autrui (art. 173 ss CPS)²⁰⁵ et au crédit d'autrui (160 aCPS; 48 LB),²⁰⁶ de violer des secrets militaires, d'affaires ou professionnels, de violer le domaine privé ou le domicile d'autrui (art. 179^{quater} et 186 CPS),²⁰⁷ de porter atteinte aux droits de la personnalité (art. 27-28 CC).²⁰⁸ Ce qui nous semble justifié. Finalement, la

²⁰⁵ Voir ATF 6S.31/1995 du 23.05.95, *L'Hebdo* [Multi-Invest SA]; 121 IV 76, *Bieler Tagblatt* [Mariette Paschoud]; 118 IV 153, *Tages-Anzeiger* [Wilhelm Frick]; 116 IV 31.

Voir aussi Jugement de la 17^{ème} Chambre du Tribunal correctionnel de Paris du 03.11.93, *Bilan* [Jürg Stäubli]; Flavio Maspoli, conseiller national et vice-président de la *Lega*, a porté plainte en juillet 1995 contre le quotidien tessinois *La Regione* pour calomnie et diffamation (accusation de corruption). Cf. *Journal de Genève*, 13.07.95, p. 14. La SBS a porté plainte contre le *SonntagsBlick* pour diffamation et atteinte au crédit le 24.07.95 : le journal accusait la SBS de transactions douteuses avec des comptes de W. K. Rey. Le titre : *Bänkler packt aus* : «*Ich sah es mit eigenen Augen*» accompagnait des phrases du type : «*der Milliarden-Pleiter Werner K. Rey hat via Bankverein in Thun hunderttausende von Franken auf die Bahamas überweisen lassen*» et «*Die oberste Etage des Bankvereins lügt.*» Cf. Hanspeter BÜRGIN, *Bankverein klagt gegen «SonntagsBlick»*, *Tages-Anzeiger*, 25.07.95, p. 27.

²⁰⁶ Voir Bezirksgericht ER (ZH), 03.11.93, in RSJ 1994 pp. 178-184. Jürg Stäubli, dans l'affaire du «*Bluffeur de Monaco*», a porté plainte contre *Bilan* sur la base de l'atteinte au crédit, à côté de la diffamation et de la concurrence déloyale (Cf. plainte pénale du 23.09.92). La SBS a porté plainte contre le *SonntagsBlick* sur la base de la diffamation et de l'atteinte au crédit, mais pas sur la base de la concurrence déloyale (Cf. plainte pénale du 24.07.95).

²⁰⁷ Voir 118 IV 41, *SonntagsBlick*; 118 IV 319, *Stern* [photo du corps mort d'Uwe Barschel].

²⁰⁸ ATF 5C.211/1994 du 19.12.94, *L'Express* [Christiane Givord] publié in SJ 1995 pp. 669-675; ATF 5C.249/1992 du 17.05.94, *Tages-Anzeiger* [Hans W. Kopp]; 120 II 371, *Verein X*; 120 II 97, *Kriegsmaterial*; 119 II 97, *Cash* [commandant de la

liberté de la presse, même si elle est garantie (art. 55 Cst. féd.), n'est pas un bouclier magique derrière lequel les médias peuvent se réfugier impunément après avoir débité des mensonges crasses, violé des secrets dignes de protection ou couvert autrui d'injures (BAUMBACH/HEFERMEHL 239-243). Les journalistes ne sont pas au-dessus de la loi, ils y sont soumis.²⁰⁹ Cette soumission est du reste aménagée par de nombreux assouplissements ou clauses spéciales, dont l'art. 27 ch. 5 CPS est un des meilleurs exemples (REHBERG ad art. 27).

136. Statut spécial de la presse. Conséquences. Les auteurs parlent souvent de privilèges; nous préférons parler de statut spécial (BAUMBACH/HEFERMEHL 199 : "Die Presse hat die besondere Aufgabe, die Öffentlichkeit über Vorgänge von allgemeiner Bedeutung zu unterrichten und zur öffentlichen Meinungsbildung beizutragen."). La presse n'a pas à jouir de faveurs ou de privilèges; elle doit simplement bénéficier des conditions de travail nécessaires et indispensables à l'accomplissement de sa mission d'information, de divertissement et de moyen de contrôle populaire dans un Etat de droit, démocratique et libéral (119 Ia 99, *publicité des débats*; 118 IV 153, *Frick*; 118 II 369, *Eglise de Scientologie de Lausanne*; 117 IV 27, "*sorcière*"; 116 IV 31, *Udo Proksch [Lucona-Versicherungsskandal]*; 113 Ia 309, *Verband der Schweizer Journalisten*; 112 Ia 398, *Association vaudoise des journalistes*; 105 IV 114, *Schachgesellschaft Allschwil*; 104 IV 11, *Baillo*; 98 Ia 73, *Kellermüller*; 95 II 481, *Club MEDITYRANNIS*).

En matière de concurrence déloyale, les juges tiennent compte de la liberté de la presse en interprétant les dispositions de la LCD, notamment l'art. 3 lit. a LCD (120 IV 32, 37, "*Anwalt macht Kasse*"; 117 IV 193, 198, *Bernina*). Mais cette volonté semble limitée. Elle n'est en tout cas pas suffisante pour résoudre à elle seule le problème de l'application de la LCD aux médias. Le Tribunal fédéral suit la voie tracée par le législateur

police cantonale AG]; Bezirksgericht SG, 11.11.94, *Keystone* [photo d'une femme reconnaissable au Letten].

²⁰⁹ Cf. l'interview du juge fédéral Hans-Peter WALTER in *Tages-Anzeiger*, 28.11.94, p. 2 : "Der Journalist muss sich ganz einfach darüber im klaren sein, dass er keinen Freipass zu Rechtsverletzungen hat. (...) Seit über fünfzig Jahren ist denn die Presse auch bereits dem allgemeinen Strafrecht unterstellt und darin einzig in dem Sinne privilegiert, als sie bei wahrheitsgetreuer Berichterstattung über öffentliche Verhandlungen einer Behörde keiner Strafgefahr ausgesetzt ist."

(117 IV 193, 198, *Bernina*). Si la loi doit être modifiée, il faut en changer la lettre et non l'effet par voie interprétative.

137. But de la démonstration. Limitation de la discussion. Art. 160 aCPS. Il s'agit de montrer que les limites actuelles sont efficaces et suffisent à garantir la loyauté du débat, donc de la concurrence. Un journaliste, comme n'importe quel sujet de droit, peut certes être l'auteur de n'importe quelle infraction. Il peut, en tant qu'homme de médias, se rendre coupable de faux dans les titres,²¹⁰ tomber sous le coup de la Loi fédérale sur les stupéfiants,²¹¹ voire commettre un vol de documents.

Notre propos se limite au phénomène du dénigrement, qui s'inscrit dans le cadre plus large de l'atteinte à l'honneur. Nous voulons démontrer que le Code pénal suisse offre des moyens suffisants pour combattre les dérapages inévitables (art. 173 et suivants, art. 261bis CPS). Même si l'article sur l'atteinte au crédit (art. 160 aCPS) a été abrogé, les instruments pénaux actuels offrent une protection adéquate.

L'art. 160 aCPS a été abrogé lors de la révision des infractions contre le patrimoine et des faux dans les titres (MCF du 24.04.91 in FF 1991 II 933, 1026-1028). L'argument principal développé semble être la rareté des cas d'application de l'art. 160 aCPS et l'étroitesse du terme *crédit* (*Kredit*) employé pour délimiter l'objet de l'atteinte (voir aussi 79 IV 16, 18, *Société fiduciaire*). Le législateur a abandonné toute disposition sur l'atteinte au crédit dans le CPS en reconnaissant la primauté de l'art. 3 lit. a LCD dont il souligne l'application aux tiers non concurrents (1027) et les pénalités supérieures à celles prévues par le CPS (1028). Il ne nous semble donc pas exagéré de parler de criminalisation, car le cercle des auteurs est notablement élargi et les peines augmentées. Mais, curieusement, lors de cette révision, le législateur n'a pas fait subir le même sort à l'art. 48 LB, qui est en quelque sorte le pendant de l'art. 160 aCPS en matière bancaire. Ainsi, les banques jouissent, en Suisse, d'un double bouclier : la Loi fédérale contre la concurrence déloyale et la Loi

²¹⁰ Cf. RSJ 1991 pp. 212-214, *Waltraff-Journalismus*.

²¹¹ Si un journal révèle au public, dans un reportage avec photographies à l'appui, la manière de produire ou de transformer la drogue, il ne viole pas l'art. 19 ch. 1 al. 8 LStup qui réprime pourtant la révélation des possibilités de se procurer et de consommer des stupéfiants (118 IV 405, 409, *Crack*).

fédérale sur les banques, qui permettent de combattre l'atteinte au crédit portée par un concurrent ou un tiers non concurrent (RSJ 1994 178-184, 180, *B.-Bank*).

138. Le bouclier des art. 173 et suivants CPS. Un médecin qui prétend qu'un collègue trompe ses patients en leur prodiguant des soins alors qu'ils sont en bonne santé atteint la considération de son concurrent (ZR 1950 n° 149, *Dr med. W.*). De même, la considération d'un professionnel de la santé est atteinte s'il est accusé de délivrer des certificats de complaisance (SJ 1946 pp. 252-253, *Faessler*).

Si un restaurateur est qualifié de profiteur, il est atteint dans sa considération (106 IV 179, 182, *Achermann*). Un avocat accusé de n'intenter action que dans son propre intérêt, c'est-à-dire gagner de l'argent, est victime d'une atteinte à l'honneur, car il est touché dans sa réputation professionnelle et dans sa qualité d'honnête homme (99 IV 148, 150, *avocat M.*). Cette espèce est d'ailleurs semblable à l'état de fait de l'arrêt "*Anwalt macht Kasse*", où le Tribunal fédéral déclare la LCD applicable à ce litige car les avocats sont, entre eux, dans une relation de concurrence (120 IV 32, 36, "*Anwalt macht Kasse*"). Ce litige s'est d'ailleurs terminé sur le terrain du Code pénal suisse. Il est donc possible de travailler sans la LCD.

Il y a aussi atteinte à l'honneur d'un pharmacien s'il est dit que sa pharmacie est peu sûre (92 IV 94, 96, *Apotheke X.*). Il se voit ravalé par rapport à ses concurrents et ses qualités morales de pharmacien sont mises en doute. Ce dénigrement peut être efficacement combattu par le biais des articles 173 et suivants du Code pénal suisse.

139. Le bouclier de l'art. 261bis CPS. Le peuple suisse a accepté en votation populaire le 25 septembre 1994 l'adjonction d'un article 261bis au Code pénal suisse. Cette disposition réprime la *discrimination raciale* et donc, dans le domaine qui nous intéresse, le dénigrement basé sur la race, l'appartenance à une ethnie ou une religion. Ainsi, dans l'hypothèse où les médias ne seraient plus soumis à la Loi fédérale contre la concurrence déloyale, l'art. 261bis CPS offre un garde-fou utile contre tous les débordements des professionnels de la presse, que ce soient à l'occasion de caricatures, d'articles de presse, d'émissions de radio ou de reportages télévisés. Les cas que nous avons soulevés plus haut lors de l'examen du dénigrement entre concurrents ou entre tiers non concurrents

n'échappent pas à la répression, dans la mesure où l'art. 261bis CPS permet de combattre, lorsqu'il y a excès, les attaques visant la personne, la race ou la religion d'un concurrent. D'ailleurs, le terme *dénigrer* figure dans le texte de l'art. 261bis CPS, lorsqu'il est fait mention d'une "idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion."

Ce bouclier nous semble suffisant dans la mesure où sont incriminés les cas de dénigrement qu'une société libre et démocratique se doit de combattre, tout en laissant de côté certains cas de dénigrement où les allégations prétendument inutilement blessantes ne méritent guère que plaideurs et juges ne s'attardent sur leur sort. Le droit pénal est un instrument de lutte contre le crime (BOLLE, *Procès pénal*, 6). Il ne doit pas devenir l'arbitre de disputes futiles.

140. Notre système est-il cohérent ? Arrêt Anne-Frédérique Widmann (L'Hebdo). Dans son numéro du 12 mars 1993, *L'Hebdo* a publié un article d'Anne-Frédérique Widmann intitulé "*Gare aux vacances à la petite semaine*". Ce reportage, de quatre pages, consacré à la propriété immobilière partagée (*time-sharing*) se rapportait à l'activité de la société Multi-Invest qui y était vivement critiquée. Le 7 avril 1993, Multi-Invest S.A., à Genève, a déposé plainte pour diffamation. Elle alléguait que ses ventes avaient notablement diminué depuis la parution du texte d'Anne-Frédérique Widmann dans *L'Hebdo*. La plainte pénale du 7 avril 1993 ne mentionne pas le dénigrement (art. 3 lit. a LCD). Nous sommes donc exclusivement sur le terrain des atteintes à l'honneur.

Dans cet article de presse, les phrases ou tournures litigieuses sont les suivantes : le titre est "*Gare aux vacances à la petite semaine*" (caractères de 17mm de hauteur, sur les pages 26 et 27). Suit un sous-titre : "*savant mélange de promotion immobilière, de prêts bancaires et de tourisme, la multipropriété s'étend en Suisse romande. Séduisant mais risqué*" (caractères de 3mm de hauteur). Le corps de l'article, réparti sur trois colonnes par page, est en caractères de 2mm de hauteur. Après vingt lignes vient la citation discutée : "*L'idée est géniale mais elle attire des individus de la pire espèce, explique Françoise Barman, de Multiholidays, l'une des premières sociétés à vendre de la multipropriété en Suisse (1989). J'ai pris une claque. Le milieu est devenu pourri.*" Suit un sous-titre : "*L'hameçon*" (caractères de 3mm de hauteur). Puis la journaliste décrit le "*travail de rabatteurs*" de Multi-Invest S.A., leurs "*succès*", leur "*publicité mensongère*", une "*opération difficile en*

Egypte." La photographie représente une résidence de montagne avec la légende : "*Multi-Invest fait le forcing pour vendre des semaines à l'Hôtel Alba de Verbier. Et un exemple de contrat : parfois sibyllin.*"

141. **Décisions des tribunaux.** Le Tribunal de police du canton de Genève a condamné Anne-Frédérique Widmann à une amende de 1'000 francs pour diffamation (jugement du 25.05.94). La journaliste, selon cette instance, n'avait pas réussi à rapporter la preuve de la vérité au sujet de l'idée que la multipropriété attirait des "individus de la pire espèce" et que le milieu était devenu "pourri". La Chambre pénale de la Cour de justice du canton de Genève a confirmé ce jugement (arrêt du 19.12.94). Mais le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 23 mai 1995, a admis le pourvoi, annulé la décision attaquée et renvoyé la cause à l'autorité cantonale afin que la journaliste soit acquittée.²¹²

142. **Comparaison de deux espèces.** Dans cet arrêt - non publié -, le Tribunal fédéral libère une journaliste qui a pourtant utilisé des termes forts : "individus de la pire espèce", "le milieu est devenu pourri." La Haute Cour y voit des affirmations par trop générales pour que la plaignante se sente visée. Les juges fédéraux ont même un considérant particulièrement *medienfreundlich*.²¹³ Pourtant, la journaliste s'attaque à une entreprise qui est en concurrence avec d'autres intervenants économiques. Notre perplexité demeure entière si l'on pense à l'arrêt *Bernina* (117 IV 193) où un journaliste a été condamné par le même tribunal alors que la phrase litigieuse était : "Die neuen Bernina-Modelle sind bei ihrem Erscheinen auf dem Markt schon wieder überholt." On est loin des expressions "individus de la pire espèce" et "milieu pourri". Allons-nous vers une jurisprudence à deux vitesses ?

²¹² ATF 6S.31/1995 du 23.05.95, *Anne-Frédérique Widmann (L'Hebdo) c/Multi-Invest*.

²¹³ ATF 6S.31/1995 du 23.05.95, pp. 8-9 : "En effet, quant à l'intention, il a déjà été jugé qu'en présence d'allégations publiées par voie de presse, qui peuvent être interprétées de différentes façons, il ne faut pas se montrer trop sévère dans l'appréciation de l'intention de l'auteur de porter atteinte à la considération, cela eu égard à la liberté de la presse (...)."

143. Il faut limiter les limites. La presse a besoin de liberté. Mais sa liberté s'arrête là où commence celle des justiciables que les journalistes critiquent ou attaquent dans leurs colonnes ou dans leurs émissions. Il faut donc des instruments pénaux pour que certaines limites soient fixées et que les transgressions soient sanctionnées. Mais il ne faut pas multiplier les obstacles, les garde-fous, en faire des chicanes. L'art. 173 CPS offre une protection efficace, l'art. 261bis CPS aussi. La LCD peut par conséquent ne pas s'appliquer aux médias. Elle ne laisse pas de vide juridique. Il faut donc limiter les limites.

Conclusion

Dans l'arrêt *Bernina*, le Tribunal fédéral reconnaît que la frontière entre loyauté et déloyauté est difficile à tracer. Il en découle une incertitude indésirable, peu compatible avec le principe de sécurité et de prévisibilité qui imprègne notre ordre juridique. C'est le législateur qui est le principal responsable de cette situation.²¹⁴

Dans l'arrêt "*Diktatorische Sortimentskürzung*", la Haute Cour s'interroge sur la notion d'allégation inutilement blessante qu'elle trouve peu précise par comparaison avec le côté inexact ou fallacieux d'une allégation. Nous avons vu comment il était possible de cerner le concept d'inexact ou la notion de fallacieux. Force est de constater que la notion d'allégation inutilement blessante est plus rebelle. C'est donc un deuxième exemple d'insécurité et d'imprécision dans la loi.²¹⁵

Il y a un problème. Il incombe maintenant au législateur de le résoudre. Le droit de la presse est en profonde mutation. Le droit pénal de la presse est déjà sur le métier; une loi sur les médias est en préparation. Il nous paraît opportun de saisir l'occasion de ces travaux et des modifications législatives qui en résulteront pour aborder le problème de l'application de la LCD aux médias et y apporter une réponse satisfaisante prise dans l'intérêt bien compris de toutes les parties.

Pour nous, une réponse satisfaisante consiste à renoncer à appliquer la LCD aux médias. Il suffirait pour ce faire de suivre la proposition législative que nous formulons à l'appui de notre thèse. Cette solution, souhaitable et souhaitée, est utilisable tant en théorie qu'en pratique. Elle se justifie en outre par une argumentation socio-culturelle et par une argumentation juridique.

²¹⁴ Cf. 117 IV 193, 198, *Bernina* : "Zwar mag die Abgrenzung zwischen lauterem und unlauterem Verhalten im Einzelfall schwierig sein. Auch kann das Risiko von zivil- und strafrechtlichen Verfahren mit ungewissem Ausgang eine Belastung darstellen. Dieses Risiko ist indessen die Folge der vom Gesetzgeber gewollten Anwendbarkeit des UWG auch auf Dritte."

²¹⁵ Cf. ATF 6S.648/1994 du 13.12.94, *Denner c/ SonntagsZeitung*, p. 7 [cons. 2 c)] : "Das gilt insbesondere auch für die Auslegung des vergleichsweise unbestimmten Begriffs der «unnötig verletzenden» Äusserung."

INDEX DES MOTS-CLÉS

N.B. : les nombres renvoient aux chiffres des paragraphes ou, le cas échéant, des notes.

- A bon entendeur* 72 126 note 186
 absence (de force distinctive) 22
 Abt Hansjörg note 97
 agissements parasitaires 55
 allégations
 - exactes 112
 - inexactes 68 96 114
 - fallacieuses 68 100 114
 - inutilement blessantes 68 77 79 105
 114
 - fausses 68
 analyse sensorielle 12
 Annabelle 33 46 62-64 note 29
 Antenne 2 (A2) note 78
 antidopage (contrôles) note 4
 Apostrophes 119
 appellations 32
 appréciation
 - en différé 43
 - en direct 43
 arbitre 10 11
 architecte 67
 arithmétique pénale (principe de l') note
 7
 Asterix 23
 atteinte
 - au crédit 94 137 note 130
 - à l'honneur 91 94 108 128 note 158
 "attrape-nigaud" 66
 autocensure 129 130
 autodiscipline 10
 avocat 18 67 116-118
 Bally 26
 banque 18
 banquier 67
 bas nylon 33
 barbecues note 140
 Bardot Brigitte 36 126
 Bata 32
 Ben Johnson note 4
 Benetton note 13
 Bernina 70-73
 BIC 33 note 29
 Bieler Tagblatt 66
 BILAN note 86
 Bilanz note 95
 blanc 31 36
 bleu foncé 36
 Blick 34 note 79
 Blocher Christoph 69
 "bluffeur de Monaco" 119
 Bodensee-Zeitung 70
 boniment 80
 Bouygues notes 110 131
 brun note 49
 Burberrys 48 55
 BusinessWeek note 88
 Cacharel 16
 cadeaux (aux journalistes) note 110
 campagne de publicité 22 26 note 75
 Cash notes 85 86
 catalogue 22 54 note 30
 Chanel 48 50 51 55
 charnière note 33
 Charrière Jacques de 119
 chaussures 35
 CIO notes 4 96
 clarté (de la loi) 74
 classement 95 103
 clientèle spécialisée 41
 codification 18 19
 Coffe Jean-Pierre note 98
 Colgate 25
 commerce note 18
 compétition 9 59
 comportement
 - politique 94
 - professionnel 94
 - suiveur note 75
 compte jaune note 45
 concession SSR 5
 concurrence
 - académique 12 18
 - acharnée 13
 - artistique 12
 - directe 86
 - économique 12 18 59
 - faussée 13

- fraternelle note 15
- indirecte 86
- journalistique 18
- libre 12
- loyale 13 16 90
- omniprésente 18
- pas faussée 13 90
- politique 12
- religieuse 12
- saine 16
- scientifique 12 18
- sportive 10 12 59
- syndicale 12
- conditionnement 20 23 28 31 53 64
- confusion (risque de) 31 39
- confusion
 - directe 46
 - indirecte 46
 - légère 39
 - répétée 39
- consommateur 59
- consommateur moyen 21 40-41
- Construire* note 109
- Contra-Schmerz note 101
- contrefaçon 29 notes 38 72
- contrepet 83
- copie
 - quasi-servile 23 28 30
 - servile 23 28 30 51
- corruption 13
- cosmétiques 29-37
- couches-culottes 12
- couleurs 20 22 24 28 31 36
- critique 68
 - d'art 67
 - littéraire 67
 - musical 67
- degré d'attention 41
- déloyal 14
- déloyauté 16
- démarcage (dans la publicité) 21
- dénigrement 66 80
 - par un article de journal 80
 - par une lettre 80
 - par un livre 80
 - par une note d'information 80
 - par une recherche 80
- sous forme écrite 80
- sous forme orale 80
- implicite 83
- par référence directe 84
- par référence indirecte 84
- Denner 75-79 109 note 50
- déontologie 15
- détournement (de clientèle) 46
- dialecte 81
- "Die 500 besten Anwälte" note 111
- diffamation 108 138 141
- différenciation (des produits) note 27
- diffusion 82
- diktat 76
- diktatorisch 75-79
- Dior Christian 60
- discothèque 88
- discrimination raciale 139
- dopage 8
- droit
 - d'auteur 22 47
 - des brevets 22 47
 - des marques 22
 - des modèles 22 47
- droit pénal
 - économique note 6
 - rôle sanctionnateur 5 note 6
 - subsidiarité 5
- Duden note 120
- dumping 16
- Duttweiler Gottlieb 69
- échantillons de tissu 54
- effet
 - auditif 44
 - visuel 44
- élément
 - banal 52
 - marquant 52
 - non nécessaire au fonctionnement 56
- Elna 70
- emballage 20 24
- Ems-Chemie 69
- Energy drink note 139
- entrepreneur 67
- entreprise 21 69
- "entreprise de juifs" 93

- erreur**
 - sur le fabricant 46
 - sur la marchandise 46
 "escroc" 84 92
 état de concurrence 125
 éthique (journalistique) 71
 étiquette 24-26
 Evian 25 26
 exactitude
 - absolue 68
 - objective 68
 - relative 68
 - subjective 68
 exagération (publicitaire) 104 110
 expert 70
 exploitation parasite 22
 Fédération romande des
 consommatrices 72 89 note 113
 filtres Melitta note 33
 "Finanzjongleur" 119
 Fiorini Florio 119
 flacons 32
Focus 17 note 111
 football 6 8 10
 force distinctive 21 52 53
 forme (d'une marchandise) 32
 four à micro-ondes 18 87
Frankfurter Allgemeine Zeitung note 84
 fraude 13
Gauchebo note 86
 "Gaukler" 119
Gazette (journal) note 86
 Gillette 47
 Givord Christiane notes 119 123
 graphisme 22
 Grass Günter 119
 hard-discounting 111
 Henkel 35 93
 Henniez 26 97
Herald Tribune note 84
24Heures note 86
 historiens révisionnistes note 137
 Hitler 78
 hockey note 6
 honneur
 - personnel 94
 - professionnel 94
 honoraires 117
 Ikea note 131
 imitation
 - quasi-servile 25
 - servile 25 47 52
 impératifs
 - esthétiques 48 49
 - techniques 22 47 49
 impression
 - directe 25
 - générale 25 43 77
 - indirecte 25
 - d'ensemble 43
 "incapable" 106
 incorrection 54
 indemnités 82
 innovation 12
 interrupteur note 33
 inutilement blessant 75-79 105 114
InfoMatin note 86
 inversion (des couleurs) 36
 isodrink 35
 isolateur note 33
 isostar 35
 Isterix 23
J'achète mieux note 144
 Jana 29-37 57 64
 Jana Beauty 30
 jaune 22 36
 jeu 6 11 12
 "jongleur financier" 119
Journal de Genève note 87
 journaliste 67 90 119
 Jumbo note 132
Kassensturz 72 90 116 note 101
 Kastle 103
 Keystone note 208
 Kimberly-Clark 12
 Knorr note 52
 Kölnisch Wasser 22
 Kopp
 - Hans W. 119 note 106
 - Elisabeth note 106
 Lacoste note 37
L'AGEFI notes 85 86 87
 lait démaquillant 31
 lame de rasoir note 33
La Regione note 88
 Le Castel 36

- Le Corbusier** note 34
lecteur
 - moyen 109 111
légalité (principe de la) 74 note 117
Lego 28
Le Monde notes 84 86 87
Le Nouveau Quotidien notes 86 87 88
L'Express notes 86 119
L'Hebdo 140 note 88
liberté de copie 47 53
liberté de la presse 132
ligne de produits 23
lilas (couleur) 22
linguistique 43
logique
 - de combat 114
 - de débat 114
logo 20 22 30 32 63 66 note 35
loi de l'offre et de la demande 20
look 48
Lux (savons) note 152
3M note 31
M (Migros) 22 37
machine à nettoyer les tripes 30
magazine 68
Maggi 80 81
maison (d'édition) 67
maquette (de journal) 65
Maradona Diego note 4
"marchandise étrangère" 93
marché
 - infidèle 12
 - saturé 12
marches de la gloire (les) note 78
marketing 12
MARS note 37
match (acheté) note 16
McDonald's note 31
médecin 67
médias
 - concurrents 127 131
 - non concurrents 127 131
médicaments 34
"menteur" 84 92
métaphores 83
méthodes pour perdre du poids note 138
Meyer-Fürst Peter note 95
Mibella 29 37
Mibelle 57 note 31
Micarna note 31
Michelin note 111
Migrol note 31
Migros 22 35 69
Mike note 31
Milka 22
Miostar notes 31 109
mise en garde 99
Moody's 67
Morgenpost note 87
mot (de Cambronne) 83
mouvement (de montres) note 33
nationalité 69 93 107
Neue Zürcher Zeitung 85 129 notes 84 97
Newsweek note 88
Nike note 31
NIVEA 29-37 57 64
NIVEA Visage 30
Nobel Peter note 115
noir (couleur) 22
Nordica 72 79 93
notaire 119
"notaire à la bonne franquette" 119
"notariat léger, approximatif, sommaire" 119
nuit des héros (la) note 78
numéros (de téléphone) 14
Ohä 35
Oil of Olaz note 52
opinions politiques 69 93
orange (couleur) 22 36 note 88
organisateur (d'une manifestation) 67
organisation de consommateurs 89 note 188
organoleptiques (propriétés) 12
packaging 20
Pampers 12
Päng 35
papier à en-tête 22
parasitisme 55
Parfait (le) note 52
parfum 53
parfum "4711" 22
Paschoud Mariette notes 49 137
Peadouce 12
penalty 11
pendules neuchâtelaises 36

- permanence dentaire 97
- Persil 35 93 note 103
- personnel 69
- Pfaff 70
- phonétique 44
- Picasso 44
- Pivot Bernard 119
- "Plutôt nue... qu'en fourrure" notes 128 145
- Poivre d'Arvor Patrick (PPDA) 36 note 110
- polémique 64
- polysémie 74
- porte-skis note 33
- pots-de-vin 13
- précision (de la loi) 74
- présentation (d'un produit) 32
- pressé écrit 61
- prévention
 - générale 11 22
 - spéciale 11
- principe du laissez-faire 15
- privilegé (de la presse) 136
- produit 69
- produit médiatique 61
- professeur 67
- protection
 - de la personnalité 135
 - de l'honneur 135
 - du crédit 135
- provenance (indication de) 37 57
- PTT 36
- publicité 13
- Pury David de 69
- qualifications 69
- Quick 34 note 79
- race 69 93 107
- radio 61
- Ragusa 35
- Raichle note 108
- raki 20 32
- rapport de concurrence 121 125
- rating 67
- Recommandation R (81) 12 note 6
- Red Bull note 139
- règles 6-8 10-12 15
- Reich-Ranicki Marcel 119
- religion 69 93
- reportage 72
- reproches 98
- réputation 69
- responsabilité
 - civile 124
 - pénale 124
- restaurateur 67
- résultat technique 22
- Rey Werner K. 119 note 97
- risque
 - d'imitation 31 39
 - de dénigrement note 192
- robinet note 33
- rôle régulateur (du droit) 59
- rose (couleur) 31 36
- Rossignol 101 103
- rouge note 88
- Rubik-Cube 47 58 note 33
- "saboteur" 106
- Saint-Laurent Yves 36 note 72
- sanctions 8 10 11
- satire note 123
- SBS note 152
- scandale 14 notes 30 126
- Schumacher Michael note 5
- Schweri Karl 75
- scientifique 18 67 87
- secrets
 - d'affaires 135
 - militaires 135
 - professionnels 135
- service antipollution note 186
- signes distinctifs 21 57
- slogan publicitaire 83 85 100 note 129
- solarium 88
- Soliput 36
- solvabilité 69
- SonntagsBlick* notes 205 206 207
- SonntagsZeitung* 75-79
- sous-entendu 100 104
- Spiegel (Der)* note 82
- sport 6
- spot télévisé note 128
- Staline 78
- Standard and Poor's 67
- Stäubli Jürg 206
- Stern* note 207

studio (de production) 67
Swatch note 31
systematique 55
Tages-Anzeiger note 84
Tapie Bernard note 16
television 61
temoignages 39
TF1 note 110
tiers
 - concurrents 122
 - non concurrents 90 122 126
tirage 85 91
titre (d'articles) 119
titre (de journal) 64 65
titre (de livres) 63
tonique facial 31
Tornare Didier 119
transgression 11
Tresella 35
Tribune de Genève 63 note 23
tricherie 9 14
tri postal 39
"Trop cher le gigot, je roule en Polo" 85
trou 52
United Colors of Benetton 22
"usurier" 84 92
utilite de la sanction 11
verite 97
vert 22 note 56
veterinaire 67
victime (du denigrement)
 - identifiable 91
 - identifiee 91
Vim 35 95
Vita sana 88
Vivre mieux 65
volet civil (de la LCD) 130
volet penal (de la LCD) 130
Volvic 26
Wander 35
"Wer die NZZ liest, ..." 85
"yes-man grassement paye" 119
10 vor 10 note 136
Zeitung in der Zeitung 35
Zenith 36

INDEX DES TERMES ALLEMANDS

- Abnehmerkreise** 121
Anschwärzung note 159
Aufmerksamkeitsgrad 41
Äusserung
 - irreführende ~ 68 100 101
 - ~ mit Selbstverständlichkeit 102
 - ~ rufschädigender Tatsachen 94
 - unnötig verletzende ~ 68 77 105 note 122
 - unrichtige ~ 68 73 97 112
 - verschärfte ~ 111
Ausstattung 21
Bedürfnisse
 - identische ~ 121
 - vergleichbare ~ 121
Beeinflussung des Wettbewerbs 115
Bekanntheitsgradumfrage note 41
Beleidigung 109
Beobachtungsfähigkeit 41
Beurteilung der Verwechselbarkeit 23
Bewertungsfähigkeit 41
diktatorisch 76
Drittpersonen 120
Durchschnittskäufer 40
Durchschnittskonsument 40
Durchschnittsleser 40 77 109
Durchschnittszuschauer 40
Ehre
 - berufliche ~ 94
 - wirtschaftliche ~ 94
Eindruck des unbefangenen Durchschnittslesers 77 109 note 126
Einfluss auf den Wettbewerb 120
Empfindlichkeit 110
Erinnerungsbild 43
Erinnerungsvermögen 26
Ersatzteile note 69
falsch 97
Farbenzusammenstellung 36
Fasnachtsfreiheit note 123
Gesamteindruck 25 35 43 63
Gesamteindruck nach Klang und Schriftbild 45
Geschäftsmoral 125
geschäftsschädigend 67 note 115
Geschäftsschädlichkeit 67 112
gleichzeitiges Vergleichen 43

- herabsetzen** note 91
- Herabsetzung** 66 80
 - ironische ~ 108
- Herkunftshinweis** 57
- Hinweis**
 - direkter ~ 84
 - indirekter ~ 84
- hochdeutsch** 81
- Individualisierungskraft** 53
- Kennzeichnungskraft** 21
- konsumentenfeindlich** 109
- konsumentenfreundlich** 109
- Kritik** note 99
- Kundschaft** 121
- Kunstkritik** 129
- Lächerlichmachung** 108
- lauter** 13
- leistungsirrelevant** 107
- Marktbeeinflussung** note 165
- Modetrend** 51
- Nachahmung**
 - ästhetisch bedingte ~ 48
 - millimetergenaue ~ 25
 - sklavische ~ 25
 - technisch bedingte ~ 47
- Nachahmungsfreiheit** 47
- Negativwerbung** 80
- Person des Mitbewerbes** note 149
- Positivwerbung** 80
- Produktausstattung** 20
- Rangliste** 103
- sachfremd** 107
- Scherzartikel** note 37
- schmarotzerische Ausbeutung des Rufes** 55
- Serienprodukte** 46
- Serienzeichen** 46
- Sorgfaltspflicht** note 193
- technisch bedingte Gestaltung** 22
- Übertreibung**
 - ~ in Inhalt 109
 - ~ in Ton 109
- unkorrektes oder hinterlistiges Verhalten** 54
- unlauterer Wettbewerb durch Berichterstattung in den Medien** 72
- unlauterer Wettbewerb zwischen Medienunternehmen** 115
- Unterscheidungskraft** 22
- unverfälscht** 13
- unwahr** 97 112

- Unwahrheit**
 - krasse - 73
- Verbreiten wahrer Tatsachen** 112
- Verpackung** 20
- Verwarnung** 99
- Verwechselbarkeit**
 - betriebsbezogene - 46
 - warenbezogene - 46
- Verwechslungsgefahr** 20 39
- Vorstellung**
 - falsche - 112
 - negative - 112
- Wahrheitsgehalt einer Behauptung** note 100
- Waren gleicher Herkunft** 25
- Warengleichartigkeit** 63
- Werbung mit Selbstverständlichkeit** 102
- wesentliche Merkmale** 63
- wettbewerbsfremd** 107
- wettbewerbsirrelevant** 107
- Wettbewerbsirrelevanz** 107
- wettbewerbsrelevant** 88
- Wettbewerbsrelevanz** 88
- Wettbewerbsstörung** 125
- Wettbewerbsverhältnis** 121
- Wirtschaftsberichterstattung** 129
- Wirtschaftsstufen** 121
- Wortbild** 44
- Wortklang** 44
- Wortspiel** note 162
- Zahlungsfähigkeit** 94
- Zahlungswilligkeit** 94
- Zubehör** note 69

INDEX DES ARRÊTS CITÉS

- N.B. : a) 43 renvoie au numéro du paragraphe;
 b) note 21 signifie que l'arrêt est cité dans la note 21;
 c) IIIA signifie que l'arrêt est cité dans l'appendice au titre II sous lettre A.

a) ATF publiés au Recueil officiel :

7 421		<i>Ormond</i> : 43
11 199		" <i>Die Kantonalbank kracht</i> " : 80 90
20 95		<i>Lumpert</i> : 36
20 1051		<i>Monopole</i> : 20
21 153		<i>Tribune de Genève</i> : 61 63 64 65 115 II/F
21 1181	JT 1896 I 177	<i>Furrer</i> : 95
23 1748		<i>Levy</i> : II/A
25 II 300		<i>Suchard</i> : II/D
27 II 613		<i>Chocolat crémant</i> : 52
27 II 620	JT 1902 I 479	<i>Vasogen/Vasapon</i> : II/D notes 42 64
28 I 463		<i>Schweizerische Uniformfabrik</i> : 39
30 II 586		« <i>A la Chevrette</i> » : note 32
30 II 601		<i>Borel</i> : 26
31 I 385		<i>Quillet</i> : 132
31 II 242		<i>briefliche Äusserungen</i> : 80 94
31 II 731		<i>Dido/Lilo</i> : note 58
32 II 360		<i>Société coopérative des pharmacies populaires de Genève</i> : 109
33 II 172		<i>Cailler</i> : 21 note 57
33 II 318		<i>Arbenz</i> : 109
34 II 369		<i>Herzog</i> : 39
35 II 665	JT 1910 I 434	<i>Helvetia-Zigarren</i> : 54
36 II 68		<i>Zementfabrik Liesberg</i> : II/B
36 II 255		<i>Citrogen/Citrovin</i> : note 64
36 II 424		<i>Honneur/Bonheur</i> : note 64
36 II 604		<i>Cora</i> : 26
37 I 381	-	<i>Gutknecht</i> : note 201
37 II 164	-	<i>Konservenfabrik Lenzburg</i> : II/D
37 II 535	-	<i>Zuckermühle</i> : II/B
38 II 306	JT 1912 I 395	<i>montres Roskopf</i> : note 60
38 II 699	-	<i>Helvetia-Zigarren</i> : 46 II/D
39 II 121	-	<i>Roskopf</i> : note 58
39 II 352	JT 1914 I 326	<i>filatures</i> : note 28
40 II 123	JT 1914 I 486	<i>Union horlogère/Alliance horlogère</i> : II/B
40 II 163	-	<i>Sessler</i> : 98
40 II 283	-	<i>Liechty</i> : 39
40 II 504	JT 1915 I 167	<i>Bieler Tagblatt</i> : 61 64 65 115 II/F
40 II 601	-	<i>Schraubenfabrik</i> : II/B
40 II 617	-	<i>Schweizerischer Spenglermeisterverband</i> : 109
41 II 439	JT 1915 I 647	<i>Verband der Lebens- und Genussmittelarbeiter der Schweiz</i> : 109

- 42 II 597 JT 1917 I 386 *Allgemeine Konsumgenossenschaft* : 80
42 II 666 JT 1917 I 215 *Basolin/Bursolin* : note 64
43 II 47 JT 1918 I 2 *Rentenanstalt* : 95
46 II 151 JT 1920 I 482 *Christbaumkerzen* : 22
46 II 425 JT 1921 I 105 *Gesenkschmiedeartikel* : note 30
47 II 64 JT 1921 I 369 *Studer* : 39 note 30
47 II 226 JT 1921 I 514 *A l'Etoile bleue* : 20 39
47 II 360 - *Glygis/Hygis* : 26
48 II 13 JT 1922 I 230 *Grimm* : 97
50 I 157 JT 1925 I 114 *Professor der Musik* : 100
50 I 206 JT 1924 I 629 *Gadient* : 80 91 note 137
50 II 73 JT 1924 I 258 *Gênes/Génie* : note 64
50 II 195 JT 1924 I 467 *Vin de Vial* : 55
51 I 338 - *Isatose/Sebodrol* : 28
52 I 192 JT 1926 I 597 *F. Hoffmann-La Roche Cie SA* : 46
52 II 159 JT 1926 I 467 *CorolHero* : 26 II/D notes 58 64
54 II 56 JT 1928 I 304 *Klappstuhl* : 54
54 II 124 JT 1928 I 369 *Fleischhandell/Fleischwaren* : 56
54 II 404 JT 1929 I 215 *Rachenputzer* : 32
54 II 473 JT 1929 I 396 *Alte Post* : 97
55 II 59 JT 1929 I 389 *National Safety Paper* : II/F
55 II 178 JT 1930 I 47 *Henniez* : 80 82 85 95 97 103 note 132
55 II 249 JT 1930 I 104 *Brennessel-Petrol* : 39 II/D
56 II 24 JT 1930 I 194 *Maggi* : 27 80 81 85 91 93 95 103 107 110
56 II 222 JT 1931 I 53 *Cuprofill/Cuprofino* : 35 notes 58 64
56 II 402 - *vin apéritif «Le Sportif»* : 46
56 II 407 JT 1931 I 311 *Süßfett (Migros)* : 39
56 II 431 JT 1931 I 550 *Hunziker* : 109
57 II 334 JT 1932 I 266 *Verein der Bäckermeister von Zürich* : 109
57 II 457 JT 1932 I 622 *Thommen's Uhrenfabrik* : 56 note 33
57 II 481 JT 1932 I 277 *"Schmutzkonkurrenz"* : 109
57 II 603 JT 1932 I 210 *Lysol/Lysolat* : note 42
58 II 22 JT 1932 I 625 *Materialprüfung* : 88 95
58 II 167 JT 1933 I 266 *Urhell/Urquell* : II/A
58 II 430 JT 1933 I 297 *Geschäftsreklame (Migros)* : 91
58 II 449 JT 1933 I 425 *Persil* : 21 23 25 26 35 36 66 80 85 91 93 100 103 107 108
note 103 II/D
59 II 15 JT 1933 I 439 *Vim* : 35 91 95 103
59 II 155 JT 1933 I 408 *Migros* : 22
60 II 121 JT 1934 I 32 *Dreyfuss* : 80 98
61 II 54 JT 1935 I 409 *Tru-Lay/Ox-Lay* : 43
61 II 121 JT 1938 I 587 *Cernic* : 39
61 II 343 JT 1936 I 447 *Maxa* : 103
61 II 381 JT 1936 I 279 *Wyberttabletten* : 25 36 II/D
62 II 60 JT 1936 I 434 *Ka-AbalGaba* : 44
62 II 331 JT 1937 I 352 *magasins de sport* : note 60
63 II 22 JT 1937 I 249 *Sportdress* : 39
63 II 74 JT 1937 I 246 *Vimi-Néon* : note 62
63 II 160 JT 1938 I 88 *cigarettes Brésiliennes* : 22 36 39 II/F notes 41 52 56

- 63 II 282 JT 1938 I 18 *Star/Blaustern* : 25 39 II/D
64 II 109 JT 1938 I 557 *Auflegemappen (Ringier)* : 61 65
65 II 202 JT 1939 I 632 *Kaiser's Biomenthol* : 53
67 II 57 JT 1941 I 335 "condamné" : 80 98
69 II 202 JT 1943 I 482 *Patentex* : 39
69 II 295 JT 1944 I 113 *vernis rose pour des meubles* : 36 note 49
70 II 110 JT 1944 I 494 *skis bruns* : 39 II/F note 49
70 II 127 JT 1945 I 24 *veuve Hodler* : 108
70 II 188 JT 1944 I 567 *Figori/Cafidor* : 34 35 II/D note 64
71 IV 225 JT 1946 IV 147 *Motta-Denkmal* : 94 note 160
72 II 183 JT 1947 I 54 *Nagol/Napro* : 25 33 II/D
72 II 380 JT 1947 I 620 *Mauler* : 26 II/F
72 II 392 JT 1947 I 273 *Elco* : 23 II/D
72 IV 171 JT 1946 IV 178 *Kupferschmid* : 94
73 II 57 JT 1947 I 621 *Midol/Smidor* : 35 42 45 II/D notes 58 64
73 II 110 JT 1947 I 581 *Autogen Endress AG* : 39 II/D note 41
73 II 126 JT 1948 I 148 *Davidoff* : 47
73 II 183 JT 1948 I 568 *Alpinal/Alps* : 33 notes 57 58
73 II 194 JT 1948 I 271 *Gillette* : 22 47 II/F notes 33 69
74 II 235 JT 1949 I 386 *Wollenhof* : 20
74 IV 115 JT 1948 IV 185 "n'avait pas le sou" : 94 note 102
74 IV 169 - *Nescafé* : 123
75 IV 21 JT 1949 IV 127 *Fachblatt für schweizerisches Anstaltswesen* : 61 65 115 II/D
76 II 77 - *Cinéac* : 21
76 II 97 - *dentelles* : 22
77 II 321 JT 1952 I 337 *Sihl/Silta* : 20 33 II/D
77 II 331 JT 1952 I 264 *Soliput* : 25 46 II/D
77 II 377 JT 1952 I 361 *Micky-Maus/Mickey-Mouse* : 22 44
78 I 278 JT 1953 I 328 *Nycord* : 40
78 II 164 JT 1953 I 45 *Lux* : 46
78 II 379 JT 1953 I 571 *Alucol/Aludrox* : 35 39 41 45 II/D note 42
78 II 457 JT 1953 I 326 *Exactus/Exacta* : II/A
79 II 98 JT 1954 I 148 *Solis/Sollux/Soliput* : 33 39
79 II 182 JT 1954 I 382 *de Trey* : II/B
79 II 219 JT 1954 I 414 *Scandale/Sandal* : 26 33 44 II/D note 64
79 II 305 JT 1954 I 248 *Interchemical* : 27
79 II 316 JT 1954 I 238 *interrupteurs* : 56 note 33
79 II 409 JT 1954 I 492 *Lux* : 66 80 93 99 107 108 109 110 note 152
79 IV 16 JT 1953 IV 115 *Société fiduciaire* : 94 137 note 147
80 II 165 JT 1955 I 318 *Ecole Ber* : 94
80 II 171 JT 1955 I 306 *Clip/Clix* : 33 60
80 IV 22 JT 1954 IV 82 *Nova-Werke* : 121
80 IV 56 JT 1954 IV 111 "geistig nicht normal" : 94
80 IV 71 JT 1954 IV 96 *Bonnard* : 94
81 II 65 JT 1955 I 207 *Verbandwatte* : 103 note 157
81 II 467 JT 1956 I 474 *Ciné-Studio/ITA-Studio* : 21 II/D
82 II 231 JT 1957 I 553 *Rolex* : 45
82 II 340 JT 1957 I 558 *Eisen und Metall* : II/D
82 II 346 JT 1957 I 561 *Schwarzenburger* : 60 II/D

- 82 II 539 JT 1957 I 552 *montre Dogma* : II/D
82 II 544 JT 1957 I 312 *Corinphila-Liga* : 80 121 123
82 IV 204 JT 1957 IV 82 «*Patente angemeldet*» : note 157
83 II 154 JT 1957 I 559 *support Dublo pour fleurs coupées* : 56 II/D note 49
83 II 216 JT 1957 I 550 *Spera* : 60 II/F
83 IV 198 JT 1958 IV 27 *engins Espresso* : 20 60 II/D
84 II 221 JT 1958 I 595 *Trois-plants* : 60 II/F
84 II 314 JT 1958 I 591 *Compactus* : 46 II/D
84 II 441 JT 1959 I 586 *Xylocaine* : 34 45 II/F
84 II 450 JT 1959 I 597 *cigarettes Gauloises* : II/D
84 II 579 JT 1959 I 598 *stips Cosy* : 47 58 60 II/D note 76
84 IV 39 JT 1958 IV 50 *Suter* : 123
85 II 323 JT 1960 I 610 *Gennheimer* : II/B
85 IV 53 JT 1959 I 588 *His Master's Voice* : 58
86 II 108 JT 1960 I 612 *Eschenmoser* : 104
86 II 270 JT 1961 I 591 *Philips* : note 65
87 II 35 JT 1961 I 586 *stylos à bille BIC* : 20 21 33 45 46 60 II/D note 29
87 II 40 JT 1961 I 587 *Quick/Blick* : 34 61 115 II/F notes 79 80 88
87 II 54 JT 1961 I 601 *charnière* : 47 55 58 60 note 33 69
87 II 107 JT 1961 I 589 *Narok* : 58
87 II 113 JT 1961 I 600 *Oertli* : 95 103
87 II 345 JT 1962 I 316 *Plastikleder* : note 157
87 II 349 JT 1962 I 374 «*Einfach*» - *Reinigung* : 52
88 II 28 JT 1963 I 37 *Au Bücheron* : 39 note 41
88 II 371 JT 1963 I 615 *Leuba* : II/B
88 II 378 JT 1963 I 607 *Tobler-o-rum* : 26
88 II 465 JT 1963 I 606 *Felina/Florina* : 43
88 IV 79 JT 1962 IV 114 *Jura-Schnellheizer* : II/D note 70
90 II 43 JT 1964 I 619 *DACRON/Dralon* : 33 45
90 II 51 JT 1964 I 627 *échantillons de tissu* : 27 54 60 II/D
90 II 192 JT 1964 I 624 *Mondial/Mondia* : 121 II/B
90 II 259 JT 1965 I 624 *Schwarzkopf* : II/A
90 II 315 JT 1965 I 634 *ELIN-UNION* : 121 II/D
90 IV 43 JT 1964 IV 55 «*beispiellos günstig*» : 123 notes 57 157
90 IV 109 JT 1964 IV 88 *Au Sans Rival* : 100 104
90 IV 168 JT 1964 IV 114 *Bergwacholder-Honig* : II/D
91 II 17 JT 1965 I 631 *La Résidence SA* : 39 45 II/B
91 II 117 JT 1965 I 635 *Zeiss* : 37
92 I 176 JT 1967 I 376 *international* : note 157
92 II 22 JT 1966 I 619 *Schneuzler* : 121
92 II 95 JT 1966 I 616 *Pavag/Bavag* : 56
92 II 202 JT 1967 I 623 *Wäschetruhe* : 47
92 II 257 JT 1967 I 611 *Sihli/Silbond* : note 53
92 II 270 JT 1967 I 614 *Cosili/Syntosil* : II/A
92 II 305 JT 1967 I 607 *Sheila* : 55
92 IV 38 JT 1966 I 619 *Parolini (Mascotte)* : 122
92 IV 70 JT 1966 IV 66 *Rawyler* : 97
93 I 570 JT 1968 I 625 *TRAFALGAR* : 78 100
92 IV 94 JT 1966 IV 123 *Apotheke X* : 138

- 93 II 40 JT 1967 I 629 *Helena Rubinstein/Rubinia AG* : II/B
93 II 50 JT 1967 I 617 *VAC (Migros)* : 23 II/D
93 II 135 JT 1967 I 631 *Ingenieur HTL* : 91 98 99
93 II 256 JT 1968 I 649 *Teppich-Discount* : II/B
93 II 260 JT 1968 I 628 *Brisemarine/Blue marine* : 40 60 II/D note 56
93 II 272 JT 1968 I 130 *machine à nettoyer les tripes* : 27 47 56 60 II/F
93 II 424 JT 1968 I 633 *Burberrys* : 55
94 II 44 JT 1968 I 634 *Spandex* : note 56
94 IV 34 JT 1968 I 650 *billigste Preise der Schweiz* : 40 103 104 109 110 notes 56 157
95 II 191 JT 1969 I 627 *Polar Menthe* : 43 58 60 II/F notes 52 75
95 II 354 JT 1970 I 622 *Elisabeth Arden/Arlem* : 25 27
95 II 461 JT 1970 I 619 *cigarettes Parisiennes* : 55 60 II/F note 56
95 II 470 JT 1970 I 626 *Brief-/Milchkasten* : 60 II/F
95 II 481 JT 1971 I 226 *CLUB MEDITERRANNE* : 136 note 201
95 II 568 JT 1970 I 634 *Adia Interim* : 121 II/B
95 IV 157 JT 1969 IV 114 *prix choc* : 104 note 157
96 I 248 JT 1970 I 624 *DOMINANT* : 45
96 II 236 JT 1971 I 601 *Valvoline/Havoline* : II/A
96 II 243 JT 1971 I 602 *Blauer Rock* : II/A
96 II 257 JT 1971 I 600 *GLAS-SHOT* : 41
96 II 400 JT 1971 I 604 *Men's Club* : 43 II/D
97 I 79 JT 1971 I 607 *Cusco* : note 157
97 II 78 JT 1971 I 605 *POND'S/RESPOND* : II/A note 39
97 II 153 JT 1971 I 618 *Isola* : 121 II/B
97 II 234 JT 1972 I 627 *Intershap/Interstop* : 56
98 Ia 73 JT 1974 I 103 *Kellermüller* : 136 note 201
98 II 57 JT 1972 I 628 *Commerz Bank/Commerzbank* : 121 II/B note 56
98 II 67 JT 1972 I 633 *Standard Bank* : II/B
98 II 138 JT 1972 I 622 *LUWA* : 39
98 II 365 JT 1974 I 169 *Denner* : 109
98 IV 86 JT 1973 IV 69 *adultère* : 108
98 IV 90 JT 1973 IV 120 *"perverse Geilheit"* : 108
99 II 401 JT 1974 I 543 *Biovital* : 52
99 IV 148 JT 1974 IV 95 *avocat M.* : 91 138
100 Ib 345 JT 1975 I 283 *Permanence Médecine-Secours* : note 155
100 Ib 350 JT 1975 I 285 *Permanence dentaire de Malombré* : note 155
100 II 224 JT 1975 I 539 *Aussenhandel AG* : II/B
100 II 395 JT 1975 I 536 *AKAD* : 121 II/B
100 IV 43 JT 1975 IV 62 *Courrier des bêtes* : 91
101 II 290 JT 1976 I 521 *Stugeroni/Ugaron* : 40 41 notes 42 56
101 IV 344 JT 1978 IV 86 *prezzi normali* : 104
102 II 111 JT 1977 I 510 *Silva* : 23
102 II 122 JT 1976 I 523 *Annabelle/Annette* : 21 33 46 62 64 115 II/D note 29
102 II 286 JT 1977 I 512 *"grösste Fernschule der Schweiz"* : 104 note 157
102 II 292 JT 1977 I 516 *Bicoflex* : 103 note 71
102 IV 263 JT 1978 IV 30 *permanence dentaire* : 97 104 note 155
103 II 211 JT 1978 I 276 *Choco Nuts* : 25 43 47 49 60 II/D notes 50 52 56 75
103 IV 157 JT 1979 IV 5 *Baudirektor der Stadt Luzern* : 94

- 104 II 58 JT 1978 I 282 *Griner* : note 35
 104 II 124 JT 1978 I 279 *Rossignol* : 100 101 103
 104 II 322 JT 1979 I 259 *chaussures Bata* : 23 27 32 47 49 51 55 60
 104 IV 11 - *Baillod* : 133 136
 105 II 49 JT 1979 I 261 *OMO* : 46
 105 II 70 JT 1980 I 23 «*Gemeinsam*»-*Stiftung für Benachteiligte* : note 157
 105 II 297 JT 1980 I 261 *Monsieur Pierre* : 49 54 55 58 60 II/F
 105 IV 111 JT 1980 IV 113 *dentiste C.* : 94 note 158
 105 IV 114 JT 1980 IV 111 *Schachgesellschaft Allschwil* : 91 136
 105 IV 194 JT 1980 IV 128 *attaques politiques* : 94 note 158
 106 II 92 JT 1981 I 518 *Minelli* : 97
 106 IV 179 JT 1981 IV 132 *Achetman* : 138
 106 IV 218 JT 1981 IV 96 "*au prix de fabrique*" : 100
 107 Ia 45 JT 1982 IV 90 *Pressephotos* : note 201
 107 Ia 277 - *Luisier* : 133
 107 II 277 JT 1982 I 523 *Denner* : 104 note 157
 107 II 356 JT 1982 I 515 *La San Marco* : II/B
 108 II 69 JT 1982 I 528 *Rubik-Cube* : 47 49 55 60 II/D note 33
 108 II 225 JT 1983 I 366 *Griesser* : 97 98 99
 108 II 327 JT 1983 I 368 *Lego III* : 43 46 54 58 60 121 II/F note 69
 109 II 338 JT 1984 I 301 *BBC/PPC* : II/B
 109 II 483 JT 1984 I 295 *Computerland* : 46 II/B
 109 IV 145 JT 1984 I 294 *Rolex* : II/A
 110 II 411 JT 1985 I 203 *Schweizerische Interpreten-Gesellschaft* : 121
 110 IV 102 JT 1985 I 209 *poupée «arlequin»* : 49 60 II/F
 111 II 209 JT 1986 I 600 *Frischknecht* : 97 note 150
 111 II 508 JT 1986 I 342 *Jelmoli Reisen* : II/A
 112 Ia 398 - *Association vaudoise des journalistes* : 133 136
 112 II 268 JT 1987 I 241 *Denner/Kartellbier* : 91 109 110 111
 112 II 362 JT 1987 I 227 *EscolinolSeccolino* : 44
 112 IV 25 JT 1987 IV 63 "*villaine embrouille immobilière*" : note 172
 113 Ia 309 JT 1989 I 273 *Verband der Schweizer Journalisten* : 133 136
 113 II 77 JT 1987 I 227 *Philips* : 60 II/F
 113 II 190 JT 1988 I 300 *meubles Le Corbusier* : 23 27 55 60 II/D notes 30 34
 113 II 306 JT 1988 I 304 *thèse de doctorat* : 22
 113 II 319 JT 1988 I 308 *rayonnages métalliques "Universal"* : 22 27 54 II/D note 30
 114 II 91 JT 1988 I 310 *Dior* : 60
 114 II 106 JT 1988 I 315 *CeBIT* : 21 46 121 II/B II/D note 29
 114 II 371 JT 1989 I 327 *alta tensione* : 43
 114 II 432 - *Lacoste* : 55
 115 III 18 JT 1991 II 76 *X.* : note 102
 115 III 81 JT 1992 II 7 *U. AG* : note 102
 115 IV 42 JT 1990 IV 107 "*Wohnungsspekulant*" : note 160
 116 II 365 JT 1991 I 613 *NIVEA* : 21 23 29-37 43 46 48 52 54 55 56 57 58 60 II/F
 note 60
 116 II 431 JT 1991 IV 45 *fabrikneu* : note 157
 116 II 463 JT 1991 I 599 *Coca-Cola* : 125 127
 116 II 471 JT 1991 I 594 *Volvo* : 22 41 47 49 56 notes 56 69
 116 II 609 JT 1991 I 608 *FIORETTO* : 47

- 116 II 614 JT 1991 I 605 *Gucci* : II/A
 116 IV 31 JT 1992 IV 28 *Udo Proksch [Lucona-Versicherungsskandal]* : 91 133 136
 note 204
 116 IV 146 JT 1993 IV 5 *Laufentaler* : 81
 116 IV 161 JT 1992 IV 94 *SCHMUTZLI* : 40
 116 IV 167 JT 1992 IV 176 *prix choc* : note 56
 116 IV 205 JT 1992 IV 107 *Asylsuchende* : 91 94
 116 IV 211 JT 1992 IV 83 *Leserbrief* : 91
 117 II 192 JT 1992 I 369 *Münsterkellerei* : note 56
 117 II 199 JT 1992 I 376 *Garantie Touring* : 60 II/F notes 50 56
 117 II 321 JT 1992 I 365 *Valser* : note 60
 117 II 563 JT 1993 I 156 *M X* : 40
 117 IV 27 JT 1992 IV 127 *"sorcière"* : 91 94 133 136
 117 IV 45 JT 1992 IV 158 *H.* : 47
 117 IV 48 JT 1992 IV 158 *Coop Au Centre* : note 56
 117 IV 54 JT 1992 IV 158 *"validité illimitée"* : note 56
 117 IV 193 JT 1992 I 378 *Bernina* : 70-73 80 90 95 109 120 127 128 136 notes 99 147
 117 IV 270 JT 1993 IV 156 *"bande de salauds"* : 91
 117 IV 324 JT 1992 I 383 *Dr. h.c.* : note 157
 117 IV 475 JT 1992 I 368 *Uhren aus Hongkong* : 47
 118 II 74 JT 1993 I 363 *MISS ELLECI* : 47
 118 II 181 JT 1993 I 362 *DUO* : 47
 118 II 322 JT 1993 I 357 *Ferospedi/Fertrans* : 20 39 45
 118 II 369 - *Eglise de Scientologie de Lausanne* : 133 136
 118 IV 41 JT 1994 IV 79 *SonntagsBlick* : note 206
 118 IV 153 JT 1994 IV 109 *Frick* : 91 93 94 133 136 note 204
 118 IV 184 JT 1993 I 366 *prix de fabrique* : 35 note 56
 118 IV 248 - *défense d'un accusé* : note 158
 118 IV 319 JT 1994 IV 158 *Stern* : note 206
 118 IV 405 JT 1995 IV 94 *Crack* : note 210
 119 Ia 99 JT 1995 IV 124 *Publicité des débats* : 133 136
 119 Ib 166 - *Verein zur Förderung der Psychologischen
 Menschenkenntnis (VPM)* : note 108
 119 II 97 - *"Keine Grenze für Schnüffler"* : 74 notes 119 207
 119 II 473 JT 1994 I 358 *Radion/Radomat* : 33 II/F note 64
 119 IV 44 JT 1995 IV 121 *"curieux trou de 100'000 francs"* : 94
 119 IV 297 JT 1995 IV 145 *Betreibungsregisterauszüge* : 94 note 130
 120 Ib 332 *Union du commerce local de Porrentruy* : note 18
 120 Ib 390 *Willy Cretegny-Dupraz* : note 18
 120 II 76 JT 1994 I 365 *four à micro-ondes* : 80 87 88 91 95 note 100
 120 II 97 - *Kriegsmaterial* : note 207
 120 II 144 *Yeni Raki* : 20 21 26 32 60 notes 56 64
 120 II 225 *Willi W.* : note 137
 120 II 248 *Dr. med. W.* : 40
 120 II 307 *The Original* : 32
 120 II 312 *FTR* : 40
 120 II 371 *Verein X* : note 207
 120 IV 32 JT 1994 I 363 *"Anwalt macht Kasse"* : 40 80 90 92 108 120 128 133 136
 138 notes 56 147 161

120 IV 280	"immer billiger" : 104
120 IV 287	Banque Procrédit : 100
121 II 29	Tod auf dem Schulhof : note 204
121 II 359	Adrian Gasser : 133 note 204
121 III 168	Gewerkschaft Druck und Papier : 125 127
121 III 306	Jugendsiedlung Utenberg : 74
121 III 377	Hugo Boss : 42 note 63
121 IV 29	"Bank-gangster" : note 168
121 IV 76	Mariette Paschoud : 91 94 notes 49 56 137 204
121 IV 86	salon de massage : 74
121 IV 109	télékiosque 156 : 74
121 IV 128	excrément : 74
121 IV 185	notaire W. : note 153
121 IV 249	hockeyeur A. : 7

b) ATF non publiés :

5C. 249/1992 du 17.05.94	Hans W. Kopp c/ Tages-Anzeiger : notes 106 207
6S. 648/1994 du 13.12.94	Denner c/ SonntagsZeitung : 75-79 notes 159 264
5C. 211/1994 du 19.12.94	Christiane Givord c/ L'Express : notes 119 123 208
6S. 31/1995 du 23.05.95	Anne-Frédérique Widmann (L'Hebdo) c/ Multi-Invest SA : 140-142 note 204

c) Arrêts publiés dans la RSPJ cités d'après l'année et les pages :

1956	194-199	Solis/Solaris/Sularis : 28
1956	199-202	Chemosan : II/B
1961	71-79	Lego I : 28 II/D note 69
1961	167-169	Brown Boveri : II /F
1962	157-162	Lego II : 28 II/F note 69
1972	125-132	Rastcafé/Nescafé : II/E
1967	141-146	Stranggusanlagen : 99
1969	82-89	Gauloises Caporal : II/G
1971	59-62	"Einzig Drano ist so sparsam und wirkt so schnell" : 104
1972	160-161	CILAG/HALAG : II/B
1974	133-142	MAXIM'S/MAXIM : II/A
1976	58-61	Chesterfield : II/G
1977	178-183	Adidas : II/E
1978	241-245	Wucher : 84 85
1980	157-160	Cartier : 39
1980	160-170	"Denner immer am billigsten" : 104 note 157
1982	191-199	Rubik's Cube I : note 33
1982	199-205	Rubik's Cube II : note 33
1984	139-147	Erba/Erbatex : II/B
1984	362-370	pendules neuchâteloises : II/G
1985	114-116	Who's Who : 99
1986	325-328	Affiches encadrées : 54

- 1986 332-340 *Jelmoli-Reisen* : II/A
 1986 328-332 *Warnung vor Verwechslungen* : 100 102
 1987 94-97 *Katalogphotos* : 55
 1987 120-125 *"serienmässig auf Semperit"* : note 157
 1987 125-129 *Rein* : 58
 1987 129-131 *Brockehus* : II/B
 1987 134-142 *LIDO* : II/B
 1987 147-157 *Hotel Romantica* : II/B
 1987 157-160 *Landschaftsdessin* : 55
 1987 273-282 *HELIO* : 99
 1989 88-92 *Chicco d'oro* : 52 II/A
 1989 116-118 *garantie des prix* : 104 note 157
 1989 118-125 *Tableaux de référence* : 80
 1989 136-139 *super shot* : note 75
 1989 143-145 *Ferrari 250 GTO* : 58
 1989 208-210 *nine to six* : 52
 1990 403-412 *Kundenzeitschriften* : 115
 1990 412-420 *Garage du Roc* : note 129
 1990 420-425 *Garage du 1er Mars* : note 129
 1991 98-101 *Soraya/Chanel* : 55 note 71
 1991 102-108 *LA BANNIÈRE* : II/E
 1991 109-113 *Paolo Gucci* : II/A
 1991 141-145 *Seifenschalenhalter* : 22 39 41 43
 1991 219-223 *Chanel-Kostüm* : 12 50-52 53 55 II/G
 1991 225-234 *BIO KILL* : 56 II/E note 49
 1991 234-240 *Kopulierende Krokodile* : notes 37 53
 1991 240-244 *Snapspot* : 43 II/G
 1991 247-251 *Aufforderung zum Austritt* : 106 109
 1991 268-276 *Tabakkartell* : III/B
 1991 285-291 *Midi-Anlage* : 101
 1991 397-401 *Rockwatch* : 52
 1991 410-417 *Branchenregister* : 104 note 157
 1992 109-113 *Kästle (Kassensturz)* : 18 80 9091 126 notes 126 165
 1992 113-116 *durchsichtige Motive* : 90 91 92
 1992 121-122 *frichester Frischkäse* : 104
 1993 113-128 *501* : 55
 1993 154-155 *Chrono-watch* : 52
 1993 328-331 *four à micro-ondes* : 88 95
 1994 53-58 *Prosoft/Profisoft* : II/B
 1994 71-73 *CASADEI/CASSADEY* : II/A
 1994 81-86 *Steinbock* : II/B
 1994 87-88 *Burda* : 55 II/B
 1994 193-197 *Softwatch* : II/G
 1994 202-206 *Roco/Hero* : 55
 1994 206-210 *BUD/BUDDY* : 55 II/A
 1994 215-222 *Réserve du Comte vert* : II/E
 1994 236-241 *catalogue de voyages OASIS* : 12 46 52
 1994 255-260 *Trumpf Buur* : 97
 1994 281-285 *Rustica* : II/B

1994	286-291	<i>Assura</i> : II/B
1994	302-306	<i>Le Corbusier</i> : note 34
1994	308-309	<i>CERBERUS</i> : II/A note 71
1994	355-359	<i>Schwerwiegende Gründe</i> : 80 85 91
1994	360-361	<i>L'Orange D'été</i> : II/F
1994	364-369	<i>Richtigstellung</i> : 91 98
1995	136-138	<i>McDonald's/MacToni</i> : note 71
1995	139-148	<i>SWICA/SWISSCARE I</i> : 13 39 44 II/B
1995	149-154	<i>SWICA/SWISSCARE II</i> : note 62
1995	163-165	<i>320 20 20</i> : 14 note 35

d) Arrêts publiés dans la RSJ cités d'après l'année et les pages :

1958	290-291	<i>Flora-Tours</i> : II/B
1959	9	<i>Handeln gegen Treu und Glauben</i> : note 67
1964	8-12	<i>Stützisolatoren</i> : 56 note 33
1965	278-280	<i>Skiträger</i> : 52 note 33
1968	136-139	<i>Neocolor/Neo-Color</i> : 44
1970	237-238	<i>Zeitschrift «Kunststoffe-Plastics»</i> : 65 115 II/G
1970	326-328	<i>Geschichte der römischen Literatur</i> : note 67
1971	128-129	<i>«Einzig Drano ist so sparsam und wirkt so schnell»</i> : 104
1978	194-196	<i>«Wucher»</i> : 84 85 92 95 108
1984	132	<i>Brockehus</i> : II/B
1989	178-181	<i>Plasticolor/Plastik-Color</i> : 44
1989	193-194	<i>Chanel-Kostüm</i> : 41 II/G note 56
1191	212-214	<i>Wallraff-Journalismus</i> : note 209
1994	178-184	<i>B.-Bank</i> : 18 90 92 notes 91 119 189 205
1995	96	<i>Verkaufsstände</i> : 55
1995	388-391	<i>«Lieber nackt als im Pelz»</i> : notes 128 145

e) Arrêts publiés dans les ZR :

1931	n° 54	<i>Douglas-Rifriemen</i> : 99
1939	n° 5	<i>Zeitschriftenmappe</i> : 61
1939	n° 6	<i>Steckkasten</i> : 47
1944	n° 217	<i>jüdische Firma</i> : 93 107 note 104
1945	n° 1	<i>Pro-Bé-Bé</i> : II/G
1945	n° 108	<i>Bussenverfügung</i> : 98
1946	n° 104	<i>Gummi-Maag/Gummi Hug A.-G</i> : 41 II/B
1946	n° 200	<i>Elektroöfen</i> : 55
1946	n° 201	<i>Melitta</i> : 56
1946	n° 202	<i>Kasp</i> : II/B
1947	n° 157	<i>Gillette</i> : II/G
1947	n° 172	<i>«unsaubere Geschäftsmethoden»</i> : 94 note 147
1950	n° 149	<i>Dr med. W.</i> : 138
1952	n° 25	<i>«das einzige Spezialbüro in der Schweiz»</i> : note 157
1956	n° 58	<i>Solis/Solaris/Sularis</i> : 26

1965	n° 149	<i>Melitta</i> : 47 56 II/G note 33
1966	n° 65	<i>K.</i> : 94 note 146
1967	n° 32	<i>Kehrichtbehälter</i> : 56 85 91 98 II/G
1968	n° 41	<i>Kalksandstein</i> : 80 85 87 95 note 140
1969	n° 67	<i>Hallenschwimmbad Luzern</i> : 94
1970	n° 104	<i>Geschichte der römischen Literatur</i> : note 67
1971	n° 67	<i>Fera</i> : note 67
1978	n° 114	<i>Werbewirkungsstudie</i> : 103 131
1980	n° 10	<i>Erfolgsquote</i> : note 154
1989	n° 33	<i>Verzeichnisse säumiger Zahler</i> : note 102
1989	n° 62	<i>Zigarettenfabrikanten</i> : III/B
1990	n° 62	<i>Haarentfernungsgerät</i> : 23 41
1990	n° 66	<i>Kotflügel (Volvo)</i> : note 69
1990	n° 114	<i>Mercedes-Benz Touring-Garantie</i> : II/F
1992	n° 38	<i>Prosofit/Profisoft</i> : 39 II/B

f) Arrêts publiés dans la RVJ cités d'après l'année et les pages :

1967	188-190	<i>"incapable et saboteur"</i> : 94 106
1981	444-457	<i>Judenfirma</i> : 93
1986	357-369	<i>Hôtel Romantica</i> : 49
1988	232-239	<i>Capitaine de la Bannière</i> : II/E
1988	240-251	<i>Petit</i> : 39
1992	398-407	<i>Réserve du Comte vert</i> : II/E
1993	196-201	<i>Rustica</i> : II/B

g) Arrêts publiés dans les LGVE :

1976 I	n° 281	<i>EPOCA</i> : II/B
1978 I	n° 428	<i>Piccolo-Taxi</i> : note 35
1986 I	n° 14	<i>Express-Glaserei</i> : II/B
1986 I	n° 48	<i>Fortuna</i> : II/B
1987 I	n° 26	<i>Batch-Codes</i> : 121

h) Arrêts publiés dans la SJ :

1946	228-237	<i>Duttweiler</i> : 69
1946	252-253	<i>Faessler</i> : 138
1946	273-276	<i>Lavanchy</i> : 80
1946	599-607	<i>«Il est vrai que l'argent n'a pas d'odeur»</i> : 110
1948	113-128	<i>Au Printemps SA</i> : note 57
1956	328-334	<i>Suze</i> : 80 91
1957	107-112	<i>Torre</i> : 80 96 98 112
1961	401-413	<i>Migros-Genève</i> : 80 85
1965	51-60	<i>Gauloises Caporal</i> : II/E
1965	129-144	<i>Mondial/Mondial</i> : II/A

1979	238-244	<i>soierie Bianchini Ferier</i> : 54
1979	549-562	<i>Léonard Fashion</i> : II/B
1979	634-637	<i>Van Cleef & Arpels</i> : 55
1980	497-505	<i>Transcontainer</i> : 52 II/B
1984	551-552	«piratage» : 113
1993	272-276	<i>V.O. Réalités</i> : 115
1995	669-675	<i>Christiane Givord c/L'Express</i> : notes 119 123 208

i) Arrêts cités dans le RJN :

V 1ère partie 5-12 *Swiss made* : II/E

1983 73-77 *Pendules Le Castel* : 36 II/G

1986 72-75 *Le Corbusier* : note 34

1987 69-74 *rayonnages métalliques "Universal"* : II/D II/E

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

Herausgeber: Professor Dr. Heinz Hausheer, Bern

Im Verlag Stämpfli+Cie AG sind früher erschienen:

Strafrecht

- Heft 575 GUYAZ ALEXANDRE: *L'incrimination de la discrimination raciale.*
1995, 336 p., broché, Fr. 88.–/DM 117.–/öS 913.–
ISBN 3-7272-0221-1
- Heft 572 BOMMER FELIX: *Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes bei rechts- und sittenwidrigen Geschäften.*
1995, 328 S., broschiert, Fr. 70.–/DM 88.–/öS 687.–
ISBN 3-7272-0217-3
- Heft 570 PIOTET DENIS: *Les effets civils de la confiscation pénale.*
1995, 184 p., broché, Fr. 64.–/DM 81.–/öS 627.–
ISBN 3-7272-0215-7
- Heft 566 STRÄULI BERNHARD: *Pourvoi en nullité et recours de droit public au Tribunal fédéral. Etude de procédure pénale suisse et genevoise.*
1995, 502 p., broché, Fr. 98.–/DM 123.–/öS 960.–
ISBN 3-7272-0210-6
- Heft 563 SCHILD TRAPPE GRACE MARIE LUISE: *Harmlose Gehilfenschaft?*
1995, 210 S., broschiert, Fr. 62.–/DM 78.–/öS 610.–
ISBN 3-7272-0207-6
- Heft 562 HAUENSTEIN ROLAND: *Die Ermächtigung in Beamtenstrafsachen des Bundes.*
1995, 232 S., broschiert, Fr. 78.–/DM 98.–/öS 766.–
ISBN 3-7272-0206-8
- Heft 553 DEL PERO FRANCO: *La prescription pénale. Histoire – notions générales – durée des délais relatifs et absolus de prescription de l'action pénale et de la peine.*
1993, 314 p., broché, Fr. 70.–/DM 75.–/öS 545.–
ISBN 3-7272-0197-5
- Heft 525 SCHNELL BEAT: *Der gewerbsmässige Betrug (Art. 148 Abs. 2 StGB).*
1990, 284 S., broschiert, Fr. 49.–/DM 56.–/öS 336.–
ISBN 3-7272-0169-X
- Heft 505 BUSER MARTIN: *Straftaten im Zusammenhang mit Kreditkarten.*
1986, 152 S., broschiert, Fr. 40.–/DM 45.–/öS 273.–
ISBN 3-7272-0149-5

Die Reihe wird fortgeführt.

Erhältlich in allen Buchhandlungen.



Verlag Stämpfli+Cie AG Bern

Postfach 8326, CH-3001 Bern