

1039

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LA PROTECTION DES
ARMOIRIES FÉDÉRALES
ET DE L'INDICATION
« SUISSE »

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

JEAN-DANIEL PASCHE

1988

IMPRIMERIE ZWAHLEN – SAINT-BLAISE

**LA PROTECTION DES ARMOIRIES FÉDÉRALES
ET DE L'INDICATION «SUISSE»**

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LA PROTECTION DES
ARMOIRIES FÉDÉRALES
ET DE L'INDICATION
« SUISSE »

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

JEAN-DANIEL PASCHE

1988

IMPRIMERIE ZWAHLEN – SAINT-BLAISE

Monsieur Jean-Daniel Pasche est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée « La protection des armoiries fédérales et de l'indication « Suisse » ».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, 25 mai 1988.

Le doyen de la Faculté de droit
et des sciences économiques

Philippe Bois

*A Chantal, Sébastien,
Isaline,
à mes parents*

REMERCIEMENTS

Qu'il nous soit permis d'exprimer ici notre gratitude à l'égard de tous ceux qui nous ont apporté leur soutien pour l'élaboration de ce travail.

Nous remercions en particulier :

- MM. les professeurs François Curchod et Roland Ruedin, qui ont bien voulu diriger notre thèse, pour leur disponibilité à notre égard et les précieux conseils qu'ils nous ont prodigués ;
- Le Département de l'instruction publique de la République et Canton de Neuchâtel, Office des bourses, la Société suisse des industries chimiques (notamment les sociétés Ciba-Geigy SA, F. Hoffmann-La Roche & Co. SA, Sandoz SA et Nestlé SA), l'Union des fabricants suisses de chocolat et l'Union suisse du commerce de fromage SA, pour le soutien financier accordé à la publication de notre thèse.

TABLE DES MATIÈRES

	Page
Table des matières	9
Abréviations	13
Bibliographie	15
Introduction	21
TITRE PREMIER Protection des armoiries fédérales de <i>lege lata</i>	23
<i>Chapitre 1</i> Historique	23
Section 1 Origine	23
Section 2 Adoption des conventions multilatérales	24
§ 1 Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle	24
§ 2 Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne	27
Section 3 Législation fédérale	28
§ 1 Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompense industrielle	28
§ 2 Loi fédérale pour la protection des armoiries publiques et autres signes publics	31
<i>Chapitre 2</i> Protection des armoiries fédérales en Suisse	33
Section 4 Enregistrement des armoiries fédérales à titre de marques	33
§ 1 Notion de la marque	33
§ 2 Interdiction de l'enregistrement	36
§ 3 Etendue de l'interdiction	38
§ 4 Exceptions	40
Section 5 Utilisation des armoiries fédérales sur les produits	41
§ 1 Emploi à des fins commerciales	41
§ 2 Utilisation à titre de marque	44
§ 3 Etendue de l'interdiction	45
§ 4 Exceptions	45
Section 6 Emploi des armoiries fédérales à des fins publicitaires	46
Section 7 Armoiries fédérales et raisons de commerce	50
Section 8 Dispositions pénales	51
§ 1 Loi fédérale pour la protection des armoiries publiques et autres signes publics	51
§ 2 Loi fédérale statuant des dispositions pénales en matière de registre du commerce et de raisons de commerce	53
§ 3 Code pénal suisse	54

<i>Chapitre 3</i>	Protection des armoiries fédérales à l'étranger	55
Section 9	Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle	55
Section 10	Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne	57
Section 11	Traités bilatéraux	59
<i>Chapitre 4</i>	Droit comparé	61
Section 12	Droit allemand	61
Section 13	Droit français	63
TITRE		
DEUXIÈME	Protection de l'indication «Suisse»	67
<i>Chapitre 5</i>	Historique	67
Section 14	Origine des signes distinctifs	67
Section 15	Adoption des conventions multilatérales	69
	§ 1 Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle	69
	§ 2 Arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses	71
Section 16	Législation fédérale	72
	§ 1 Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompense industrielle	72
	§ 2 Législation contre la concurrence déloyale	72
<i>Chapitre 6</i>	Réglementation de l'indication «suisse» par le droit fédéral	75
Section 17	Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompense industrielle	75
	§ 1 Définition	75
	§ 2 Conditions d'utilisation	76
	§ 3 Protection juridique	79
	§ 4 Dépôt à titre de marque	81
Section 18	Loi fédérale contre la concurrence déloyale	82
	§ 1 Définition	82
	§ 2 Protection juridique	83
Section 19	Législation sur les raisons de commerce	84
<i>Chapitre 7</i>	Utilisation du nom «suisse» sur les montres	87
Section 20	Genève	87
Section 21	Ordonnance réglant l'utilisation du nom «Suisse» sur les montres	88

<i>Chapitre 8</i>	Protection de l'indication «suisse» à l'étranger	91
Section 22	Selon les conventions multilatérales	91
	§ 1 Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle	91
	§ 2 Arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses sur les produits.....	92
Section 23	Selon les traités bilatéraux	94
TITRE		
TROISIÈME	Protection des armoiries fédérales de <i>lege ferenda</i>	97
<i>Chapitre 9</i>	Critique du droit actuel	97
Section 24	Différences de traitement	97
	§ 1 Remise en question du principe de l'interdiction absolue	97
	§ 2 Armoiries fédérales et services	99
Section 25	Utilisation à des fins décoratives	100
Section 26	Emploi fait par un étranger à l'étranger	101
<i>Chapitre 10</i>	Analogie entre le nom «suisse» et les armoiries fédérales..	103
Section 27	Nature du nom «suisse»	103
Section 28	Nature des armoiries fédérales.....	104
<i>Chapitre 11</i>	Propositions de <i>lege ferenda</i>	105
Section 29	Utilisation sur les produits	105
Section 30	Autres utilisations	106
Section 31	Enregistrement des armoiries fédérales comme marques...	107
Section 32	Protection juridique	107
Section 33	Synthèse	108

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AIPPI	Association internationale pour la protection de la propriété industrielle
AM	Arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses sur les marchandises
Annales	Annales de la propriété industrielle et artistique (France)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
Bull. stén.	Bulletin sténographique des chambres fédérales (Suisse)
CCS	Code civil suisse du 10.12.1907 (RS 210)
CG	Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12.8.1949 (RS 0.518.12)
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CO	Code des obligations du 30.3.1911 (RS 220/Suisse)
CPS	Code pénal suisse du 21.12.1937 (RS 311.0)
CTM	Contrôle officiel de la qualité dans l'industrie horlogère suisse (arrêté fédéral du 23 juin 1961 remplacé par l'arrêté fédéral du 18 mars 1971 ; RS 934.11)
CUP	Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle
FF	Feuille fédérale (Suisse)
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce
GRU	Revue du Groupe suisse de l'Association internationale pour la protection de la propriété industrielle
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (RFA)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - internationaler Teil (RFA)
INPI	Institut national de la propriété industrielle (France)
JdT	Journal des tribunaux (Suisse)
LBI	Loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954 (RS 232.14)
LCD (1943)	Loi fédérale sur la concurrence déloyale du 30 septembre 1943
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986
LDA	Loi fédérale concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques du 7 décembre 1922 (RS 231.1)
LDMI	Loi fédérale sur les dessins et modèles industriels du 30 mars 1900 (RS 232.12)
LFRC	Loi fédérale concernant la protection de l'emblème et du nom de la Croix-Rouge du 25.3.1954 (RS 232.22)
LFRC	Loi fédérale statuant des dispositions pénales en matière de registre du commerce et de raisons de commerce du 6.10.1923 (RS 221.414)

LMF	Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompenses industrielles du 26.9.1890 (RS 232.11)
LPAP	Loi fédérale pour la protection des armoiries publiques et autres signes publics du 5.6.1931 (RS 232.21)
ÖBL	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz
OFFPI	Office fédéral de la propriété intellectuelle
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ORC	Ordonnance sur le registre du commerce du 7 juin 1937 (RS 221.411)
OSM	Ordonnance réglant l'utilisation du nom « Suisse » pour les montres du 23 décembre 1971 (RS 232.119)
PI	La propriété industrielle, organe officiel de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
PIBD	Propriété industrielle bulletin documentaire (France)
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse
RS	Recueil systématique (Suisse)
RSa	Ancien recueil systématique (Suisse)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPIDA =	Revue suisse de la propriété industrielle et du droit d'auteur, remplacée
RSPIA	depuis 1985 par :
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle
SJ	Semaine judiciaire (Suisse)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb du 7 juin 1909 (RFA)
ÖUWG (1923)	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb du 26 septembre 1923 (Autriche)

BIBLIOGRAPHIE

- Conférence pour la protection de la propriété industrielle
Ministère des affaires étrangères
cité Actes de Paris (1880) Paris 1880
- idem
cité Actes de Paris (1883) Paris 1883
- Conférence internationale de l'Union pour la protection de la
propriété industrielle
Ministère de l'agriculture, de l'industrie et du commerce Rome 1886
cité Actes de Rome
- Procès-verbaux de la Conférence de Madrid de 1890 de
l'Union pour la protection de la propriété industrielle Berne
cité Actes de Madrid
- Actes de la Conférence réunie à Bruxelles du 1^{er} au
14 décembre 1897 et du 11 au 14 décembre 1900
Bureau de l'Union internationale pour la protection de la
propriété industrielle Berne 1901
cité Actes de Bruxelles
- Actes de la Conférence réunie à Washington du 12 mai au
2 juin 1911
Bureau de l'Union internationale pour la protection de la
propriété industrielle Berne 1911
cité Actes de Washington
- Actes de la Conférence réunie à La Haye du 8 octobre au
6 juin 1925
Bureau de l'Union internationale pour la protection de la
propriété industrielle Berne 1926
cité Actes de La Haye
- Actes de la Conférence réunie à Londres du 1^{er} mai au
2 juin 1934 Berne 1934
Bureau de l'Union internationale pour la protection de la
propriété industrielle
- cité Actes de Londres
- Actes de la Conférence réunie à Lisbonne du 6 au
31 octobre 1958 Genève 1963
Bureau de l'Union internationale pour la protection de la
propriété industrielle
cité Actes de Lisbonne

- Antoniuzzi F. La Convention de Paris et la loi fédérale sur la protection des marques de fabrique et de commerce
Thèse Lausanne 1966
- Althammer W. Warenzeichengesetz, 3^e éd. Köln 1985
- Aubry / Plaisant Le droit des appellations d'origine, Paris 1974
- Baumann F. Das schweizerische Ursprungszeichen, Bern 1953
- Baumbach/Hefermehl Warenzeichenrecht und internationales Wettbewerbs- und Zeichenrecht, 12^e éd., München 1985
cité Baumbach/Hefermehl « Warenzeichenrecht »
Wettbewerbsrecht, 12^e éd., München 1978 cité Baumbach/Hefermehl « Wettbewerbsrecht »
- Baumgartner J. Le risque de confusion en matière de marques
Thèse Lausanne 1970
- Beerli A. Die markenunfähigen Warenzeichen
Thèse Zürich 1937
- Beier F.-K. Der Schutz geographischer Herkunftsangaben in Deutschland
Weinheim 1963
- Beier/Krieger Wirtschaftliche Bedeutung, Funktionen und Zweck der Marke
GRUR Int. 1976/125
- Bodenhausen G.H.C. Guide d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, Genève 1969
- Bretscher J. Der Schutz geographischer Herkunftsbezeichnungen. Thèse
Zürich 1931
- Bruckner A./B. Schweizer Fahnenbuch, St.Gallen 1942
- Burnet O. L'exécution de tâches publiques par un organisme privé
Thèse Lausanne 1983
- Busse R. Warenzeichengesetz, Berlin, New York 1976
- Chavannes/Burst Droit de la propriété industrielle
Paris 1976
- Clerc F. Cours élémentaire sur le code pénal suisse
Tome II, Lausanne 1945
- Comité international de la Croix-Rouge Genève Les conventions de Genève du 12 août 1949 –
Analyse à l'usage des Sociétés nationales de la Croix-Rouge,
Genève 1950
cité CICR
- Coquet L. Des indications d'origine et de la concurrence déloyale, Paris
1913
- David H. Kommentar zum schweizerischen Markenschutzgesetz +
Supplement
Basel 1960/1974
- de Claparède H. Rechtsgutachten über bundesgesetzliche Schutznormen betreffend den Gebrauch schweizerischer öffentlicher Wappen
Archives héraldiques suisses, No 1-2, 1921
- de Gottrau B. Du droit aux indications de provenance et plus spécialement à l'appellation Gruyère
Fribourg, Paris 1935

- de Steiger/Favey Les raisons de commerce en droit suisse
Zürich 1939
- Dreher E. Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 1970
- Dunant P. Traité des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompenses industrielles, Genève 1898
- Egger L. A propos de la marque collective
RSPIDA 1962/100
- Fleury E. Les marques de service, Thèse Lausanne 1958
- Forstmoser/
Meyer-Hayoz Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 3^e éd., Bern 1983
- Gaschen E. Der Souvenirmarkt in der Schweiz
Thèse Berne 1965
- Germann O.A. Loi fédérale sur la concurrence déloyale
Zürich 1945
- Gousenberg V. La concurrence déloyale et sa répression en Suisse, Thèse Genève 1945
- Grisel A. Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984
- Guyet J. La protection des indications de provenance et des appellations d'origine en droit suisse, publié dans «Les indications de provenance et les appellations d'origine en droit comparé»
Genève 1983
- Hantgen W. Warenzeichengesetz, Kommentar, 5^e éd.
Köln 1968
- Holzapfel H.-F. Die rechtliche Bedeutung des Gebrauchs von Fabrik- und Handelsmarken, Winterthur 1958
- Hool M. Industrie horlogère I + III, Fiche juridique suisse 149, Fiche juridique suisse 151, Genève 1973
cité Hool Fiche 149 resp. Hool Fiche 151
- Jaton L. La répression des fausses indications de provenance et les conventions internationales
Thèse Paris 1926
- Joos B. Das schweizerische Firmenrecht
Thèse Mainz 1970
- Journot P. Les indications de provenance et les appellations d'origine des fromages suisses, en particulier le droit au nom Bagnes
Thèse de licence, Lausanne 1980
- Knapp B. Précis de droit administratif suisse
Bâle 1980
- Krnetta G. Wesen, Inhaber und Uebertragung der Kollektivmarke,
Winterthur 1961
- Küchler R. Die Herkunftsbezeichnungen auf Uhren St-Gall / Genève 1969
- Kummer M. Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkten Wettbewerb
Bern 1960

- Ladas S. Patents Trademarks and Related Rights, National and International Protection, vol. I-III, Cambridge (USA) 1975
- Logoz P. Commentaire du code pénal suisse
Partie spéciale
Neuchâtel/Paris 1956
cité Logoz II
- Lustenberger E.M. Die geographischen Herkunftstangaben
Thèse Cham 1972
- Mader R. Die Fahnen und Farben der Schweiz. Eidgenossenschaft und der Kantone St.Gallen 1942
- Marbach E. Die eintragungsfähige Marke
Thèse Bern 1984
- Martin-Achard E. Le principe de la véracité des raisons de commerce, RSPIDA 1959/34
- Mathély P. Le droit français des signes distinctifs
Paris 1984
- Matter E. Kommentar zum Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen
Zürich 1939
- Maurach R. Deutsches Strafgesetz, Besonderer Teil
Karlsruhe 1969
- Meier-Wild H. Zur Auslegung von Artikel 2 WSchG RSJ 1940(36)/181
- Miosga W. Internationaler Marken- und Herkunftsschutz
München 1967
- Naymark G.-A. Ordonnance sur le registre du commerce
Lausanne 1964
- Patry R. Précis de droit suisse des sociétés II
Berne 1977
- Patry R. Die Geschäftsfirmen in: Schweizerisches Privatrecht, vol. III 1, chap. 4, p. 154 ss., Basel und Stuttgart 1976
cité Patry « Geschäftsfirmen »
- Perrin A. La concurrence économique selon les dispositions civiles de la loi fédérale sur la concurrence déloyale du 30 septembre 1943
Lausanne 1960
- Pictet J.S. Le signe de la croix rouge et la répression des abus du signe de la croix rouge
Genève 1951
- Plaisant/Fernand-Jacq Traité des noms et appellations d'origine
Paris 1921
- Purtschert R. Güte und Qualitätszeichen, Thèse Fribourg 1970
- Raissig W. Das Schweizer Produkt, die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung des nationalen Ursprungshinweises, Zürich 1939
- Reiner E. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
Köln, Berlin, Bonn, München 1966

- Saint-Gal Y. Protection et défense des marques de fabrique et concurrence déloyale, Paris 1982
- Schluep W.S. Das Markenrecht als subjektives Recht
Basel 1964
- Schönke A./
Schröder H. Strafgesetzbuch Kommentar, 19^e éd. München 1978
- Schreiner R. Die Dienstleistungsmarke Köln, Berlin, Bonn, München 1983
- Schüler H. Die concurrence déloyale und ihre Beziehungen zu Name, Firma, Marke, Fabrik- und Geschäftsgeheimnis im französischen, schweizerischen und deutschen Recht. Thèse Zürich 1895
- Stratenwerth G. Schweizerisches Strafrecht II, Bern 1978
- Tilmann W. Die geographische Herkunftsangabe, München 1976
- Troller A. Immaterialgüterrecht Tome I, 3^e éd. Basel und Frankfurt am Main 1983
cité Troller
- Troller A. Immaterialgüterrecht Tome II, 3^e éd. Basel und Frankfurt am Main 1985
cité Troller II
- Troller A. Précis du droit de la propriété immatérielle Bâle et Stuttgart 1978
cité Troller/Troller
- Tuor P./Schnyder B. Der schweizerische Zivilgesetzbuch, 10^e éd., Zürich 1986
- Von Büren B. Kommentar zum Wettbewerbsgesetz Zürich 1957
- Von Waldkirch E. Der Gebrauch der Marke nach schweizerischem Recht RDS, 1931(50)/127
- Vigier C. Le dépôt et l'enregistrement des marques selon la loi du 31.12.1964
Ed. Techniques, collection CEIP1, 1980
- Voska W. Der Schutz schweizerischer Hoheitszeichen im Strafrecht, Thèse Zürich 1957

INTRODUCTION

Les armoiries fédérales n'ont guère fait l'objet d'études approfondies jusqu'ici. A peine sait-on qu'elles sont réglementées par une loi fédérale. Bien qu'elles soient en mesure de jouer un rôle identique à celui du nom « suisse » (Swiss made) dans les affaires, elles sont soumises à un régime juridique bien différent.

Dans cet ouvrage, nous souhaitons tout d'abord analyser les origines et les fondements de ce régime juridique. Nous tirerons ensuite un parallèle entre celui-ci et le système de protection dévolu au nom « suisse » qui constitue l'indication de provenance suisse la plus précieuse et la plus connue.

Le but de notre étude est de démontrer l'analogie qui existe entre les armoiries fédérales et le nom « suisse », lorsqu'ils sont utilisés à des fins commerciales. A partir de cette analogie, nous proposerons un régime juridique commun à ces deux symboles de l'origine suisse.

Il est fondamental pour les producteurs, commerçants et prestataires de services de pouvoir marquer et souligner l'origine suisse de leur activité. Dans cette optique, il incombe dès lors à la législation fédérale de leur offrir le choix le plus large possible quant aux signes disponibles. A ce propos, il convient de remarquer que la législation suisse sur les signes publics a vieilli. Le moment est venu de la réviser globalement. Notre travail peut être une contribution à ce vaste projet.

TITRE PREMIER

PROTECTION DES ARMOIRIES FÉDÉRALES DE *LEGE LATA*

Chapitre I: Historique

Section 1: Origine

Il n'est pas dans notre intention de nous étendre longuement sur les origines des armoiries fédérales. Nous laissons ce soin aux historiens. Nous souhaitons seulement fixer quelques étapes ayant jalonné l'histoire, longue au demeurant, de l'emblème suisse.

A l'origine, les bannières servaient à distinguer les forces en présence sur les champs de bataille et à indiquer le point de ralliement des troupes. Très tôt, elles symboliseront aussi l'honneur, le pouvoir, la souveraineté des chefs guerriers ou des collectivités qui les arborent¹. Selon que le seigneur engageait tous ses moyens ou seulement quelques détachements, on déployait la bannière ou simplement les fanions des détachements concernés. Les armes des familles régnantes ornaient les édifices publics.

Il existait entre les bannières une hiérarchie reflétant les relations entre vassaux et suzerains ou celles entre vainqueurs et vaincus. La forme et la composition de la bannière témoignaient de cette différence de rang. Le suzerain octroyait ou retirait le droit à son vassal de porter bannière en fonction de la loyauté et de la valeur de ce dernier².

La bannière étant le symbole du pouvoir et de la souveraineté, il était impératif de la protéger à tout prix face à l'ennemi qui, bien évidemment, tentait de s'en emparer. L'histoire suisse garde le souvenir de nombreux actes héroïques de bannerets pour sauver leur emblème³. Honte à celui qui le laissait tomber dans les mains adverses.

Les atteintes portées aux armoiries étaient ressenties comme des actes d'hostilité. Par exemple, accrocher l'emblème au sommet d'une potence constituait une offense particulièrement grave⁴.

A une époque très reculée déjà, les Confédérés faisaient usage de la croix blanche comme insigne collectif dans leurs expéditions guerrières afin de se mieux distinguer de l'ennemi. La croix revêtait une signification religieuse⁵. Les Autrichiens, par exemple, portaient, semble-t-il, une croix rouge dans leurs conflits avec les Confédérés.

Le recès de la diète de Lucerne du 22 juin 1444 est le premier document à faire mention de l'usage de la croix blanche par les Confédérés. Lors de la diète de 1480, il fut prescrit que les bannières arborées par les troupes suisses envoyées au service de la France devaient porter la croix blanche⁶. Elle était cependant accompagnée des armoiries cantonales. En 1540 toutefois, et pour la première fois, les troupes confédérées se réunirent autour de la croix blanche sur fond rouge. En raison du peu de cohésion régnant entre les différents

1 Voska p. 3

2 Voska p. 4

3 Voska p. 10

4 Voska p. 16

5 FF 1889 IV 641; Voska p. 13

6 FF 1889 IV 642

cantons, il ne fut pas possible d'adopter un emblème pour la Confédération avant 1798. A l'avènement de la République helvétique, les autorités désignèrent comme emblème de l'Etat la cocarde nationale helvétique aux couleurs verte, rouge et jaune. Vu son impopularité, cette cocarde disparut avec l'état unitaire en 1803 et les cantons recouvèrent leurs anciennes armes ⁷.

Après la chute de Napoléon, l'ancienne croix blanche sur fond rouge fut derechef réintégré dans ses droits et choisie dans le projet de constitution de 1814 comme sigle de la Confédération. Le 4 juillet 1825, la diète adoptait la croix blanche alaisée sur fond rouge comme emblème de la Confédération ⁸.

Dès les années 30, le Général Dufour ne va pas ménager ses efforts pour imposer le nouvel emblème au sein de tous les contingents fédéraux, ce qui n'était pas évident au vu des particularismes locaux. Il proposait une modification du règlement militaire selon laquelle chaque bataillon porterait la croix blanche sur fond rouge ⁹. Il parvint finalement à ses fins lorsque la diète en date du 21 juillet 1840 introduisit l'emblème fédéral pour toutes les troupes. Ce principe fut par la suite ancré dans la Constitution fédérale en 1848, mais ne fut pas repris dans celle de 1874. On estimait alors que cette règle allait de soi ¹⁰. A la fin du siècle dernier, une violente polémique éclata au sujet des dimensions exactes des armoiries fédérales, ce qui amena le Conseil fédéral à proposer à l'Assemblée fédérale la définition suivante, adoptée par un arrêté du 12 décembre 1889:

« Les armoiries de la Confédération consistent en une croix blanche, verticale et alaisée, placée sur fond rouge et dont les branches, égales entre elles, sont d'un sixième plus longues que larges » ¹¹.

Durant toute la période considérée, on ne s'est en général guère préoccupé d'octroyer une protection légale aux armoiries. Seuls trois cantons connaissaient des dispositions interdisant de porter atteinte à l'emblème fédéral notamment (Schaffhouse 1859, Fribourg 1868 et Obwald 1870) ¹².

La protection des signes publics au niveau national prendra véritablement son essor à la suite du développement industriel et des échanges commerciaux qui lui sont liés. Les premières dispositions édictées par le législateur viseront à préserver ces signes des abus perpétrés à des fins commerciales. A ce propos, l'élaboration et l'évolution du droit international ne manqueront pas d'influencer directement la législation suisse en cette matière.

Section 2: Adoption des conventions multilatérales

§ 1: Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle

L'organisation des expositions universelles, à la fin du siècle dernier, souleva le problème de la protection des inventions au niveau international avec une acuité toute particulière. Celles-ci étaient généralement dépourvues de toute protection à l'étranger. C'est pour-

7 FF 1889 IV 643; Voska p. 24

8 Mader p. 32; Voska p. 25; FF 1889 IV 644

9 Bruckner p. 375

10 Bruckner p. 378; Voska p. 26; Mader p. 34

11 RS 111; FF 1889 IV 640

12 Voska p. 27

quoi, les organisateurs de l'exposition de Vienne, en 1873, saisirent l'occasion de mettre sur pied un congrès chargé d'examiner ce délicat problème¹³. Ce congrès ne déboucha certes sur aucun résultat concret mais il avait ouvert la voie à suivre, ce qui n'était pas un de ses moindres mérites.

Profitant du cadre de l'exposition universelle de Paris, en 1878, le ministère français du commerce se chargea de réunir un congrès dont les travaux allaient porter sur la propriété industrielle en général. On résolut de créer une commission permanente avec pour mission d'élaborer un avant-projet de convention qui serait ultérieurement soumis à une conférence internationale¹⁴. Le but consistait à rechercher des moyens propres à garantir la propriété du travail sous toutes ses formes sans nuire à la diffusion des progrès scientifiques et industriels¹⁵. Selon les Actes de Paris, la propriété industrielle ne serait vraiment protégée que quand elle trouverait partout des règles simples, uniformes, précises, formant entre les Etats une sorte de régime conventionnel, une sorte d'assurance mutuelle contre le plagiat et la contrefaçon¹⁶.

En 1880, le ministère français du commerce convoqua une conférence diplomatique et lui soumit un texte de son cru. Les travaux aboutirent à un projet de convention qui fut remis pour examen aux pays participants. Ce texte fut approuvé lors de la seconde conférence, qui siégea également à Paris, du 6 au 20 mars 1883, et prit le nom de Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle que l'on désigne maintenant par Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (CUP). Simultanément, il fut créé un Bureau international destiné à assurer la liaison entre les Etats membres.

Vu l'importance prise par les législations nationales qui variaient souvent d'un pays à l'autre, il n'avait pas été possible de s'entendre sur des règles de fond uniformes. Le texte adopté ne renfermait qu'un petit nombre de principes généraux. Il assurait néanmoins aux ressortissants des pays contractants le traitement national sur tout le territoire de l'Union¹⁷. Il s'agissait d'un progrès notable assurant un minimum de protection aux commerçants et industriels lésés. Certes, il existait déjà un certain nombre d'accords bilatéraux instituant la réciprocité de traitement. Chaque Etat ne pouvait cependant pas conclure de tels accords avec tous ses partenaires commerciaux¹⁸.

Il importe de noter que la Suisse avait participé dès le début à tous les travaux et conférences qui débouchèrent sur l'adoption de la CUP. Ouverte à l'exportation et à l'importation de marchandises, elle comprit l'importance que revêt la protection des droits de propriété industrielle.

Bien que le texte primitif de la CUP ne contienne aucune disposition sur les armoiries, le besoin de protéger ces dernières se faisait déjà sentir en 1883. C'est pourquoi l'alinéa suivant fut inséré dans le Protocole de clôture :

« Pour éviter toute fausse interprétation, il est entendu que l'usage des armoiries publiques et des décorations peut être considéré comme contraire à l'ordre public, dans le sens du paragraphe final de l'article 6 »¹⁹.

A la lumière de cette précision, les Etats membres, parmi lesquels la Suisse, étaient donc en mesure de refuser ou d'invalider les marques comprenant des armoiries publiques.

13 Actes de Paris (1880) p. 13 ; FF 1883 IV 355

14 Antoniazzi p. 14

15 Actes de Paris (1880) p. 14

16 Actes de Paris (1880) p. 15

17 PI 1885 p. 1

18 Antoniazzi p. 13

19 Actes de Washington p. 33

Lors des conférences de révision de Rome (1885), de Madrid (1900 et 1901) et de Bruxelles (1897 et 1900), la question des armoiries n'a pas été abordée.

A Washington, en 1911, les armoiries firent leur réapparition à l'ordre du jour avec des propositions dans deux directions. D'une part, on reprochait à certains pays d'interpréter trop strictement la disposition du Protocole de clôture cité ci-dessus. Certains Etats membres rejetaient des marques contenant un emblème alors même que son usage avait été expressément autorisé par l'autorité compétente²⁰. D'autre part, on estimait nécessaire, à l'instigation de la délégation suisse principalement, d'interdire tout emploi commercial des armoiries étrangères²¹. La proposition suisse fut repoussée et l'on ne tint compte que de la première proposition pour compléter le Protocole de clôture :

« Il est entendu que l'usage des armoiries, insignes ou décorations publiques qui n'aurait pas été autorisé par les pouvoirs compétents, ou l'emploi des signes et poinçons officiels de contrôle et de garantie adoptés par un pays unioniste, peut être considéré comme contraire à l'ordre public dans le sens du n° 3 de l'article 6.

Ne seront, toutefois, pas considérées comme contraires à l'ordre public les marques qui contiennent, avec l'autorisation des pouvoirs compétents, la reproduction d'armoiries, de décorations ou d'insignes publics »²².

Toutefois, l'idée lancée à Washington allait être remise sur le métier. On était alors sensible au risque de tromperie et à l'atteinte provoquée au droit moral des Etats par l'utilisation abusive des armoiries. Ainsi, presque tous les Etats membres avaient légiféré sur la matière au début des années vingt. De plus, de nombreux organismes avaient pris des résolutions en faveur d'une réglementation (Comité économique de la SDN 1922, Groupe français de l'AIPPI 1922, Groupe allemand de l'AIPPI 1923, Chambre de commerce internationale 1924, Conseil de la SDN 1924)²³.

C'est donc fort logiquement que le programme de la conférence qui devait se tenir à La Haye en 1925 prévoyait la protection réciproque des armoiries d'Etat²⁴. D'entrée de jeu, la délégation suisse proposa de ne pas seulement interdire l'enregistrement et l'usage à titre de marque mais aussi de s'engager à réprimer l'usage commercial non autorisé de ces signes publics (usage comme enseigne ou sur des papiers d'affaires)²⁵. Sans aller aussi loin, la Conférence de La Haye adopta la protection des armoiries d'Etat dans un nouvel article 6 *ter*. Selon ce texte, les pays de l'Union sont tenus de refuser ou d'invalider l'enregistrement de ces signes comme marques et d'interdire, par des mesures appropriées, leur utilisation sauf autorisation des pouvoirs compétents (1^{er} alinéa). De la proposition suisse, il n'est resté que la prohibition de tout usage de nature à induire en erreur sur l'origine des produits (9^e alinéa). Dans le but de ne pas restreindre à l'excès le choix des signes susceptibles de former une marque, seule l'interdiction des imitations au point de vue héraldique a été retenue²⁶. Pour l'application de l'article 6 *ter*, les pays membres ont à se communiquer réciproquement, par l'intermédiaire du Bureau international, les emblèmes qu'ils désirent voir protéger, étant entendu que chacun dispose d'un délai de 12 mois pour faire part d'une éventuelle objection à la demande de protection²⁷.

20 PI 1911 p. 139; Actes de Washington p. 50

21 Actes de Washington pp. 116, 298

22 Actes de Washington p. 339

23 Actes de La Haye pp. 100, 124; PI 1924 pp. 228, 229; PI 1925 p. 241

24 Actes de La Haye p. 243

25 Actes de La Haye pp. 345, 457; PI 1925 p. 242

26 Actes de La Haye p. 245

27 RS 0.232.01

Il importe de relever que l'adoption de cet article 6 *ter* marque l'entrée officielle des armoiries dans le corps même de la CUP (obligation à la charge des pays membres) et aussi que ce texte n'a guère subi de modification jusqu'à ce jour, du moins en ce qui concerne les armoiries d'Etat, objet de notre étude. Cette disposition touche également aux signes et poinçons officiels de contrôle et de garantie sur lesquels nous renonçons à nous étendre. L'article 6 *ter* est entré en vigueur en Suisse le 15 juin 1929.

Le Programme de la Conférence de Londres (1934) prévoyait l'extension de l'article 6 *ter* aux dénominations verbales distinctives des emblèmes. Cette proposition ne recueillit pourtant pas l'unanimité et fut donc rejetée²⁸. En effet, en vertu d'une règle non écrite, toutes les révisions de la CUP adoptées jusqu'ici ont été soumises au principe de l'unanimité^{28a}.

Au fil des ans, l'article 6 *ter* s'est révélé insuffisant. Bien des abus ne pouvaient être couverts par cette disposition à cause, notamment, de la restriction de l'imitation au point de vue héraldique. Or, même une imitation ne répondant pas aux lois de l'héraldique peut rester très proche de l'original, causant ainsi une confusion aux yeux du grand public peu au courant des règles de l'héraldique²⁹. Aussi, la Suisse proposa de supprimer cette restriction à la Conférence de Lisbonne en 1958 mais sans succès. La proposition du Bureau d'étendre l'article 6 *ter* aux enseignes et autres moyens de réclame connut la même issue. Seule fut acceptée la dispense pour les pays de l'Union de l'obligation de notifier leurs drapeaux pour qu'ils soient protégés: ils étaient estimés suffisamment connus³⁰.

Nous remarquons en passant que la Conférence de Lisbonne a accepté d'étendre l'article 6 *ter* aux emblèmes et sigles des organisations internationales intergouvernementales³¹. La Suisse a ratifié l'Acte de Lisbonne le 17 janvier 1963.

Les dispositions qui nous occupent n'ont pas subi de changement lors de la dernière en date des conférences diplomatiques, à savoir celle de Stockholm en 1967, et il ne devrait pas en aller autrement lors des travaux de révision actuellement en cours.

§ 2. *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*

En 1864, fut conclue à Genève une convention internationale relative à la protection des militaires blessés en cas de conflit. Les Etats contractants s'engageaient notamment à recueillir et à soigner les soldats blessés de l'adversaire ainsi qu'à assurer l'inviolabilité du personnel et du matériel des armées en campagne. La croix rouge fut choisie comme signe distinctif de cette inviolabilité³².

Très vite, dès l'année 1880 semble-t-il, la croix rouge fit son apparition sur des emballages de produits et des enseignes de magasins. En outre, des sociétés s'approprièrent le signe en question alors qu'elles ne s'occupaient pas de service sanitaire. La croix rouge était usurpée comme signe de protection en cas de conflit (tromper l'adversaire en plaçant le sigle sur des dépôts d'armes ou de munitions) et comme signe d'indication (usage à des fins commerciales)³³.

28 Actes de Londres p. 188; PI 1934 p. 143

28a Actes de Londres p. 351; document OMPI du 31.1.1981 (PRISM/2) p. 17

29 Antoniazzi p. 112

30 Actes de Lisbonne pp. 140 ss.

31 RS 0.232.03

32 FF 1906 V1 p. 83

33 FF 1906 V1 p. 83; Pictet pp. 52 et 53

Ainsi, lors de la conférence diplomatique de 1906, la nécessité de réprimer les abus s'imposa d'elle-même. Dans un nouvel article 27 les Etats contractants s'engageaient à prendre ou à proposer les mesures nécessaires pour empêcher en tout temps l'emploi abusif du signe de la Croix-Rouge ³⁴.

La réglementation née de cet article ne tarda pas à déployer des effets directs sur l'utilisation des armoiries de la Confédération qui commencèrent à faire l'objet de nombreux abus. Certains commerçants, qui ne pouvaient plus disposer de la croix rouge à leur guise, cherchèrent un signe relativement proche pour continuer de bénéficier de l'estime universelle dont elle jouissait. Leur choix se porta tout naturellement sur l'emblème helvétique qui très vite figura notamment sur toute une série d'articles sanitaires ³⁵. Les auteurs spéculaient sur la confusion créée par la similitude entre ces deux emblèmes ³⁶. De tels actes trompaient le public sur d'éventuels liens avec la Croix-Rouge, portaient atteinte à l'écusson helvétique et, de façon générale, dénaturaient l'un et l'autre sigles. La réaction ne se fit guère attendre et la Conférence diplomatique de 1929 décida d'introduire une disposition protégeant expressément les armoiries suisses. En raison de l'hommage rendu à la Suisse par l'adoption des couleurs fédérales interverties, les pays signataires s'engageaient à proposer à leurs législateurs de prendre des mesures pour empêcher l'emploi de ses armoiries ou des imitations, soit comme marques ou comme élément de marques, soit dans un but contraire à la loyauté commerciale, soit dans des conditions susceptibles de blesser le sentiment national suisse ³⁷. La Suisse ratifia cette convention le 19 décembre 1930.

Ce principe a non seulement été maintenu par la Conférence diplomatique de 1949 mais encore il a été renforcé. Celle-ci a adopté un nouvel article 53, toujours en vigueur, interdisant purement et simplement toute utilisation dans les conditions relevées ci-dessus et ceci, non plus seulement en raison de l'hommage rendu à la Suisse mais aussi à cause de la confusion qui peut naître entre les armoiries helvétiques et le signe distinctif de la Convention ³⁸. La Suisse a ratifié ce texte le 31 mars 1950.

Nous aurons l'occasion d'examiner plus en détail la portée de ces dispositions internationales pour la protection des armoiries fédérales à l'étranger ³⁹. Dans l'immédiat, nous nous proposons de passer en revue les origines de la législation suisse.

Section 3: Législation fédérale

§ 1. : Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompense industrielle

C'est par le biais de la loi sur les marques que les armoiries ont fait leur entrée dans la législation fédérale.

Au siècle dernier, les producteurs et commerçants helvétiques avaient à déplorer

34 PI 1906 p. 175; Pictet p. 54

35 FF 1930 II 278; Pictet p. 62

36 CICR p. 97

37 FF 1930 II p. 279

38 Pictet p. 63; CICR p. 96; RS 0.518.12

39 pp. 55 ss.

l'absence d'une protection efficace en faveur de leurs marques. Le droit cantonal était à ce propos fort lacunaire.

Ce défaut de législation dans un pays industriel et commercial comme la Suisse était durement ressenti. Il l'était d'autant plus que ce pays, par le jeu des traités de commerce, devait reconnaître aux ressortissants des Etats cocontractants le droit de faire protéger leurs marques par les tribunaux suisses. Par contre, les ressortissants suisses n'étaient pas assurés de la réciprocité de traitement notamment dans les pays qui, comme l'Allemagne, ne prenaient en compte que les marques protégées au pays d'origine ⁴⁰.

L'absence de protection, alors que les contrefacteurs étaient déjà à l'œuvre, et cette inégalité de traitement provoquèrent de vives réactions de la part des milieux helvétiques concernés. Finalement, la tromperie causée par l'usurpation d'une marque portait aussi bien atteinte aux consommateurs qu'au titulaire. Le 13 juin 1879, le Conseil fédéral fut saisi d'une motion l'invitant à présenter un projet de loi sur les marques de fabrique et de commerce. Il s'acquitta de cette tâche avec célérité puisque, à peine six mois plus tard, soit le 19 décembre 1879, les Chambres étaient en mesure d'adopter la loi sur les marques de fabrique et de commerce ⁴¹.

A l'époque, il existait un grand nombre de marques comprenant des armoiries publiques, ainsi la croix fédérale. Aussi la loi se limitait-elle à exclure les armoiries de la protection conférée à la marque ⁴². La disposition consacrée à cet objet figurait à l'article 4, 3^e alinéa, dont voici la teneur :

« Les armoiries publiques figurant sur la marque de particuliers ne sont pas placées sous la protection de la loi ».

On voulait ainsi éviter de favoriser l'adoption des armoiries sur les produits. De plus, le rejet des marques contraires aux bonnes mœurs, en vertu de l'article 4, 2^e alinéa *in fine*, permettait de refuser les marques qui, par l'incorporation d'un emblème, étaient susceptibles de tromper le public quant à la provenance des marchandises.

Ces deux dispositions consacrent le véritable point de départ de la protection légale des armoiries fédérales.

La loi de 1879 s'est très vite révélée lacunaire et limitée quant à sa portée, ce qui poussa les milieux de l'industrie à demander sa révision ⁴³. Ils estimaient que la définition de la marque était trop étroite et déploraient l'absence de toute réglementation sur les indications de provenance ⁴⁴. Seuls les signes placés à côté ou en remplacement des raisons de commerce étaient admis comme marques. De plus, ces signes ne pouvaient être composés exclusivement de chiffres, de lettres ou de mots. A cause de ce régime restrictif, les ressortissants suisses souffraient d'une inégalité de traitement par rapport aux étrangers bénéficiant de l'article 6 CUP. En effet, ces derniers pouvaient demander la protection en Suisse de leurs marques régulièrement déposées dans leur pays d'origine. Ils obtenaient ainsi l'enregistrement de types de marques que les Suisses ne pouvaient déposer ni en Suisse ni, par conséquent, à l'étranger.

En 1886, le Conseil fédéral soumit aux Chambres un projet de loi destiné à combler les lacunes déplorées. Celui-ci ne fut pas accepté et le Parlement invita l'Exécutif à lui présenter deux projets distincts, l'un sur les marques, l'autre sur les indications de provenance. Après un ultime revirement de l'Assemblée fédérale, les deux textes furent réunis en un

40 FF 1879 III 699

41 RO V 35

42 FF 1879 III 706

43 Baumgartner p. 25

44 Antoniazzi p. 24

projet unifié qui, par vote du 26 septembre 1890, devint la loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompenses industrielles (LMF)⁴⁵.

Par rapport au texte de 1879, la nouvelle loi affinait quelque peu la réglementation sur les armoiries publiques. En effet, l'autorité devait refuser l'enregistrement des marques comprenant des armoiries publiques comme élément essentiel (article 1, 2^e alinéa). Pour le surplus, la LMF, à ses articles 3 et 14, reprenait les principes prévus dans la loi de 1879 à son article 4 (armoiries dépourvues de la protection conférée à la marque; rejet des marques contraires aux bonnes mœurs).

En 1923, un nouvel article de loi est venu étoffer les quelques dispositions précitées, à savoir l'article 4 de la loi fédérale statuant des dispositions pénales en matière de registre du commerce et de raisons de commerce⁴⁶. Ces dispositions pénales visent à renforcer l'efficacité de la législation sur le commerce⁴⁷. L'article en question punit l'emploi d'un dessin de caractère national, en particulier d'armoiries, conjointement avec une raison de commerce ou une désignation similaire, en tant que cette combinaison est propre à induire en erreur quant à la nationalité de la raison.

La volonté de la Suisse d'adhérer aux Actes de La Haye de 1922 relatifs à la révision de la CUP rendait indispensable une adaptation de notre législation au nouveau texte conventionnel. Afin de ne pas retarder la procédure de ratification et de bénéficier immédiatement de la protection de la CUP, il fut décidé de remanier les lois existantes dans un premier temps et de remettre à plus tard l'élaboration d'une loi spéciale pour l'exécution de l'article 6 *ter* CUP⁴⁸.

En ce qui touche aux armoiries, il incombait de réviser les articles 3 et 14 LMF à la lumière de l'article 6 *ter* CUP. On rappellera que celui-ci prohibe l'enregistrement et l'usage des armoiries publiques à titre de marques ainsi que toute utilisation commerciale trompeuse sur les produits. Le législateur eut pour souci de tenir compte de la future loi sur la protection des armoiries publiques et autres signes publics dans le choix des solutions à retenir, afin d'éviter des révisions partielles ultérieures. Premièrement, il introduisit à l'article 3 une réserve expresse en faveur des prescriptions de la législation fédérale sur les armoiries pour bannir tout malentendu possible⁴⁹. Deuxièmement, il entreprit une profonde réforme de l'article 14, 2^e alinéa, qui devint l'article 13 *bis*. Celui-ci exclut tout bonnement les armoiries publiques de l'enregistrement comme marques. Le nouvel article 14 délimite les compétences de l'OFPI dans l'examen des demandes d'enregistrement.

Le 21 décembre 1928, l'Assemblée fédérale accepta la loi de modification si bien que le nouveau régime entra en vigueur le 15 mai 1929⁵⁰. Les deux dispositions relatives à notre objet, que nous reproduisons ci-après, n'ont pas changé depuis :

Article 3

1 ...

² Les armoiries publiques ou autres signes devant être considérés comme propriété d'un Etat ou d'une commune suisse, qui figurent dans les marques des particuliers, ne peuvent être l'objet de la protection légale. Il en est de même des signes qui doivent être considérés comme étant du domaine public.

45 Baumgartner p. 26; Antoniazzi p. 25; RS 2 837

46 Loi adoptée le 6 octobre 1923; RS 221.414

47 FF 1921 III 349, 350

48 *Supra* p. 24

49 FF 1928 I 193

50 RO 45 151

³ Demeurent réservées les prescriptions de la législation fédérale qui interdisent l'emploi des armoiries publiques ou d'autres signes publics dans les marques des particuliers.

⁴ Les signes qui portent atteinte aux bonnes mœurs ne doivent pas figurer dans une marque.

Article 13 bis

¹ Sont exclus de l'enregistrement comme marque de fabrique ou de commerce des particuliers ou comme éléments d'une telle marque :

1. Les armoiries de la Confédération, des cantons, de leurs districts, cercles et communes ou les drapeaux représentant de telles armoiries ; la croix fédérale ; les éléments caractéristiques des armoiries des cantons.
2. D'autres emblèmes de la Confédération ou des cantons ; les signes et poinçons de contrôle ou de garantie de la Confédération, des cantons, de leurs districts, cercles et communes.
3. Les signes pouvant être confondus avec ceux qui sont mentionnés sous chiffres 1 et 2.

² L'interdiction d'enregistrement ne s'étend pas aux contrefaçons ou aux imitations de signes et poinçons de contrôle ou de garantie qui ne renferment pas un signe public mentionné à l'alinéa premier, chiffre 1, ni un autre emblème fédéral ou cantonal, lorsque ces contrefaçons ou imitations servent à distinguer des marchandises totalement différentes de celles auxquelles sont destinés les véritables signes et poinçons de contrôle ou de garantie.

³ Les 1^{er} et 2^e alinéas s'appliquent par analogie aux armoiries, drapeaux et autres emblèmes ou signes et poinçons officiels de contrôle ou de garantie d'autres Etats ou aux signes qui peuvent être confondus avec eux, si et dans la mesure où l'Etat auquel les signes appartiennent accorde la réciprocité à la Suisse pour des signes fédéraux et cantonaux du même genre. Reste réservée l'interdiction d'enregistrement résultant de l'article 14, 2^e alinéa.

Nous relevons au passage que les armoiries étrangères sont également exclues de l'enregistrement en vertu des articles 13 *bis*, 3^e alinéa, et 14, 2^e alinéa.

§ 2: *Loi fédérale pour la protection des armoiries publiques et autres signes publics*

En 1914 déjà, on déplorait l'usage abusif dont les armoiries fédérales étaient victimes notamment depuis que le recours à la croix rouge était interdit ⁵¹. Ces actes non seulement froissent le sentiment national des citoyens suisses mais encore portent préjudice à leurs intérêts commerciaux. La présence de la croix blanche sur des produits étrangers est susceptible de tromper le public quant à leur origine au détriment des producteurs helvétiques. Un mouvement se fit donc jour en Suisse en faveur de la protection des armoiries de la Confédération ⁵². Dans cet ordre d'idées, la Suisse avait adopté une position extrême à la Conférence de La Haye ⁵³. Même si elle n'avait pas été suivie jusqu'au bout, l'adoption de l'article 6 *ter* constituait un progrès certain. Nous avons vu qu'elle nécessita

51 FF 1914 III 391

52 PI 1924 p. 223; FF 1929 III 627

53 *Supra* p. 24

l'adaptation de lois en vigueur et qu'elle impliquait également l'élaboration d'une nouvelle loi. La protection des armoiries suisses à l'étranger passe par leur réglementation au niveau fédéral de même que celle des emblèmes étrangers.

Le Département fédéral de justice et police élabora un avant-projet ayant pour but de protéger les armoiries publiques et autres signes publics, d'une part, contre leur enregistrement dans des registres publics et, d'autre part, contre leur emploi commercial⁵⁴. Lors des travaux préparatoires, on s'est demandé si la nouvelle loi ne devait pas être limitée aux objets non couverts par les lois existantes. On estima finalement plus avantageux, aussi bien pour le juge que pour le public, de régler cette matière spéciale de façon aussi complète que possible dans une même loi, même s'il en découlait une double réglementation pour certains domaines^{54b}.

Le 5 juin 1931, les Chambres fédérales adoptèrent le projet du Conseil fédéral sous la désignation «loi fédérale pour la protection des armoiries et autres signes publics» (LPAP)⁵⁵. Ce texte n'a jusqu'à ce jour pas subi de modification. Il traite de l'usage des armoiries et autres signes suisses, parmi lesquels sont compris, outre l'emblème national et la croix suisse, les armoiries cantonales, les désignations verbales de ces signes, les autres emblèmes de la Confédération, les signes et poinçons de contrôle ou de garantie fédéraux ou cantonaux, les armoiries ainsi que les signes et poinçons de contrôle ou de garantie des districts, cercles et communes des cantons, les drapeaux représentant de telles armoiries ou les indications les désignant, les indications qui peuvent faire croire à un rapport officiel avec la Confédération ou un canton et les signes nationaux figuratifs et verbaux. Remarquons enfin, pour compléter cette énumération, que la loi couvre aussi les armoiries et autres signes étrangers et ceci, principalement dans un souci de réciprocité.

Nous examinerons au chapitre suivant les dispositions de cette législation qui concernent plus particulièrement l'emblème fédéral.

54 FF 1929 III 631

54b FF 1929 III 632

55 RS 232.21

Chapitre 2: Protection des armoiries fédérales en droit suisse

Section 4: Enregistrement des armoiries fédérales à titre de marques

§ 1: Notion de la marque

Comme nous avons pu le constater au chapitre précédent, la protection des armoiries fédérales est intimement liée à l'évolution du droit des marques. C'est d'ailleurs par le biais de la LMF qu'une première ébauche de protection a été accordée aux armoiries. Ce développement s'explique en partie par le fait que, de tout temps, des déposants ont été tentés d'intégrer un emblème dans leurs marques.

Etant donné que la notion de marque va nous accompagner tout au long de notre étude, il nous semble indiqué d'en définir brièvement les contours.

- A) La marque est un signe destiné à distinguer les produits ou services d'une entreprise des produits ou services similaires d'un concurrent¹. Elle constitue pour le titulaire un moyen d'individualiser ses produits ou services et de les faire ressortir de l'anonymat dû à la multiplicité de l'offre². On recherche par ce moyen à accrocher le consommateur. Il convient de remarquer avant de poursuivre que la marque de service n'est pas protégée par le droit suisse des marques. Selon la législation suisse, l'élément essentiel de la marque réside dans son emploi sur les produits qu'elle est censée distinguer. Le premier usage confère la priorité au droit à la marque³. Vaut comme emploi à titre de marque, l'apposition de celle-ci sur les marchandises à condition qu'elles soient offertes au public sur le marché suisse (principe de la territorialité)⁴. Le droit à la marque ne devient toutefois complet que par l'enregistrement au registre⁵. Cette formalité est nécessaire pour bénéficier de la protection de la loi sur les marques.
- B) Par principe, la marque doit être distinctive pour permettre d'identifier les marchandises. Il en découle que toute une série de signes sont inaptes à former une marque. Sont notamment dépourvues du caractère distinctif requis les *indications descriptives* car elles sont composées de données descriptives sur le genre, la composition, la qualité, la quantité, la destination, le but, la valeur, l'origine des produits auxquels elles se rapportent⁶ («Trend» pour des habits⁷; «Advance» pour divers produits industriels⁸; «Vantage» pour des appareils électroniques⁹). On conclut à l'existence d'une telle indication dès qu'elle constitue un renvoi directement reconnaissable par le public à l'une des propriétés de la marchandise en cause sans qu'il soit nécessaire de recourir à une association d'idées¹⁰.

Nous trouvons ensuite les *signes libres*. Susceptibles à l'origine d'individualiser des

1 Baumbach/Hefermehl «Warenzeichenrecht» p. 21; Beier/Krieger p. 125; Chavannes/Burst p. 223; Troller p. 208

2 Baumbach/Hefermehl «Warenzeichenrecht» p. 22; Beier/Krieger p. 125; Schlupe p. 14

3 Troller p. 270; Schlupe p. 172

4 Troller pp. 282 ss.

5 Troller p. 272; Schlupe p. 172

6 Troller p. 292

7 FBDM 1983 p. 82

8 FBDM 1979 p. 29

9 ATF 108 II 487

10 Troller p. 293; Marbach p. 53

marchandises, ils ont peu à peu perdu cette aptitude pour devenir de simples dénominations génériques¹¹. Ce sont en général des marques de nouveaux genres de produits qui ont occupé une situation de monopole et qui, au fil du temps, se sont transformées en désignations de produits¹² (« saccharine »)¹³.

Sont en principe également dépourvus de la force distinctive requise les *signes primitifs*, à savoir les lettres, les chiffres, les couleurs et les formes géométriques simples (triangle)¹⁴.

Il est tout à fait normal que tous ces signes, qui font partie du domaine public, ne puissent faire l'objet d'une appropriation par un seul. Ils appartiennent au monde des affaires et il incombe que leur usage reste à la libre disposition de tous. Leur monopolisation conduirait à une entrave intolérable à l'activité des concurrents¹⁵.

Pour des raisons d'intérêt public, les *signes contraires aux bonnes mœurs* ne sont pas admissibles comme marques. Cette expression couvre à la fois les signes déceptifs et ceux qui déconsidèrent des valeurs morales, religieuses ou culturelles¹⁶. En vertu du principe de la véracité issu du droit de la concurrence, la marque ne doit pas contenir de fausses allégations concernant le produit¹⁷ (qualité, quantité, origine). Ainsi, la marque « Italia » a été refusée à l'enregistrement pour des supports sons de provenance étrangère à l'Italie¹⁸. Une marque est rejetée dès que la présence d'un risque objectif de tromperie est constaté¹⁹.

Nous signalerons enfin que les marques ne doivent pas être contraires à la législation fédérale²⁰.

En outre, l'objet de la marque est de distinguer les marchandises du titulaire des marchandises similaires d'un concurrent. Pour ce faire, il faut donc que le signe choisi se différencie des marques déjà enregistrées ou utilisées (article 6 LMF).

- C) La LMF ne donne pas une définition de la marque mais il est possible de cerner cette notion d'un peu plus près en énumérant les fonctions qu'elle est susceptible de revêtir. Nous citons en premier lieu la *fonction d'individualisation ou de distinction*. En effet, la marque a pour rôle d'isoler et d'identifier un produit parmi toutes les autres marchandises similaires²¹.

En assurant au consommateur que les produits munis de la même marque proviennent de la même entreprise (ou du même groupe d'entreprises), la marque remplit une *fonction d'indication de provenance*²², qu'il ne faut toutefois pas interpréter au sens strict. Il n'est pas nécessaire que la marque donne des renseignements précis sur le fabricant ou le commerçant. L'important pour le consommateur est la certitude que deux produits marqués identiquement sont de provenance identique²³. Peu importe que celle-ci soit inconnue.

11 Troller p. 300; Marbach p. 61

12 Troller p. 300

13 Troller/Troller, p. 91

14 Troller p. 309; Marbach 63

15 Chavannes/Burst pp. 269-270

16 Troller pp. 310 ss.; Chavannes/Burst p. 265; Marbach p. 89

17 Schluép p. 28

18 FBDM 1982 p. 16

19 Marbach p. 93

20 Cf. par exemple LFCR

21 Baumbach/Hefermehl « Warenzeichenrecht » pp. 25, 27 Baumgartner p. 33

22 Beier/Krieger pp. 126-127

23 Baumbach/Hefermehl « Warenzeichenrecht » p. 26; Schluép p. 70

De ces deux premières fonctions, la doctrine en déduit deux autres en particulier, à savoir tout d'abord la *fonction de garantie ou de qualité*. Certes, il ne faut pas comprendre par là que la marque offrirait une garantie objective de qualité sanctionnée juridiquement. Simplement, le consommateur qui a confiance en un produit s'attend à retrouver un niveau de qualité comparable dans les produits portant cette marque acquis ultérieurement²⁴. Il y va d'ailleurs de l'intérêt du commerçant de veiller à maintenir un certain niveau de qualité.

Il nous reste encore à mentionner la *fonction de réclame*. Celle-ci agit à double titre. D'une part, la marque attire le chaland en évoquant le souvenir d'un produit qui aura satisfait ses besoins lors d'un achat précédent. D'autre part, la marque acquiert une clientèle par la seule force attractive inhérente à sa composition, ce que l'on a coutume de nommer «sex-appeal»²⁵.

Il sied de souligner qu'un signe n'est apte à distinguer que s'il constitue une entité indépendante par rapport à la marchandise et saisissable d'un seul regard. Il ne pourrait faire partie intégrante du produit ou en former un élément constitutif substantiel²⁶.

- D) Les marques sont en général classées quant à la forme de la manière suivante. La catégorie la plus importante comprend *les marques verbales*. Elles sont composées de mots appartenant au vocabulaire de n'importe quelle langue ou constituant une création originale²⁷. Selon Chavannes/Burst, ces termes attirent à la fois les yeux du public parce qu'ils s'écrivent et ses oreilles parce qu'ils se prononcent²⁸. Les raisons de commerce sont à considérer comme des marques verbales privilégiées dans la LMF. En effet, les raisons de commerce dotées de force distinctive, utilisées comme marques et inscrites au registre du commerce, sont libérées des formalités d'enregistrement au registre des marques pour bénéficier de la protection du droit des marques²⁹.

La seconde catégorie regroupe *les marques figuratives*. S'adressant essentiellement à l'œil, elles sont constituées de lignes, de points, de figures et éventuellement de couleurs. Les mots, lettres, chiffres revêtus d'un graphisme original se rangent également dans cette catégorie³⁰.

Nous mentionnons en troisième lieu *les marques mixtes (ou combinées)*. Comme cette expression le laisse entendre, il s'agit de la réunion d'un élément verbal et d'un élément figuratif dans le but de ne former qu'une seule marque. Si l'un des deux est dépourvu de caractère distinctif, la marque est simplement verbale ou figurative et il y est ajouté un élément non protégeable³¹.

Selon la loi en vigueur, les marques constituées par la forme du produit ne sont pas protégeables en Suisse.

- E) Avant de clore ce premier paragraphe, nous entendons encore donner quelques indications sur les marques collectives que nous retrouverons également en cours d'étude. La marque collective a pour but d'indiquer que les produits qui en sont pourvus proviennent d'entreprises appartenant à un même groupement et de désigner des

24 Baumbach/Hefermehl «Warenzeichenrecht» p. 26; Beier/Krieger p. 127; Schluep p. 72; Troller p. 254; Baumgartner p. 38

25 Baumbach/Hefermehl «Warenzeichenrecht» p. 27; Beier/Krieger p. 128; Schluep p. 76; Baumgartner p. 41

26 Troller p. 255; Schluep p. 29; Marbach pp. 29 ss.

27 Troller p. 338; Antoniazzi p. 62; Baumgartner p. 49

28 Chavannes/Burst p. 243

29 Antoniazzi pp. 56 ss.

30 Troller pp. 238-239; Antoniazzi p. 63; Baumgartner pp. 49-50

31 Troller p. 239; Antoniazzi p. 64; Baumgartner p. 50

caractéristiques communes aux produits de ces entreprises. La marque collective joue en quelque sorte le rôle de signe de garantie en ce qui concerne notamment l'origine, la qualité, le mode de production ou de fabrication des produits ainsi marqués³². Le public serait trompé s'il ne retrouvait pas dans le produit les caractéristiques que la marque est censée garantir³³.

Afin de sauvegarder la crédibilité de l'institution, il incombe au titulaire de surveiller l'usage de la marque par les membres et de contrôler le respect des conditions posées³⁴. Les modalités d'utilisation sont réglées au préalable et le titulaire doit être à même de prendre des sanctions à l'égard des contrevenants³⁵. Lui seul, à l'exclusion des membres, est en principe légitimé pour faire valoir des prétentions civiles ou pénales³⁶.

De telles marques peuvent être déposées par des collectivités de droit privé ou de droit public à condition qu'elles possèdent la personnalité juridique³⁷. La collectivité devient titulaire de la marque et en concède l'usage à ses membres.

Il est intéressant de relever que certains signes aptes à former une marque collective ne sauraient être enregistrés comme marque individuelle³⁸, ainsi des indications géographiques (marque « Bettlach » n° 307 815) ou des armoiries publiques (marque composée des armoiries tessinoises pour du vin produit dans ce canton n° 239 096). La marque collective suisse la plus célèbre est sans conteste « l'arbalète », destinée à distinguer l'origine des produits ou services suisses, qui appartient à la Semaine Suisse-Arbalète, association au sens des articles 60ss du CCS³⁹, dont le siège se trouve à Berne.

§ 2: Interdiction de l'enregistrement

- A) La révision de la LMF de 1928 constitue un tournant décisif en ce qui concerne l'enregistrement des armoiries fédérales comme marques. Avant cette date, la matière était réglée par les articles 3 et 14 LMF⁴⁰. Selon ces dispositions une marque pouvait tout à fait contenir des armoiries publiques à la condition toutefois que ces dernières n'en constituent pas l'élément essentiel. Il était d'ailleurs fréquent à l'époque d'incorporer un emblème dans une marque⁴¹ mais, de par sa nature, il ne pouvait pas être monopolisé par un particulier ni bénéficier de la protection légale. La marque était dès lors susceptible d'être admise à l'enregistrement en raison des autres éléments qui la composaient⁴², à condition bien sûr qu'il n'en résultât aucun risque de tromperie quant à la provenance des produits ainsi marqués.
- B) Dans le cadre de la ratification de l'Acte de La Haye, en 1928, il s'avéra nécessaire d'adapter la LMF aux exigences du nouvel article 6 *ter* CUP. La modification déboucha sur l'adjonction d'un 3^e alinéa à l'article 3 – il réserve l'application des prescrip-

32 Ladas Vol. II p. 1290; David p. 163; Antoniazzi p. 104; Egger p. 101; Krneta p. 28

33 Egger p. 102

34 David p. 164; Antoniazzi p. 104

35 Krneta p. 21

36 David p. 165; Antoniazzi p. 103

37 Art. 7 *bis* LMF

38 David p. 168; Antoniazzi p. 104

39 RS 210

40 RS 2 837

41 Dunant p. 150

42 Antoniazzi p. 117; ATF XVI 34

tions fédérales qui interdisent l'emploi des armoiries publiques – et la refonte de l'article 14, 2^e alinéa, en un nouvel article 13 *bis* ⁴³. Cette disposition exclut de l'enregistrement les armoiries publiques, en particulier les armoiries de la Confédération et la croix fédérale. Le principe posé à l'article précité a été repris tel quel à l'article 1 de la LPAP reproduit ci-dessous ⁴⁴:

«² Ne doivent pas être enregistrés comme marques de fabrique ou de commerce ou comme éléments de celles-ci :

1. Les armoiries de la Confédération, des cantons, districts, cercles et communes ou les drapeaux représentant de telles armoiries; la croix fédérale; les éléments caractéristiques des armoiries des cantons;
2. D'autres emblèmes de la Confédération ou des cantons; les signes et poinçons de contrôle ou de garantie de la Confédération, des cantons, districts, cercles et communes;
3. Les signes susceptibles d'être confondus avec ceux qui sont mentionnés sous chiffres 1 et 2; »

Il ressort expressément de ces prescriptions encore en vigueur que les armoiries fédérales ne doivent pas être enregistrées même comme éléments secondaires, sous peine d'être radiées ⁴⁵. Il n'est donc pas besoin d'apprécier l'importance dévolue à l'emblème dans le signe considéré ⁴⁶.

Certains auteurs ont critiqué cette double réglementation, estimant qu'il eût été plus indiqué de régler cette matière soit dans la LMF soit dans une loi spéciale à laquelle la LMF aurait renvoyé ⁴⁷. Cette dernière solution a été retenue dans l'avant-projet de 1968 relatif à la révision de la LMF (article 2, lettre *b*). Fort vraisemblablement, ce système du renvoi sera repris dans la future LMF. Le Conseil fédéral avait justifié le régime actuel en arguant de l'avantage à régler la matière de façon étendue dans une loi spéciale, évitant ainsi aux intéressés de devoir chercher les prescriptions pertinentes dans diverses lois et ordonnances ⁴⁸. De plus, il n'était pas question de remanier la LMF fraîchement adoptée dans sa nouvelle teneur.

- C) En interdisant l'enregistrement des marques composées essentiellement de signes publics et en refusant à ceux-ci toute protection légale, le système en place jusqu'en 1928 s'inspirait simplement des principes inhérents à la notion de marque. En effet, les emblèmes de souveraineté, en tant que signes appartenant au domaine public, ne sont ni monopolisables par les particuliers – alors que le propre de la marque consiste à conférer un droit de monopole – ni pourvus du caractère distinctif nécessaire pour différencier les marchandises d'une entreprise par rapport à celles d'un concurrent. Par contre, l'interdiction absolue prônée par les articles 13 *bis* LMF et 1 LPAP va plus loin que le simple respect de préceptes du droit des marques. D'aucuns voient une justification à ce régime sévère dans un droit de propriété exclusif dévolu à l'Etat et portant sur son emblème de souveraineté. L'emploi par des particuliers viole par conséquent ce droit, dont seul l'Etat peut être titulaire ⁴⁹.

Ce régime assez sévère trouve également son origine dans des motifs tactiques.

43 *Supra* pp. 30 ss.

44 RS 232.21

45 Matter pp. 61 et 170

46 ATF 58 I 116

47 Antoniazzi p. 116

48 FF 1929 III 632

49 Beerli p. 80; ATF 41 II 289

L'emblème fédéral était fréquemment la proie des contrefacteurs au début du siècle, ce qui poussa la Suisse à réagir au niveau international par des propositions musclées en vue de réviser la CUP^{49b}. Selon le système mis en place par l'article 6 *ter*, la protection des armoiries fédérales à l'étranger dépend dans une grande mesure du sort qui leur est réservé sur le territoire national. Le Conseil fédéral est arrivé à la conclusion qu'une interdiction absolue d'enregistrement constituerait le meilleur moyen de sauvegarder les signes publics suisses à l'étranger⁵⁰. Une présence soutenue des armoiries helvétiques sur des produits helvétiques aurait incité bien des commerçants étrangers à y recourir également.

La requête présentée par certains milieux d'établir une exception en faveur de l'industrie d'exportation n'a pas été retenue car elle aurait ouvert une brèche dans l'édifice⁵¹. Il faut bien admettre aussi que le principe de l'interdiction absolue est d'application aisée car il bannit les problèmes d'interprétation et les jugements de valeur.

On nourrissait également l'espoir de conclure des accords bilatéraux afin d'obtenir une protection plus solide que celle accordée par l'article 6 *ter*. Il importait par conséquent que la loi suisse soit plus ferme que le texte de la CUP.

Nous soulignons enfin que des raisons éthiques et sentimentales ont plaidé en faveur de prescriptions sévères. Il était estimé que l'emblème de souveraineté ne devait pas servir à des fins mercantiles sous peine de froisser la dignité nationale. On cherchait à empêcher l'exploitation des emblèmes d'autorités à des fins lucratives⁵². Un parlementaire de l'époque dira même : « Le drapeau suisse doit flotter au-dessus de la mêlée des intérêts commerciaux. Il ne doit pas être ravalé au rang de marque de fabrique ! »⁵³.

§ 3 : *Etendue de l'interdiction*

A son article premier, la LPAP prohibe l'enregistrement non seulement des armoiries de la Confédération et de la croix fédérale mais également de tous les signes susceptibles d'être confondus avec elles. Est considéré comme un signe prêtant à confusion toute imitation évoquant immédiatement le signe protégé aux yeux du public. Il pourra s'agir d'une reproduction partielle ou stylisée⁵⁴. Le Tribunal fédéral a admis le risque de confusion dès lors que les lignes de la croix n'étaient pas reproduites dans leur totalité et qu'elles pouvaient être complétées mentalement⁵⁵. Il n'est donc pas nécessaire de confectionner une copie servile pour tomber sous le coup de la loi, la création d'une version plus ou moins analogue suffit.

Il convient d'être moins sévère lorsque seule la croix (et non plus l'armoire en tant que telle) est en cause car elle constitue une forme géométrique simple qui peut être utilisée de maintes façons, par exemple comme croix rouge, croix verte, croix bleue, croix de Lorraine, croix de St-André... Il serait disproportionné d'interdire a priori toute reproduction d'une croix au motif qu'elle constituerait même faiblement une imitation de

49b *Supra* p. 24

50 FF 1928 I 202; FF 1929 III 633

51 FF 1928 I 202

52 Beerli p. 79

53 Bull. stén. (CN) 1930 p. 953

54 Antoniazzi p. 122; FBDM 1981 p. 15

55 ATF 58 I 113

l'emblème suisse. On ne saurait admettre la présence d'une collision avec la croix suisse lorsque le signe considéré est reconnaissable comme sigle spécifique : signe « + », symbole du pôle positif pour les appareils électriques ⁵⁶.

Lors de l'examen d'une marque, il n'est souvent pas aisé d'apprécier ce risque éventuel de confusion. L'examinateur recourra par analogie aux principes utilisés lors de la comparaison des autres signes ⁵⁷. Par exemple, il s'inspirera des principes appliqués pour déterminer si une nouvelle marque se distingue suffisamment des marques enregistrées (art. 6 LMF).

De même qu'une nouvelle marque doit être distinctive par rapport à la marque antérieure prioritaire, le signe déposé doit être distinctif par rapport aux armoiries protégées. Cette force distinctive requise résulte du degré d'originalité caractérisant son aspect, et le degré d'originalité dépend de l'éloignement que le motif présente par rapport à l'emblème protégé ⁵⁸.

Il importe de relever que le danger de confusion augmente avec la notoriété du signe prioritaire ⁵⁹. Avec Baumgartner nous estimons que plus une marque connue

« possédera de force distinctive, plus les ressemblances qu'elle présente avec le signe nouveau frapperont l'esprit de l'acheteur au détriment des dissemblances que ce phénomène ne fera que rejeter plus encore à l'arrière-plan. Pour que ces dernières aient un impact suffisant sur l'acheteur, il faut donc que leur caractère distinctif augmente proportionnellement à l'accroissement de la notoriété du signe prioritaire. En d'autres termes, la marque nouvelle doit se différencier d'autant plus de la marque plus ancienne que celle-ci acquiert de la notoriété » ⁶⁰.

Comme les armoiries fédérales forment indubitablement un signe notoire, le déposant veillera donc à introduire des différences essentielles dans les éléments constitutifs de sa marque figurative par le choix des couleurs ou de la forme afin d'éviter tout risque de confusion.

Nous remarquerons à ce propos que la reproduction des armoiries simplement en noir et blanc n'est pas admissible comme marque ⁶¹. Par contre, il est tout à fait possible qu'une couleur particulière suffise à conférer à une croix le caractère original nécessaire. A ce moment-là, la marque n'est protégeable que dans cette couleur et à condition que cette dernière ait été revendiquée lors du dépôt.

Pour juger du danger de confusion, il importe de saisir le signe dans son ensemble et de ne pas le décortiquer afin d'examiner ses éléments constitutifs un à un ⁶². Cette appréciation est effectuée en fonction des impressions ressenties par le public suisse, et non en vertu d'avis d'experts, sans qu'il soit possible de recourir à des éléments extérieurs au signe, tels que genre de produits, clientèle potentielle, pour déterminer le degré d'imitation. En effet, contrairement à la marque, l'emblème public ne sert pas à distinguer un produit ni une entreprise.

56 Marbach p. 83

57 Troller p. 286

58 Baumgartner p. 85

59 David p. 126

60 Baumgartner p. 82; voir aussi Schluep p. 21

61 Troller p. 286

62 Matter p. 99; Troller p. 220; ATF 33 II 176

§ 4: Exceptions

Nous avons vu auparavant que l'Etat est investi d'un droit de propriété sur son emblème⁶³. Si les particuliers ne sont pas habilités à le monopoliser à leur profit, la Confédération quant à elle est légitimée à faire usage de ses armoiries comme marque ou élément de marque. Ce principe est d'ailleurs ancré dans la LPAP (art. 1, 2^e al., lit. a) qui prévoit en substance que les signes protégés (notamment les armoiries fédérales, la croix suisse) sont admis à l'enregistrement pour la communauté à laquelle ils appartiennent ou qu'ils désignent, ainsi que pour les entreprises de cette communauté.

L'article 13 *bis* LMF ne prévoit pas cette exception de façon expresse mais il limite l'exclusion de l'enregistrement des signes protégés aux particuliers. Il en découle que les collectivités publiques ne sont pas frappées par cette interdiction.

La Confédération ne dispose pas de prérogatives illimitées en cette matière. En effet, la réglementation ordinaire du droit des marques s'applique comme à n'importe quel autre déposant. Dès lors, la marque contenant les armoiries ne devra causer aucun risque de tromperie. Serait considérée comme telle l'apposition de ladite marque, par une entreprise de la Confédération, sur des produits principalement fabriqués à l'étranger. Le public serait amené à conclure à une provenance suisse de ces marchandises, d'où le risque de tromperie.

En vertu de la définition même de la marque (art. 1 LMF), seules les entreprises exerçant la fabrication ou le commerce de marchandises peuvent requérir des enregistrements. Ce précepte s'applique également à l'Etat. Une administration publique suisse est admise à déposer une demande si elle exploite une entreprise de production ou un commerce (art. 7 LMF). A la lecture de cette disposition, on se rend vite compte que peu de services administratifs sont effectivement concernés. Il pourrait s'agir d'établissements publics (Régie fédérale des alcools; PTT; Chemins de fer fédéraux⁶⁴), de corporations de droit public créées par la Confédération (Butyra; Banque nationale; Société coopérative suisse des céréales et matières fromagères⁶⁵) et d'entreprises appartenant à l'Etat (Ateliers fédéraux de construction; fabriques fédérales d'armes, de munitions; stations de recherches).

La collectivité ou l'entreprise de droit public peut également déposer une marque collective à la condition toutefois d'être investie de la personnalité juridique (art. 7 *bis*, 2^e al., LMF). Ainsi, les départements fédéraux ne sont pas habilités à effectuer de tels dépôts⁶⁶, contrairement à la Confédération considérée elle comme une personne morale⁶⁷. Il incombe au titulaire d'une marque collective d'édicter un règlement sur son utilisation, d'en surveiller l'usage et d'empêcher tout emploi contraire au but visé⁶⁸.

Les deux exemples suivants permettront d'illustrer notre propos :

Depuis le 23 avril 1970, la Confédération suisse est titulaire d'une marque collective constituée d'une croix suisse et déposée, par l'entremise de l'Office fédéral de l'agriculture, pour des engrais, du fourrage, des semences, etc. (n° 245 485). Cette marque peut être utilisée par les fabricants et commerçants des produits considérés qui ont conclu des contrats de contrôle avec les stations de recherches en matière agricole.

Quatre marques collectives, déposées les 28 décembre 1982 et 7 juillet 1983, contenant également la croix suisse sont enregistrées pour des fruits au profit de la Régie fédérale

63 p. 37

64 Grisel pp. 225 ss.; Burnet p. 103

65 Grisel pp. 278-279; Burnet p. 102

66 Krneta p. 56

67 Knapp p. 287

68 Krneta p. 56

des alcools (n° 325103-325106). Ces marques sont à la disposition des producteurs et commerçants dont les produits satisfont à certains critères de qualité. En vertu de l'Arrêté du Conseil fédéral concernant la surveillance de la qualité des fruits de table dans le commerce de gros du 5 septembre 1973, la Régie encourage les mesures développées en la matière par l'organe faîtière, à savoir la Fruit-Union Suisse.

Section 5: Utilisation des armoiries fédérales sur les produits

§ 1: Emploi à des fins commerciales

Nous venons de l'exposer, les armoiries ne peuvent pas être enregistrées comme marques. Ce principe n'est pas fait pour nous surprendre car il découle en grande partie de la définition même de la marque. La LPAP prévoit un régime tout aussi sévère pour le simple emploi des armoiries sur les produits puisqu'il est interdit d'apposer dans un but commercial, en particulier comme éléments de marques de fabrique ou de commerce, notamment les armoiries fédérales et la croix suisse sur les produits ou le packaging des produits destinés à être mis en circulation comme marchandises⁶⁹. Cette interdiction vaut également en l'absence de tout risque de tromperie⁷⁰.

Nous allons tenter d'apprécier la portée de cette disposition en nous attachant tout d'abord à cerner l'emploi à des fins commerciales.

Comme la LPAP ne définit pas la notion de but commercial, il convient de se référer à d'autres textes et plus particulièrement à la loi contre la concurrence déloyale (LCD). Il existe d'ailleurs une certaine parenté entre ces deux lois puisqu'elles visent à combattre les abus commis dans la vie économique. Il est donc possible de recourir aux critères définis par la doctrine en matière de LCD pour interpréter la LPAP⁷¹.

L'activité commerciale a pour objet l'échange de prestations⁷². Si une personne aliène un objet ou fournit un service à un tiers sans exiger de contre-prestation, son acte est considéré comme gratuit⁷³. L'activité commerciale est par contre orientée vers le gain, elle s'accompagne usuellement de la volonté de lucre⁷⁴. Il n'est pas nécessaire toutefois qu'elle débouche sur la réalisation ou la recherche d'un bénéfice⁷⁵. Toute action destinée à obtenir des tiers une contre-prestation doit être qualifiée de commerciale même si la contre-prestation n'est pas équivalente à la prestation livrée⁷⁶. Ainsi, celui qui met en vente des marchandises à perte pour gagner des clients ou pour éviter des pertes plus grandes encore fait du commerce⁷⁷. Une simple contribution à la couverture des frais suffit⁷⁸. Le but final de l'activité n'influence en rien sa nature. Si une œuvre de bienfaisance organise une manifestation ou une action quelconque afin de récolter des fonds

69 Art. 2, 1^{er} al., LPAP

70 David p. 85

71 Arrêt de la Cour de cassation du Tribunal fédéral du 8.2.1980 dans la cause Minelli contre Statthalteramt Uster (non publié)

72 Perrin p. 65; Von Büren p. 18

73 Perrin p. 65

74 Von Büren p. 18; Troller vol. II p. 911; Kummer pp. 3 ss.

75 Troller vol. II p. 911; Perrin p. 70; Baumbach/Hefermehl « Wettbewerbsrecht » p. 259

76 Perrin p. 70; Troller vol. II p. 911; Kummer p. 5

77 Baumbach/Hefermehl « Wettbewerbsrecht » p. 259; Kummer p. 5

78 Perrin p. 70

pour un but idéal, elle n'en exerce pas moins une activité commerciale⁷⁹. Peu importe également que cette activité soit unique⁸⁰.

Afin d'illustrer notre propos, nous relaterons deux exemples tirés de la jurisprudence spécifique à notre domaine.

B. fabriquait des « fourres » (pochettes) pour la Feuille officielle de la République et Canton de Neuchâtel sur lesquelles figuraient les armoiries neuchâteloises. L'opération était financée par les annonces publicitaires récoltées par B. et imprimées sur les « fourres » car ces dernières étaient distribuées gratuitement aux établissements publics. Le tribunal a estimé que l'édition d'une « fourre » destinée à recevoir une feuille officielle constituait une opération commerciale. En réalisant son bénéfice par les annonces publicitaires B. poursuivait un but commercial même si les fourres étaient remises gratuitement⁸¹.

La deuxième affaire ne concerne pas l'usage des armoiries fédérales sur des produits au sens de l'article 2 LPAP mais elle donne néanmoins un éclairage intéressant sur le « but commercial ».

Le secrétaire général de la Société suisse pour la Convention européenne des Droits de l'Homme (SSCED) avait envoyé 80.000 lettres munies des armoiries fédérales. Les destinataires étaient invités à adhérer comme membres donateurs à la société en versant une cotisation. En contre-partie, ils avaient la possibilité de se faire conseiller en matière de droits de l'homme.

Le Tribunal fédéral a estimé que cette opération poursuivait un but commercial. Selon ses statuts, la SSCED offrait des prestations contre rémunération. Or, la grande campagne publicitaire engagée sous forme d'envoi de lettres visait justement à créer une large clientèle en vue de pouvoir dispenser des services rétribués. Selon la Haute instance, le but commercial existe non seulement lorsque la preuve d'une activité rémunérée est fournie mais également lorsque les armoiries sont utilisées dans le cadre d'une action servant à créer les bases financières et en personnel en prévision de pareille activité. Peu importe que celle-ci ne se réalise pas. L'octroi effectif desdites prestations n'est pas une condition nécessaire pour que l'acte soit punissable⁸².

Nous serions tentés de déduire des propos qui viennent d'être tenus que les armoiries sont considérées comme apposées dans un but commercial dès qu'elles figurent sur des objets mis en vente ou en circulation en vue de récolter de l'argent.

Le législateur n'a pas voulu aller aussi loin et le message du Conseil fédéral est à ce sujet explicite⁸³ :

« L'interdiction d'apposer ces signes sur des produits (art. 2, 1^{er} al.) s'applique avant tout à l'emploi qui, d'après la loi sur les marques (art. 1^{er}) et la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, est considéré comme fait à titre de marque. En limitant l'interdiction à l'apposition 'pour un but commercial' on veut empêcher qu'elle ne puisse être étendue à un emploi des signes en question dans un dessein purement décoratif, par exemple pour décorer des produits des arts appliqués (des gobelets, des coupes, etc.) ».

Il est ainsi évident que l'emploi des armoiries sur des produits à des fins d'ornement échappe à l'interdiction de l'article 2 LPAP même si ces derniers sont mis en circulation

79 Baumbach/Hefermehl « Wettbewerbsrecht » p. 260; Von Büren p. 18

80 Troller Vol. II p. 911

81 Jugement du Tribunal de police du district de Neuchâtel du 2 mai 1972 dans la cause B.

82 Arrêt de la Cour de cassation du Tribunal fédéral du 23.11.1981 dans la cause Minelli contre Statthalteramt Uster (non publié)

83 FF 1929 III p. 633

comme marchandises⁸⁴. Cette exception profite principalement à l'industrie des articles de souvenir⁸⁵.

Deux arrêts du Tribunal fédéral mettent particulièrement en relief cette interprétation bien spéciale du but commercial.

Dans le premier cas, un ressortissant suisse achetait des articles de souvenir munis des armoiries fédérales à l'étranger (médailles, fanions) et les revendait en Suisse. Appelé à se prononcer sur la nature de cette utilisation, le Tribunal fédéral a nié la présence d'un caractère commercial en l'espèce en estimant qu'il n'y avait pas utilisation des armoiries au sens de l'article 3 LPAP :

« Il y a utilisation des signes protégés uniquement lorsqu'ils sont employés pour désigner des objets qui leur sont indépendants.

Ce n'était pas le cas en l'espèce. Les fanions et les médailles contestés ne sont pas des objets sur lesquels les armoiries suisses sont apposées dans un but précis. Bien plus, ils sont la représentation matérielle des armoiries et se fondent en elles. Les sociétés étrangères, auxquelles l'intéressé se réfère, utilisent les armoiries protégées non pas comme moyen pour désigner des marchandises mais confectionnent les signes eux-mêmes en forme de médailles et de fanions. »⁸⁶
(Traduction libre de l'auteur).

Les conclusions auxquelles parvient le Tribunal fédéral nous semblent des plus logiques sinon même la fabrication de drapeaux suisses ou de lampions pour la Fête du 1^{er} août tomberait sous le couperet de la LPAP, ce qui est manifestement inconcevable.

Le deuxième arrêt constitue sans aucun doute la décision la plus importante rendue en la matière et fait autorité aujourd'hui encore.

Pittet se livrait au commerce de cuillers ornées de l'emblème fédéral qui étaient fabriquées en Italie. Comme les cuillers constituent manifestement des produits destinés à être mis en circulation comme marchandises, le Tribunal fédéral avait à se prononcer sur la nature de l'utilisation des armoiries au regard de l'article 2 LPAP. A ce propos, il relève notamment :

« En l'espèce, les armoiries apposées sur les cuillers servent manifestement à la décoration. Mais elles sont aussi et en même temps utilisées à des fins commerciales : elles doivent faciliter la vente des objets qu'elles ornent. Elles ont donc une double fonction et il en ira le plus souvent de même lorsqu'il s'agit de 'produits destinés à être mis en circulation comme marchandises'. Cependant, les mots 'pour un but commercial' ont été insérés à l'article 2 afin d'en rétrécir le champ d'application. Pour leur assurer cet effet, il faut nécessairement admettre que, dès le moment où les armoiries sont apposées sur des marchandises pour des fins décoratives, elles échappent à l'interdiction de l'article 2 LPAP, même si elles doivent concurremment faciliter la vente. »⁸⁷

Cet arrêt est intéressant parce qu'il consacre l'idée du législateur, à savoir que l'usage décoratif échappe à la loi. Certes, l'arrêt va même plus loin en tolérant l'emploi qui non seulement décore le produit mais encore en facilite parallèlement la vente. Est donc licite toute utilisation cherchant principalement à donner à l'objet une apparence séduisante, à le rendre plus attrayant ou à jouer un rôle symbolique (souvenir d'un voyage en Suisse).

84 Troller p. 287 ; FBDM 1981, p. 15 ; Meyer-Wild p. 184

85 Antoniazzi p. 118

86 Arrêt du Tribunal fédéral du 25.1.1957 dans la cause Keltz contre Ministère public de la Confédération (non publié)

87 ATF 83 IV 110

De plus, il découle de la présente espèce que les armoiries apposées à des fins décoratives ne sont pas de nature à tromper le public sur la provenance des produits même s'ils sont fabriqués à l'étranger. Cela ne va pas de soi. On pourrait en effet estimer que les personnes qui acquièrent des cuillers, des clochettes ou autres articles décorés de la croix suisse imaginent se trouver face à un produit suisse⁸⁸. En admettant la pratique de Pittet comme légitime, le Tribunal fédéral répond par la négative et conclut implicitement à l'absence de tromperie en pareil cas. Il est vrai que de nos jours, les consommateurs ne se font plus guère d'illusion quant à la provenance des articles de souvenir.

§ 2: Utilisation à titre de marque

L'article 2, 1^{er} alinéa, LPAP mentionne l'apposition des armoiries fédérales comme élément de marque en tant que cas particulier de l'interdiction de les utiliser à des fins commerciales sur des produits. Cette disposition vise l'emploi d'un signe à titre de marque au sens de l'article 1 LMF, ce qui constitue d'ailleurs le genre d'utilisation le plus fréquent⁸⁹. Il convient de remarquer d'emblée que l'emploi d'un signe à titre de marque implique que ce dernier soit pourvu d'un caractère distinctif apte à désigner le produit quant à sa provenance. Un tel emploi n'existe pas si le signe en question sert avant tout à décorer la marchandise et consiste en un ornement destiné à lui donner une apparence esthétique⁹⁰. On retrouve ainsi la même exception qu'au paragraphe précédent à savoir que l'usage des armoiries sur des produits à des fins décoratives échappe à l'interdiction de l'article 2.

De façon générale, on admet en Suisse qu'il n'y a emploi à titre de marque que si le signe distinctif est apposé sur les marchandises ou leur emballage (imprimé, insculpé, cousu, peint, décalqué...). Echappe à cette définition l'utilisation dudit signe sur des prospectus, des réclames, des factures, des papiers d'affaires, des listes de prix, des enseignes...⁹¹. La notion d'emballage doit être interprétée largement dans le sens que cela concerne tout objet visant à contenir une marchandise afin de la protéger, de la conserver, de la décorer ou de la transporter, par exemple les colonnes à essence, les vaporisateurs à parfum⁹².

Il n'est pas nécessaire que la marque soit directement liée au produit de manière fixe et durable au point de faire corps avec lui et d'en être inséparable. Il suffit que le rapport entre marque et produit soit manifeste, que celle-là soit comprise comme la désignation de celui-ci⁹³: banderole autour d'un cigare⁹⁴, étiquette volante, marque de bière figurant sur un verre destiné à en recevoir⁹⁵, apposition d'une marque de machines à refroidir sur la porte d'une chambre froide desservie par de telles machines⁹⁶, marque d'un dispositif de graissage pour voiture apposée sur la voiture qui en est munie⁹⁷, colonnes à essence⁹⁸.

88 Gaschen p. 65

89 FF 1929 III 633; Meyer-Wild p. 183

90 Dunant p. 96

91 David p. 72; Matter p. 48; Troller p. 282; Holzapfel pp. 15, 18; Dunant pp. 88-89; Von Waldkirsch p. 139.

92 David p. 36; Matter p. 50

93 David p. 70; Matter pp. 49-50; Dunant p. 89; Troller p. 283; Holzapfel p. 16

94 Holzapfel p. 18

95 ATF 58 II 170

96 RO II 161

97 JdT 1958/594

98 David p. 70; Troller p. 283

L'emploi à titre de marque est également admis même si le signe distinctif n'est pas visible tout de suite mais seulement après une manipulation (retrait d'un bouchon)⁹⁹.

Il convient de définir d'un peu plus près la notion de produit au sens de l'article 1 LMF et par conséquent de l'article 2 LPAP. Il s'agit des produits industriels et naturels susceptibles de faire l'objet de transactions commerciales. Ne sont toutefois pas couverts par cette notion notamment les œuvres d'art originales, les manuscrits de roman, les papiers valeurs, les immeubles en tant que tels et les articles auxiliaires¹⁰⁰. Par contre, les livres et les reproductions d'œuvres d'art sont à considérer comme des produits.

Les articles auxiliaires sont des objets qui servent uniquement à permettre ou à promouvoir le commerce de marchandises ou la fourniture de services : catalogues, calendriers publicitaires, chéquiers, cartes de crédit remises par les banques. Ces objets ne sont pas mis dans le commerce en vue d'être offerts à la vente. Ils n'entrent pas directement en concurrence avec des marchandises analogues.

L'apposition de la marque sur le produit constitue véritablement un emploi à titre de marque dès le moment où le produit quitte l'entreprise pour être diffusé sur le marché. Peu importe qu'il ne s'adresse pas à un grand cercle de consommateurs ou que ceux-ci ne soient pas encore en contact avec le produit. Par contre, l'utilisation du signe uniquement à l'intérieur de l'entreprise n'intervient pas à titre de marque. Le signe ne remplit pas la fonction de distinction par rapport à la concurrence ni d'indication de provenance¹⁰¹.

§ 3: *Etendue de l'interdiction*

Il ressort de l'article 2 LPAP que l'usage de signes susceptibles d'être confondus avec les armoiries fédérales est également prohibé. Nous nous permettons dès lors de renvoyer le lecteur à ce qui a été dit au paragraphe 3 de la section 4¹⁰².

§ 4: *Exceptions*

Les exceptions sont énumérées à l'article 2, 2^e alinéa, LPAP. Dans la mesure où la Confédération est habilitée à déposer l'emblème fédéral comme marque, il est logique qu'elle puisse en faire usage à sa guise. C'est ce que prévoit l'article 2, 2^e alinéa, lettre *a*. Il concède ce droit également aux cantons, districts, cercles et communes ou aux entreprises de ces communautés.

Nous avons également vu¹⁰³ que la Confédération peut demander l'enregistrement d'un signe muni de ses armoiries au titre de marque collective. L'utilisation de celle-ci est ensuite concédée à des entreprises en fonction de leur appartenance à un groupement déterminé ou dont les produits satisfont à des critères précis (qualité, provenance). Rien de plus normal que la loi autorise l'emploi de la marque collective en question (art. 2, 2^e al., let. *b*, LPAP).

99 David p. 70; Matter p. 48

100 David p. 73; Schluemp p. 30; Baumbach/Hefermehl « Warenzeichenrecht » p. 68; Holzapfel p. 16

101 David p. 70; Troller p. 283; Holzapfel pp. 17, 19; Baumbach/Hefermehl « Warenzeichenrecht » p. 69

102 p. 38

103 *Supra* p. 40

Une troisième exception est encore à relever, celle admettant l'emploi de la croix fédérale comme élément du signe des brevets suisses (art. 2, 2^e al., let. c, LPAP). En effet, les produits protégés par un brevet, ou leur emballage, peuvent être munis du signe du brevet qui se compose de la croix fédérale et du numéro du brevet (art. 11 de la loi fédérale sur les brevets d'invention, RS 232.14).

Section 6: Emploi des armoiries fédérales à des fins publicitaires

Si l'apposition de l'emblème fédéral sur des produits est interdite, il est par contre licite de faire usage dudit emblème à certaines conditions sur des enseignes, des annonces, des prospectus ou des papiers de commerce. Ce principe est prévu à l'article 3 LPAP dont voici la teneur :

«¹ Les signes figuratifs et verbaux mentionnés à l'article 2, 1^{er} alinéa, peuvent figurer sur des enseignes, des annonces, des prospectus ou des papiers de commerce ou être employés d'une autre manière ne tombant pas sous le coup de l'article 2, 1^{er} alinéa, pourvu que l'emploi ne soit pas contraire aux bonnes mœurs.

² Est réputé, en particulier, contraire aux bonnes mœurs l'emploi :

- a. Qui est de nature à tromper sur la provenance géographique, la valeur ou d'autres qualités de produits, sur la nationalité de l'entreprise ou sur la situation commerciale de celui qui emploie le signe, notamment sur de prétendus rapports avec la Confédération ou un canton ;
- b. Qui déconsidère les signes mentionnés à l'article 2, 1^{er} alinéa ;
- c. Qui est fait par un étranger établi à l'étranger. »

Compte tenu de l'article 6 *ter* CUP, le législateur a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'être aussi sévère pour ce type d'utilisation que pour celui décrit à la section précédente. Si la loi suisse avait été au-delà de l'article 6 *ter* CUP, les ressortissants suisses auraient subi un désavantage par rapport aux étrangers.

« Le Suisse ne pourrait pas employer les signes d'Etat suisses alors que l'étranger pourrait le faire à l'étranger » ¹⁰⁴.

Le but de cette disposition est clair : autoriser tout emploi qui n'intervient pas sur des produits. La loi soumet toutefois cet emploi à la condition qu'il ne soit pas contraire aux bonnes mœurs. On rencontre cette notion en matière de marque. Selon l'article 14, 1^{er} alinéa, chiffre 2, LMF, l'Office refuse d'enregistrer les marques contraires aux bonnes mœurs. Est considéré comme tel tout signe qui blesse les sentiments religieux, culturels ou moraux ou qui viole le principe de la bonne foi en affaires. A titre d'exemple, nous citons les dessins obscènes, les symboles religieux tournés en dérision, les indications trompeuses (composition, provenance, qualité du produit), les slogans subversifs. Le signe est apprécié en fonction de l'opinion du consommateur moyen ¹⁰⁵. Les cas d'atteinte aux bonnes mœurs énumérés à l'article 3 épuisent pratiquement le sujet. Le législateur n'a

104 FF 1929 III 634

105 David pp. 101 ss. ; Matter pp. 75 ss. ; Troller pp. 312 ss. ; Chavannes/Burst p. 265

cependant pas voulu d'une liste limitative afin de pouvoir réprimer les abus non prévus ¹⁰⁶.

Une annonce publicitaire comprenant les armoiries fédérales amène le public à penser que le produit présenté est de fabrication suisse. Si notre pays jouit d'une certaine réputation pour le produit en question, il s'y attache une idée de qualité. Dès lors, le public est également trompé sur la valeur de la marchandise. Pareille méprise survient aussi lorsque la marchandise est accompagnée d'un document (garantie, mode d'emploi...) muni de l'écusson officiel. On a alors l'impression d'être en possession d'un objet au bénéfice d'une garantie officielle de l'Etat. Il apparaît donc tout à fait logique d'interdire tout emploi trompeur sur l'origine et la valeur du produit.

La présence de l'emblème fédéral dans une enseigne ou sur des papiers d'affaires est susceptible de faire croire à la nationalité suisse de la société utilisatrice. Il n'est pas toujours facile de définir la nationalité d'une entreprise. Il existe cependant des critères de rattachement, à savoir le siège social (sera soumise au droit suisse la société dont le siège est en Suisse), l'incorporation (rattacher la société au pays dans lequel elle a été incorporée), le contrôle (la société a la nationalité des associés qui la contrôlent) ¹⁰⁷. En l'état actuel, une société est considérée comme suisse lorsqu'elle choisit son siège statutaire en Suisse, est fondée selon le droit suisse et, pour celle qui y est astreinte, est inscrite au registre du commerce ¹⁰⁸.

Le recours à l'écusson suisse par des associations économiques ou des instituts d'enseignement privés est souvent apte à créer une confusion quant à d'éventuels liens privilégiés avec la Confédération (subventionnement, surveillance, garantie).

Parmi les emplois qui déconsidèrent l'emblème national nous rangeons tous les signes blessants en eux-mêmes (incorporation de la croix suisse dans des reproductions obscènes ou blasphématoires) ou en fonction du contexte d'utilisation (croix blanche sur fond rouge destinée à indiquer le papier hygiénique dans des toilettes : ce cas s'est passé dans un hôtel argentin).

L'article 3 qualifie de contraire aux bonnes mœurs l'emploi « fait par un étranger établi à l'étranger » (2^e alinéa, lettre c). Cette disposition est surprenante et elle n'apporte rien à notre avis. Les situations qu'elle est appelée à régler sont déjà couvertes par les autres prescriptions. Conscient que l'acte visé échappera à la poursuite directe des autorités suisses, le législateur a prévu ce délit « pour permettre de punir des personnes qui mettent en circulation en Suisse des objets ayant été revêtus de signes à l'étranger contrairement à l'interdiction » ¹⁰⁹. Mais il convient de relever que si un étranger recourt à l'emblème national, il tombe sous le coup de l'article 2 ou de l'article 3, 2^e alinéa LPAP (contraire aux bonnes mœurs). Quant à la personne qui met les objets litigieux en circulation dans notre pays, elle s'expose à des sanctions pénales en vertu de l'article 13 LPAP ¹¹⁰.

L'application de cette disposition a posé des problèmes en rapport avec l'importation en Suisse d'articles de souvenir sur lesquels les armoiries avaient été appliquées à l'étranger. Dans la mesure où ces objets ne sont vendus que sur territoire helvétique, le Tribunal cantonal des Grisons a jugé, dans un arrêt de 1957, que l'emploi avait lieu en Suisse et non pas à l'étranger. Il a donc libéré les prévenus ¹¹¹. Le Tribunal fédéral a coupé court à toute

106 FF 1929 III 635

107 Patry p. 65

108 Patry p. 66; Forstmoser/Meyer-Hayoz p. 86

109 FF 1929 III 635

110 *Infra* pp. 51 ss.

111 RSJ 1958/167

discussion en déclarant que les articles de souvenir, qui sont destinés à être vendus comme marchandises, ressortent à l'article 2 et non à l'article 3 ¹¹².

Cette lettre *c* place les entreprises suisses d'exportation dans une situation délicate car, interprétée littéralement, elle empêche leurs partenaires étrangers d'utiliser l'emblème fédéral pour faire de la publicité pour les produits suisses. Ce point est choquant. Quelle différence cela fait-il si c'est la maison suisse qui publie à l'étranger une annonce publicitaire pour ses produits ou si la même annonce est publiée par l'agent local étranger ? Or, la LPAP s'appliquerait dans ce deuxième cas (art. 3, 2^e al., let. c).

Un tribunal allemand a dû se prononcer sur une telle affaire. Une société allemande, appartenant à une maison suisse et chargée de distribuer les produits de cette dernière en Allemagne, diffusait un encart publicitaire ventant lesdits produits et orné du drapeau suisse. Les noms du distributeur et du fabricant étaient tous deux mentionnés. Aux prises avec la disposition en question, le tribunal a estimé que l'utilisation de la croix servait avant tout l'entreprise helvétique et, partant, les intérêts suisses et qu'il n'y avait pas atteinte aux bonnes mœurs :

« La demanderesse se plaint de l'utilisation par la défenderesse de la croix suisse sur les reproductions de son prospectus pour du linge de corps qui, tel que cela est expressément mentionné dans le prospectus, est fabriqué et emballé par la société Lamprecht à Zurich puis envoyé en Allemagne. Dès lors, les armoiries suisses sont utilisées par la défenderesse en Allemagne en faveur d'une entreprise suisse, dûment mentionnée comme étant le fabricant du produit, alors que la défenderesse ne se charge que de la distribution en Allemagne des produits de la société Lamprecht. L'utilisation de la croix suisse intervient essentiellement au profit de l'entreprise Lamprecht. D'autre part, il est dans l'intérêt national de la Suisse que des produits suisses soient promus en tant que tels, ainsi par l'emploi de la croix suisse dans une forme plutôt ornementale (bande munie du sigle) ; du point de vue suisse, il n'y a pas en l'espèce d'infraction aux bonnes mœurs même si la publicité est réalisée par une société allemande chargée de distribuer des produits suisses. Il est indifférent qu'une entreprise suisse fasse de la publicité pour ses produits en Allemagne avec la croix fédérale et renvoie par là à une société allemande de distribution ou qu'une société allemande de distribution fasse de la publicité pour les produits de l'entreprise suisse en indiquant cette dernière comme fabricante des marchandises proposées, utilisant à cette occasion la croix fédérale dans les prospectus... Cette interprétation... justifie l'avis selon lequel, d'après le droit suisse, l'emploi de la croix suisse comme indication de la provenance suisse des produits ne contrevient pas aux bonnes mœurs au sens de l'article 3 de la loi du 5 juin 1931 et n'est par conséquent pas illicite. » ¹¹³ (Traduction libre de l'auteur).

Nous saluons ce verdict empreint de sagesse. Nous estimons que de manière générale l'emploi des armoiries fédérales destiné à promouvoir des produits suisses n'est pas contraire aux bonnes mœurs, quels que soient la nationalité de l'auteur (Suisse ou étranger) et son lieu de résidence (en Suisse ou à l'étranger). N'oublions pas que la LPAP ne vise qu'à préserver des abus et à protéger contre la tromperie.

Même si le texte ne le mentionne pas expressément, l'article 3, tout comme l'article 2, ne vise que l'utilisation commerciale, ainsi que cela ressort des débats parlementaires ¹¹⁴.

112 ATF 83 IV 110

113 Arrêt du Landgericht de Stuttgart du 29 mai 1984 (RSP1 1985 p. 100)

114 Bull. stén. (CN) 1930/956

Dans un arrêt rendu en 1976, le Tribunal fédéral s'est montré très explicite à ce sujet :

« En effet, à la différence de l'art. 2 de la loi, l'art. 3 ne mentionne pas expressément le but commercial des emplois qu'il autorise et qu'il prohibe. Bien qu'il énumère un certain nombre d'emplois commerciaux autorisés, cités à titre d'exemples, il permet que les armoiries et signes soient employés d'une façon toute générale ne tombant pas sous le coup de l'art. 2 al. 1 LPAP, pourvu que l'emploi n'en soit pas contraire aux bonnes mœurs. L'on pourrait alors inférer de ce texte que tout emploi contraire aux bonnes mœurs, quel qu'il soit (commercial ou non), est prohibé.

... Une interprétation aussi littérale de la loi ne peut cependant être adoptée, car elle ne correspond ni aux intentions exprimées par le législateur, ni aux vues de la doctrine, ni surtout au sens et au but de la loi.

L'exposé des motifs de la LPAP, à savoir le message du Conseil fédéral du 16 décembre 1929 (FF 1929 III 627 ss.), ne traite que de l'emploi des armoiries et autres signes dans un but commercial. Même lorsqu'il fait état d'emplois autres que ceux mentionnés aux art. 1 et 2 de la loi, le message se limite à citer des emplois commerciaux au lieu d'user de formules plus générales. La façon dont est présentée la distinction existant entre les emplois visés aux art. 1 et 2 al. 1 de la loi et ceux visés à l'art. 3 (FF 1929 III 633) est significative : seuls sont mentionnés sous une litt. B les emplois purement commerciaux figurant à l'art. 3 sans aucune allusion à la clause générale figurant à cet article et sans mention d'un seul exemple d'emploi non commercial. L'absence dans le message de toute allusion même imprécise à un emploi non commercial est un indice sérieux et convaincant que ce type d'emploi n'était en rien visé par le législateur ; les possibilités d'emplois non commerciaux sont en effet si nombreuses que si elles étaient réellement concernées, il serait incompréhensible qu'aucune d'entre elles ne figure à titre d'exemple dans le message (presse, littérature, caricature, affiche, théâtre, sport, fêtes, etc.).

Cette impression générale est confirmée voire accentuée par le compte rendu des débats devant les Chambres. Les débats ont été en effet exclusivement axés sur des emplois commerciaux et sur des considérations d'ordre commercial, sans aucune allusion même légère à un usage précis et déterminé qui ne serait pas commercial. ... La doctrine ne s'est guère intéressée à la LPAP. Cependant, les quelques auteurs qui en parlent, à propos de ses dispositions pénales, la considèrent comme une loi destinée à protéger les armoiries et autres signes nationaux contre les emplois commerciaux. ... Ensuite, l'interprétation proposée par le recourant conduirait à des conséquences inacceptables. En effet, si l'on admettait que l'art. 3 interdit n'importe quel emploi, quel qu'en soit le but, des armoiries et signes mentionnés à l'art. 2 al. 1, lorsqu'il est contraire aux bonnes mœurs, cela signifierait qu'aucun étranger à l'étranger (cf. art. 3 al. 2 lit. c et art. 7, al. 2., lit. c) ne pourrait utiliser dans quelque domaine que ce soit les armoiries et autres signes de la Confédération ou des cantons, même s'il ne déconsidère ni signe ni autorité. »¹¹⁵

En ce qui concerne la définition du caractère commercial, nous nous permettons de renvoyer le lecteur au paragraphe 1 de la section 5¹¹⁶.

115 ATF 102 IV 48 ss.

116 pp. 41 ss.

Section 7: Armoiries fédérales et raisons de commerce

La raison de commerce est le nom sous lequel un particulier ou une personne morale exploite un commerce. C'est le nom qu'il ou elle adopte dans ses relations d'affaires¹¹⁷. Ce signe vise à individualiser le commerçant ou l'établissement et à le différencier des autres agents économiques¹¹⁸. La raison de commerce, comme la marque, remplit donc une fonction de distinction. Toutefois, la marque sert à distinguer des produits.

De par sa nature, la raison de commerce est composée d'un ou plusieurs mots et/ou de lettres. Elle est dépouillée d'éléments décoratifs ou de composants figuratifs, elle a un caractère exclusivement verbal¹¹⁹. « En outre, c'est la législation relative aux marques, à l'exclusion des dispositions légales concernant les raisons de commerce, qui régit tous les ornements figuratifs... »¹²⁰.

Nous n'entendons pas passer en revue dans le détail la création des raisons de commerce et nous nous limitons à citer les principes généraux qu'elles ont à respecter. La raison doit être conforme à la vérité et ne rien contenir d'inexact. Elle sera choisie de façon à ne provoquer aucun risque de tromperie (nature, nationalité de l'entreprise) et à ne pas porter atteinte à l'intérêt public (emploi du terme « clinique » contrairement à la législation en vigueur¹²¹). Elle ne devra enfin pas servir uniquement de réclame.

On veut empêcher que la publicité ne pénètre par trop les raisons de commerce afin qu'elles continuent de remplir leur fonction distinctive¹²². Contrairement aux marques, il est obligatoire de requérir l'inscription de sa raison au registre du commerce lorsque certaines conditions sont remplies (voir art. 934 CO et 52ss. ORC). Les personnes non astreintes peuvent demander l'inscription. Le préposé examine la requête à la lumière des principes ci-dessus. Le déposant bénéficie d'un droit exclusif sur la raison dès qu'elle a été inscrite et publiée dans la FOSC.

De tout temps, les raisons de commerce ont été utilisées comme marques. C'est même la marque la plus naturelle qui soit. Le législateur a tenu compte de cette situation tant et si bien que les raisons de commerce jouissent d'un statut privilégié. En effet, elles sont protégées de plein droit selon les dispositions de la LMF, en étant dispensées de l'enregistrement au registre des marques, à condition qu'elles soient valablement constituées, inscrites au registre du commerce et utilisées comme marques. L'inscription au registre du commerce remplace celle au registre des marques. Cela mis à part, les raisons de commerce sont soumises aux mêmes règles de fond que les marques pour jouir de la protection du droit des marques. Ce régime spécial ne concerne que les raisons de commerce suisses¹²³.

De nature verbale, la raison de commerce ne peut pas contenir d'éléments figuratifs. Son enregistrement ne pose dès lors aucun problème du point de vue des armoiries fédérales puisque leur incorporation est par définition exclue.

Il arrive par contre fréquemment que des éléments figuratifs soient ajoutés aux raisons de commerce lorsqu'elles sont utilisées dans les affaires (comme enseigne, sigle, sur des papiers d'affaires) afin d'en accentuer le caractère distinctif. Ces éléments prennent

117 Patry « Geschäftsfirmer » pp. 155-157 ; Antoniazzi p. 55 ; Martin-Achard p. 34 ; de Steiger/Favey p. 7 ; Joos p. 2

118 Patry « Geschäftsfirmer » pp. 155-157 ; de Steiger/Favey p. 7 ; Joos p. 11

119 ATF 64 I 56 ss.

120 De Steiger/Favey p. 12

121 ATF 65 I 269

122 Troller p. 516 ; Martin-Archard pp. 37 ss. ; de Steiger/Favey pp. 12 ss. ; Naymark pp. 72 ss.

123 Antoniazzi p. 56 ; David pp. 76 ss. ; Matter pp. 53 ss. ; Troller p. 210

souvent la forme de la croix suisse. Toutefois, nous nous trouvons-là en terrain connu. Si le sigle obtenu (raison de commerce + armoiries) est apposé sur des produits, il entraîne l'application de l'article 2 LPAP ; s'il est utilisé d'une autre manière, il tombe sous le coup de l'article 3 LPAP. Le lecteur est par conséquent invité à se reporter aux sections 5 et 6 consacrées à ces deux dispositions ¹²⁴.

Section 8: Dispositions pénales

§ 1: Loi fédérale pour la protection des armoiries publiques et autres signes publics

Les infractions à la LPAP sont sanctionnées aux articles 13 à 16. Ceux-ci constituent les principales dispositions applicables à l'utilisation des armoiries à des fins commerciales.

L'article 13 punit en premier lieu celui qui «emploie, contrefait ou imite des armoiries»...

Par emploi, on entend la simple apposition du signe sur des objets (marchandises, prospectus, etc.) ; peu importe qu'ils aient été fabriqués par l'utilisateur ou non ¹²⁵. La contrefaçon est réalisée lorsque le signe est reproduit de manière servile alors que l'imitation implique une reproduction partielle et néanmoins reconnaissable ¹²⁶. La contrefaçon et l'imitation sont réalisées avec l'exécution effective du signe protégé. Il n'est pas nécessaire que ce dernier soit utilisé ¹²⁷. Ces actes sont punissables s'ils visent un but commercial même si les objets incriminés ne sont pas encore arrivés dans le commerce ¹²⁸.

En second lieu, la loi saisit les opérations destinées à introduire les objets munis des armoiries dans le commerce et plus particulièrement la vente, la mise en vente et la mise en circulation. L'article 13 punit ainsi la diffusion d'objets indûment munis de l'emblème fédéral même si ce dernier a été appliqué à l'étranger ¹²⁹. Toutefois, l'acquisition pour son propre usage échappe à la loi.

Nous ne nous étendons pas sur la vente car elle ne constitue qu'un cas particulier de mise en circulation (art. 184ss. CO) ¹³⁰. La mise en vente est définie comme une offre de contracter ; peu importe la forme sous laquelle elle se présente (exposition dans une vitrine, annonce publicitaire, étalage, prospectus) ¹³¹. L'infraction est réalisée même si le produit offert n'est pas encore fabriqué ¹³² ou si l'offre depuis la Suisse s'adresse à des personnes domiciliées à l'étranger ¹³³. La mise en circulation est une notion plus large que la vente et la mise en vente. Elle couvre toute activité axée sur l'échange et visant à introduire les objets dans le circuit économique (contrat de commission, d'agence, remise à des fins de

124 pp. 40 ss. et 46 ss.

125 David p. 276

126 David p. 267 ; Troller II p. 659 ; Schlupe p. 129

127 Schlupe p. 129

128 Matter p. 228 ; Schlupe pp. 129 ss.

129 Troller II p. 660

130 Schlupe p. 144

131 David p. 281 ; Matter p. 228 ; Troller II p. 623 ; Schlupe p. 141

132 Troller II p. 623 ; David est d'avis contraire p. 281

133 Schlupe p. 143

sûreté, location, vente aux enchères...) ¹³⁴. Le simple envoi suffit pour que les conditions d'application soient remplies ¹³⁵.

L'entrée en vigueur de la LPAP allait bouleverser certaines habitudes bien établies d'où les craintes de la commission d'experts et des cercles consultés face à un texte jugé trop sévère. Pour tenir compte de ces appréhensions, seul le délit intentionnel a été déclaré punissable.

« On peut d'autant plus s'abstenir de punir la violation non intentionnelle de la loi que, la plupart du temps, on se trouvera en présence d'un emploi répété de signes, c'est-à-dire d'un délit continu. Ainsi la bonne foi, si elle existait, devra en tout cas être considérée comme ayant disparu dès qu'un avertissement aura été donné. » ¹³⁶.

Commets un acte intentionnellement celui qui agit avec conscience et volonté (art. 18 CPS). Pour tomber sous le coup de la loi, l'auteur doit être conscient de l'illicéité de l'activité à laquelle il se livre et savoir que le bien est protégé ¹³⁷. Mais s'il a un doute sérieux quant à la légalité d'une action qu'il se propose d'entreprendre, il lui incombe de se renseigner ¹³⁸. En renonçant à cette démarche, l'auteur accepterait l'idée de se trouver en infraction et agirait ainsi avec dol éventuel, ce qui est également punissable ¹³⁹.

« Selon la jurisprudence (...), le dol éventuel existe lorsque, sans être certain que les éléments objectifs de l'infraction seront réalisés par son acte ou son omission, l'auteur le tient sérieusement pour possible et s'accommode en son for intérieur de cette conséquence. Le juge doit admettre qu'il en est ainsi quand l'auteur a envisagé la survenance du résultat comme tellement probable que son comportement ne peut s'interpréter autrement que comme l'acceptation de ce résultat (...) » ¹⁴⁰.

Les infractions à la LPAP, poursuivies d'office, sont passibles de l'amende jusqu'à 5000 francs ou des arrêts jusqu'à deux mois, les deux peines pouvant être cumulées (art. 13). En raison de la systématique du CPS, celui qui utilise indûment les armoiries fédérales commet une contravention (art. 39, 101ss., 333, 2^e al. CPS).

Selon l'article 14 LPAP, les dispositions générales du CPS sont applicables sauf prescriptions contraires de la présente loi. Cette disposition rappelle une règle générale du CPS (art. 333 CPS).

L'article 15 régleme le for : « Sont compétents les tribunaux du lieu où l'infraction a été commise ou ceux du domicile de l'inculpé ou d'un des inculpés, s'il y en a plusieurs » (2^e al.). Ce principe se retrouve dans diverses lois de propriété intellectuelle (art. 49 LDA, art. 28 LMF, art. 27 LDMI – l'article 84 LBI est plus restrictif en ce sens qu'il n'admet pas le for du domicile). L'existence de ces deux fors (lieu de commission et domicile) n'est pas contraire au CPS (art. 346) et reste valable malgré l'entrée en vigueur du code ¹⁴¹.

Par domicile, il faut comprendre le domicile civil au sens des articles 23ss. CCS du ou des responsables de l'utilisation incriminée. Il ne saurait s'agir du siège d'une société vu que seules des personnes physiques sont susceptibles d'être poursuivies pénalement ¹⁴².

134 Schluép p. 145; Matter p. 228; David p. 281

135 Troller II p. 624

136 FF 1929 III 640

137 David p. 282; Matter p. 235; Troller II p. 1001

138 Troller II p. 1001; Matter p. 236; David p. 282

139 David p. 295

140 ATF 84 IV 128

141 David p. 318

142 Tuor/Schnyder p. 120; David p. 320; ATF 100 IV 38

Il découle de l'article 15 LPAP que le lieu de commission est celui où l'acte est exécuté par opposition au lieu où le résultat se produit. Le for du lieu du résultat est cependant admis à titre subsidiaire si le lieu de commission est inconnu ou s'il se trouve à l'étranger (art. 15, 3^e al., LPAP). Le lieu d'exécution est par exemple celui où le signe est apposé, où le produit est exposé, où le journal porteur de l'annonce publicitaire paraît, où le prospectus est remis à la poste en vue d'un envoi. Le lieu du résultat est celui de la réception d'une offre écrite, d'une marchandise. C'est également l'endroit où le public est trompé.

Les mesures conservatoires font l'objet de l'article 16. La saisie ordonnée par le juge est une mesure provisoire pour la durée du procès qui peut porter non seulement sur les signes mais également sur les objets qui en sont pourvus ainsi que sur les instruments ayant servi à la fabrication. Cette opération assure à l'autorité la conservation d'un certain matériel comme moyen de preuve ou en vue de sa confiscation ou de sa destruction.

La confiscation qui intervient en fin de procès est assimilable à une expropriation définitive en faveur de l'Etat ¹⁴³. A titre de mesure de sûreté, afin d'éviter que les objets litigieux ne soient mis en circulation, le juge peut ordonner la suppression des signes même en cas d'acquiescement ou de non-lieu (art. 16, 2^e al. LPAP). Cette démarche est dirigée contre les objets et non contre le prévenu ¹⁴⁴. On cherchera, si possible, à préserver la marchandise en se limitant à ne détruire que le signe ou à le cacher à la vue du public (autocollant, réimpression). Si cela n'est pas possible (signe indissociable ou dissociable à grands frais) le juge décidera la destruction de l'objet (produit, papiers d'affaires, prospectus). Il statuera en fonction du principe de la proportionnalité ¹⁴⁵. Les travaux de suppression ne sont pas confiés au prévenu ¹⁴⁶.

En guise d'exemple, nous signalons que le Bezirksamt de Schwyz en date du 12 avril 1984 a libéré de toute condamnation pénale une personne accusée d'infraction à la LPAP, estimant qu'elle n'avait pas eu conscience d'avoir agi illicitement. Le prévenu avait imprimé des « cartes d'identité » pour sa publicité, calquée sur les anciens documents officiels suisses (bleus), à l'extérieur desquelles figurait l'emblème officiel de la Confédération. Le Bezirksamt a toutefois saisi les cartes en question aux fins de les détruire.

§ 2: *Loi fédérale statuant des dispositions pénales en matière de registre du commerce et de raisons de commerce*

Cette loi a été promulguée afin de pouvoir intervenir, pour protéger le public contre la tromperie, à l'encontre des raisons de commerce trompeuses, qu'elles soient inscrites ou non au registre du commerce ¹⁴⁷. Selon l'article 4 LFRC, celui qui, conjointement avec une raison de commerce ou désignation d'entreprise, emploie les armoiries fédérales est punissable si cette combinaison est propre à induire en erreur sur la nationalité de la société. Il est d'ailleurs très fréquent de rencontrer ce genre de combinaison. Le risque objectif de tromperie suffit mais seules les infractions intentionnelles sont passibles de sanctions ¹⁴⁸. En cas de besoin, le juge peut prendre des mesures conservatoires à l'égard des objets ayant servi à perpétrer l'infraction: formules, prospectus, papiers d'affaires (art. 5). La confiscation est ordonnée lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir un résultat d'une autre manière (surimpression) ¹⁴⁹.

143 David p. 344; Matter p. 264; Schluép p. 239

144 Matter p. 265

145 David p. 345; Matter p. 266; Schluép p. 240

146 David p. 345;

147 FF 1921 III 346

148 De Steiger/Favey p. 79

149 De Steiger/Favey p. 80; FF 1921 III 351

§ 3: Code pénal suisse

L'article 270 CPS punit de l'emprisonnement ou de l'amende celui qui, par malveillance, aura enlevé, dégradé, ou aura par des actes outragé un emblème suisse de souveraineté arboré par une autorité, ainsi les armoiries fédérales. Cette disposition ne tend pas tellement à protéger l'emblème en tant que tel mais bien plutôt la souveraineté de la Confédération, son honneur et les sentiments patriotiques des citoyens ¹⁵⁰.

L'action d'enlever doit être comprise comme la soustraction par un tiers non autorisé. Le délit est consommé dès que le pouvoir de disposition du titulaire est brisé contre sa volonté ¹⁵¹. Dégrader signifie endommager, détruire ou mettre hors d'usage ¹⁵². L'emblème est donc inutilisable, momentanément ou définitivement ¹⁵³.

L'acte outrageant est celui par lequel l'auteur exprime sa déconsidération à l'égard de l'emblème par exemple en l'aspergeant d'excréments, de crachats, etc. La loi ne punit que des actes portant matériellement atteinte au drapeau ; dès lors lui échappent les injures verbales, les mimiques (tirer la langue, dresser le poing), le refus de saluer le drapeau lors d'un défilé ¹⁵⁴.

Pour entraîner une condamnation, il faut non seulement que l'auteur enlève, dégrade ou outrage le drapeau avec conscience et volonté mais encore qu'il agisse dans le dessein de souiller l'honneur du pays, de marquer son mépris à l'égard de la Suisse et de ses autorités. Il doit agir par malveillance. L'article 270 ne s'applique pas en cas de « simple » vandalisme ¹⁵⁵.

Dernier élément constitutif à mettre en évidence, l'emblème doit être arboré par une autorité. Ce terme recouvre l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral ¹⁵⁶. Il convient d'observer que l'article 270 ne protège pas le sigle dans sa fonction décorative mais comme symbole de l'autorité. Le particulier qui décore son balcon à l'occasion de la Fête du 1^{er} août de même qu'un office du tourisme qui fait placer des guirlandes lors de la fête locale n'entrent pas dans le cadre de la présente disposition ¹⁵⁷. Si les drapeaux flottant sur les bâtiments publics sont couverts par celle-ci, la question de son application lors de manifestations publiques (défilé officiel) est controversée ¹⁵⁸.

150 Logoz II p. 607; Clerc p. 192; Voska p. 41

151 Voska pp. 84-85

152 Logoz II p. 608

153 Voska pp. 81 ss.

154 Voska p. 80; Stratenwerth p. 258; Clerc p. 193; Logoz II p. 608

155 Logoz II p. 697; Clerc p. 194; Voska p. 91

156 Voska p. 68

157 FF 1918 IV 65

158 Contre l'application: Stratenwerth p. 258; Voska p. 71; pro: Logoz II p. 608; Clerc p. 193

Chapitre 3 : Protection des armoiries fédérales à l'étranger

Section 9: Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle

L'utilisation sans droit des emblèmes étatiques, d'une part, porte atteinte au droit moral de l'Etat sur ses emblèmes de souveraineté, viole l'honneur et la dignité de la nation et, d'autre part, constitue un acte de concurrence déloyale dans la mesure où cet emploi induit le public en erreur sur l'origine des produits, la nationalité de l'utilisateur, ou sur de prétendus rapports privilégiés avec l'autorité ¹.

La nécessité d'assurer une protection à ces attributs de souveraineté au niveau international s'est très tôt fait ressentir car ces derniers sont particulièrement vulnérables à l'étranger. Elle a trouvé sa concrétisation par l'adoption dans la CUP d'un article 6 *ter* ² dont nous reproduisons les passages les plus importants relatifs à notre objet :

«¹ a) Les pays de l'Union conviennent de refuser ou d'invalider l'enregistrement et d'interdire, par des mesures appropriées, l'utilisation, à défaut d'autorisation des pouvoirs compétents, soit comme marque de fabrique ou de commerce, soit comme élément de ces marques, des armoiries, drapeaux et autres emblèmes d'Etat des pays de l'Union, signes et poinçons officiels de contrôle et de garantie adoptés par eux, ainsi que toute imitation au point de vue héraldique.

...

³ a) Pour l'application de ces dispositions, les pays de l'Union conviennent de se communiquer réciproquement, par l'intermédiaire du Bureau international, la liste des emblèmes d'Etat, signes et poinçons officiels de contrôle et de garantie, qu'ils désirent ou désireront placer, d'une façon absolue ou dans certaines limites, sous la protection du présent article, ainsi que toutes modifications ultérieures apportées à cette liste. Chaque pays de l'Union mettra à la disposition du public, en temps utile, les listes notifiées.

Toutefois, cette notification n'est pas obligatoire en ce qui concerne les drapeaux des Etats.

...

⁹ Les pays de l'Union s'engagent à interdire l'usage non autorisé, dans le commerce, des armoiries d'Etat des autres pays de l'Union, lorsque cet usage sera de nature à induire en erreur sur l'origine des produits. »

La protection des armoiries est tout d'abord assurée par l'engagement pris par les pays membres de refuser ou d'invalider leur enregistrement et d'interdire leur utilisation. Toutefois, cette disposition (1^{er} al., let. a) ne couvre que l'emploi comme marque de fabrique ou de commerce, que cette dernière soit enregistrée ou non ³, à l'exclusion des marques de service ⁴.

Si nous établissons un parallèle entre la LPAP et la CUP, nous constatons que le champ d'application de l'article 6 *ter*, 1^{er} al., let. a, CUP est à peu près identique à celui

1 Bodenhausen p. 99; Ladas Vol. II p. 1240

2 *Supra* p. 24

3 Antoniazzi p. 110; Bodenhausen p. 99; Ladas Vol. II p. 1245

4 Bodenhausen p. 99

des articles 1 et 2 LPAP. Il convient cependant de rappeler que l'article 2 LPAP saisit non seulement l'usage à titre de marque mais encore tout emploi à des fins commerciales sur des produits.

Les autorités compétentes de l'Etat dont l'emblème est en jeu ont la possibilité d'accorder des autorisations à des particuliers en vue de l'utilisation dudit emblème. Le législateur suisse n'a pas retenu cette possibilité contrairement aux propositions de certains milieux économiques. Il en découle que les armoiries fédérales, qui, soit dit en passant, bénéficient automatiquement de la protection accordée par l'article 6 *ter* sans qu'il ait fallu procéder à leur notification par l'intermédiaire du Bureau international (art. 6 *ter*, 3^e al. let. a), ne peuvent être ni enregistrées ni utilisées comme marques dans aucun des pays de l'Union.

L'article 6 *ter* englobe également les imitations au point de vue héraldique. Cette restriction « au point de vue héraldique » a été insérée parce que les marques contiennent fréquemment des signes communs : lion, ours, aigle, etc. On entendait ainsi éviter de restreindre par trop le choix des sujets pour composer une marque⁵. Cette solution est malheureuse et enlève à la disposition une bonne partie de son efficacité. Une imitation, même si elle ne répond pas aux règles de l'héraldique, peut provoquer la confusion avec un emblème protégé et certains commerçants ne se privent pas de s'adonner à pareilles pratiques⁶. Lors de la Conférence de Lisbonne, l'opposition des Etats-Unis a empêché de biffer cette restriction.

« Le résultat du vote montre toutefois que cette limitation est jugée inopportune par la plus grande partie des Etats unionistes et qu'ils ne la considèrent pas comme impérative »⁷.

A la Conférence de La Haye en 1925, la Suisse désirait voir interdire tout usage, dans un but commercial, des armoiries d'Etat⁸. De cette proposition, il n'est resté que l'interdiction de l'usage susceptible d'induire en erreur sur l'origine des produits (9^e al.). Cet alinéa élargit quelque peu le champ d'application de l'article 6 *ter*, 1^{er} alinéa, puisqu'il l'étend à l'usage commercial non à titre de marque pour des produits : utilisation sur des prospectus, factures, papiers d'affaires, dans des vitrines, etc. Le risque objectif de tromperie suffit pour invoquer la CUP même en l'absence d'intention dolosive⁹. Le 9^e alinéa correspond en partie seulement à l'article 3 LPAP car il se limite aux produits et n'offre pas de possibilité d'intervention dans le domaine des services.

En limitant sa protection aux armoiries utilisées en rapport avec des produits, l'article 6 *ter* est fort lacunaire à notre sens au vu de l'évolution dans le secteur tertiaire. Très souvent les armoiries sont destinées à promouvoir des services et, dans ce contexte, ne bénéficient pas du régime de l'article 6 *ter*. Il en va de même pour l'emploi des armoiries dans des raisons de commerce. En certaines occasions, il est possible de recourir certes aux dispositions sur la concurrence déloyale (art. 10 *bis* CUP). Cette protection est cependant aléatoire dans la mesure où chaque pays connaît ses propres définitions en la matière.

L'application de l'article 6 *ter* dans les pays membres s'opère par le biais du droit des marques et celui de la concurrence déloyale. De nombreuses législations prévoient expressément l'impossibilité d'enregistrer les marques munies d'armoiries¹⁰. Nous relevons les exemples suivants : Espagne (art. 124 du statut de la propriété industrielle n° 1789 du 26.7.1929), France (art. 3 de la loi sur les marques n° 64-1360 du 31.12.1964), Italie

5 Bodenhausen p. 100; Ladas Vol. II p. 1243

6 Antoniazzi pp. 109-110

7 FF 1961 I 1337, voir par exemple GRUR int. 1960/73

8 PI 1925/242

9 Antoniazzi p. 110; Ladas Vol. II p. 1245

10 Ladas Vol. II p. 976

(art. 18 du décret royal n° 929 du 21.6.1942 contenant les dispositions législatives en matière de brevets pour marques d'entreprise), Japon (art. 4 de la loi sur les marques n° 127 du 13.4.1959), RFA (art. 4 de la loi sur les marques du 2.1.1968), Royaume-Uni (art. 15 et 17 du règlement sur les marques de 1938), USA (art. 1052b de l'U.S. Code 15, chapitre 22 – Lanham Act de 1946). L'examen auquel l'autorité d'enregistrement procède joue un rôle de filtrage en empêchant souvent que des armoiries n'apparaissent comme marques. C'est une sorte de contrôle automatique opéré à la source.

Il est bien sûr loisible au déposant d'ajouter l'emblème après coup sans requérir l'enregistrement. Un tel scénario échappe au droit des marques. Il appartient dès lors aux concurrents d'invoquer les dispositions sur la concurrence déloyale, à défaut de loi spéciale, à l'encontre de l'usurpateur, comme dans les exemples suivants.

Chocosuisse avait, en s'appuyant sur l'arrêté royal n° 55 du 23.12.1934 protégeant les producteurs, commerçants et consommateurs contre certains procédés tendant à fausser les conditions normales de la concurrence, assigné une entreprise belge en justice, parce qu'elle recourait à une imitation des armoiries fédérales. Statuant sur appel et donnant gain de cause à Chocosuisse, la Cour de Bruxelles relevait ¹¹ :

« Attendu que la croix blanche sur disque rouge prête à confusion certaine avec l'écusson rouge à croix blanche constituant la croix fédérale suisse ; que l'application d'un emblème national sur un produit, et ce malgré les mentions imprimées se rapportant à l'emplacement de l'usine, peut faire croire, surtout à des consommateurs appartenant à des classes peu lettrées, que le produit provient réellement du pays dont il porte l'emblème national et alors que l'emballage est par ailleurs orné d'une vignette du même pays et d'une mention écrite s'y rapportant ; que le premier juge a d'ailleurs émis le souhait que l'intimé cessât l'emploi de la croix blanche sur disque rouge tout en estimant à tort que cet emploi ne tombait pas sous l'empire de l'arrêté royal de 1934. »

L'« Oberste Gerichtshof » autrichien a considéré comme déceptif au sens de l'article 2 ÖUWG (1923) l'emploi par une entreprise autrichienne des armoiries fédérales notamment sur son papier à lettre ¹².

Enfin, le Bundesgerichtshof allemand a estimé illicite au regard de l'UWG le fait d'entourer un salami fabriqué en Allemagne avec une banderole imitant le drapeau hongrois ¹³.

Dans le cadre des travaux de révision de la CUP, qui compte 97 membres, il est prévu de compléter l'article 6 *ter*, 1^{er} alinéa, lettre *a*, de façon à protéger également les noms officiels des pays membres. Il ne faut toutefois pas s'attendre à une entrée en vigueur prochaine de cette modification car la révision butte sur des difficultés en relation avec d'autres dispositions.

Section 10: Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne

Cette convention, qui compte 161 membres et dont nous avons suivi les développements

11 RIPIA 1951/109

12 GRUR Int. 1980/242: ÖBL 1979/97

13 GRUR 1981/666

historiques à la section 2, § 2¹⁴, prévoit expressément la protection des armoiries fédérales comme en témoigne l'article 53, 2^e alinéa :

« En raison de l'hommage rendu à la Suisse par l'adoption des couleurs fédérales interverties et de la confusion qui peut naître entre les armoiries de la Suisse et le signe distinctif de la Convention, l'emploi par des particuliers, sociétés ou maisons de commerce, des armoiries de la Confédération suisse, de même que tout signe en constituant une imitation, soit comme marque de fabrique ou de commerce ou comme élément de ces marques, soit dans un but contraire à la loyauté commerciale, soit dans des conditions susceptibles de blesser le sentiment national suisse, sera interdit en tout temps. »

Deux raisons principales ont poussé les Etats membres à adopter ce régime, deux raisons qui relèvent toutefois de la même cause. On se souvient que bien des particuliers avaient choisi d'apposer l'emblème fédéral sur leurs produits pour pallier l'interdiction générale de recourir au signe de la Croix-Rouge¹⁵. Ils souhaitaient continuer de bénéficier de l'estime universelle dont ce dernier jouit¹⁶. Ces pratiques, d'une part, tournaient en dérision l'hommage que les Conférences diplomatiques souhaitaient rendre à la Suisse par l'adoption des couleurs interverties. D'autre part, elles provoquaient un risque de confusion dans l'esprit du public vu la similitude des deux signes en question.

« De tels abus tendent à induire en erreur : lorsqu'un produit porte la croix rouge ou la croix blanche sur fond rouge, le public y trouve plus ou moins consciemment une sorte de garantie d'hygiène ; il est enclin à penser qu'il s'agit d'un produit comestible ou pharmaceutique, qu'un contrôle sanitaire a été effectué. Abuser de ces signes, c'est s'attribuer, de façon peu loyale, une réputation qui appartient à autrui. »¹⁷

C'est donc dans le souci d'accorder la protection la plus efficace possible à la croix rouge que le législateur international en est venu à englober l'emblème fédéral. Toutefois, cet article 53, 2^e alinéa, est généralement invoqué pour empêcher que le drapeau suisse ne soit employé d'une manière susceptible de tromper le public sur l'origine géographique des produits ou services offerts. En ce sens, il complète admirablement bien l'article 6 *ter* CUP, car il ne s'applique pas seulement en rapport avec des produits. De plus, même les imitations non héraldiques sont couvertes¹⁸. A certains égards, cette disposition de la CG est plus étendue que les articles 2 et 3 LPAP puisqu'elle interdit tout usage de nature à blesser le sentiment national suisse même en l'absence d'un but commercial. Pour le reste, eu égard à la réalité pratique, ce texte est particulièrement précieux en ce qu'il prohibe l'usage à titre de marque (apposition sur les produits) et la présence déceptive des armoiries dans des raisons de commerce, sur des enseignes, des annonces, des prospectus, des papiers d'affaires (« but contraire à la loyauté commerciale »).

Dans les dispositions d'application de la CG sur leur territoire, de nombreux Etats membres ont légiféré sur les armoiries fédérales, parmi lesquels nous citerons deux exemples :

USA article 708 18 United States Code

« Quiconque, soit une corporation, une société, une société non établie, une association ou une personne, sur le territoire des Etats-Unis, utilise intention-

14 p. 27

15 Idem

16 Pictet p. 61

17 Pictet p. 62

18 Pictet pp. 62-63

nellement comme marque de commerce, label commercial ou comme élément de marque de commerce ou de label commercial, ou comme réclame ou sigle pour une activité commerciale ou en faveur d'une organisation, ou dans n'importe quel but commercial, les armoiries de la Confédération suisse consistant en une croix blanche, dont les branches sont de dimensions égales, sur un fond rouge, ou une imitation, sera puni d'une amende jusqu'à 500 \$ et/ou de l'emprisonnement pour un an au plus.» (Traduction de l'auteur)

RFA article 125 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten

«Quiconque utilise les armoiries de la Confédération suisse sans autorisation commet une infraction.

...

L'infraction est passible d'une amende.» (Traduction de l'auteur)

Ce réseau de prescriptions nationales chapeauté par la disposition conventionnelle joue un rôle préventif important. Face à cette protection octroyée de manière expresse et souvent ancrée dans la législation nationale de leur pays, les usurpateurs souvent renoncent à un emploi illicite sans que les tribunaux soient contraints d'intervenir. Les représentations diplomatiques suisses à l'étranger obtiennent de fréquents succès en intervenant directement auprès des contrevenants sur la base de l'article 53 CG et, le cas échéant, des dispositions d'application.

Section II : Traités bilatéraux

A l'époque de l'élaboration de la LPAP, le législateur avait en vue l'idée de conclure des accords bilatéraux afin d'assurer aux armoiries une meilleure protection que celle garantie par les deux conventions que nous venons d'examiner ¹⁹.

Nous constatons avec le recul que cette voie n'a jamais été empruntée et pouvons affirmer qu'elle ne le sera pas, du moins pas à court ou à moyen terme.

De plus, aucun des traités bilatéraux conclus par notre pays dans le domaine du commerce extérieur ou de la propriété industrielle ne touche directement les armoiries.

Chapitre 4: Droit comparé

Section 12: Droit allemand

Après avoir disséqué la législation suisse en la matière, nous allons quelque peu sortir des frontières de la Suisse pour examiner les conceptions qui prévalent chez deux de ses voisins. Arrêtons-nous tout d'abord au droit allemand. En Allemagne, les armoiries fédérales sont composées de l'aigle noir sur fond or alors que le drapeau fédéral est formé de trois bandes horizontales aux couleurs noire, rouge et or ¹.

A) Le législateur allemand a également eu pour souci de préserver les emblèmes étatiques de toute utilisation à des fins commerciales ^{1a}. Le but recherché est notamment d'empêcher qu'un particulier ne s'adjuge un monopole sur un emblème de souveraineté et de bannir tout emploi susceptible de tromper le public sur la provenance des produits ². C'est donc tout à fait logiquement que la loi sur les marques du 2 janvier 1968, à son article 4, exclut de l'enregistrement les marques contenant des armoiries ou drapeaux d'Etat ou autres emblèmes de souveraineté.

Il appartient à l'autorité d'enregistrement de vérifier si cette disposition est respectée et, au besoin, de rejeter le dépôt d'office ³. La marque est refusée non seulement lorsqu'elle se compose exclusivement de l'emblème protégé mais également lorsque ce dernier n'en constitue qu'un élément parmi d'autres ⁴. Le refus s'étend aussi aux représentations qui prêtent à confusion avec le signe original ⁵.

La loi sur les marques prohibe en plus le simple fait d'utiliser les armoiries et drapeaux en vue de distinguer des marchandises (art. 27). Peu importe que le signe protégé soit apposé sur les produits, leur emballage, les papiers d'affaires ou les réclames ⁶.

Toute utilisation, à défaut d'autorisation des autorités compétentes, est passible d'une peine d'amende de 500 à 10.000 DM, à condition que l'auteur ait agi avec intention ⁷. Pour Hartgen et Althammer, la négligence est également punissable ⁸. La poursuite a lieu d'office.

L'article 27 s'applique indifféremment aux marques enregistrées ou non. Le fait qu'une marque soit enregistrée exclut que le titulaire ait commis une faute au regard de cette disposition ⁹. L'enregistrement ne lie toutefois pas les tribunaux et la marque litigieuse peut faire l'objet d'une procédure en radiation (art. 10, 2^e al., ch. 2 loi sur les marques). En cas de condamnation, les signes illicites sur les objets sont supprimés ou, si c'est possible, les objets sont détruits (art. 30 loi sur les marques).

L'emploi des armoiries allemandes est en plus réprimé de façon générale par l'article 124 de l'Ordnungswidrigkeitengesetz dans la version de la loi d'introduction au code pénal du 2 mars 1974. Contrairement à l'article 27 de la loi sur les marques,

1 Wappen und Flaggen der Bundesrepublik Deutschland und der Bundesländer

1a Althammer p. 91

2 Reiner p. 110; Busse pp. 149, 520

3 Baumbach/Hefermehl « Warenzeichenrecht » p. 366

4 Althammer p. 91; Busse p. 152

5 Althammer p. 91; Reiner p. 110

6 Hartgen p. 384; Baumbach/Hefermehl « Warenzeichenrecht » p. 847

7 Baumbach/Hefermehl « Warenzeichenrecht » p. 847; Busse p. 522

8 Hartgen p. 384; Althammer p. 282

9 Busse p. 521; Althammer p. 282

l'article 124 ci-dessus punit le simple emploi et non pas seulement celui destiné à distinguer des marchandises.

Nous relèverons enfin que les armoiries sont protégées par le biais de l'UWG dans la mesure où elles sont de nature à induire le public en erreur sur l'origine des marchandises¹⁰, sur la nationalité d'une entreprise, etc. Le caractère éventuellement trompeur s'apprécie en fonction de l'avis des consommateurs¹¹.

Vu la jurisprudence presque inexistante, la législation sur les armoiries ne semble pas donner lieu à des problèmes particuliers en RFA.

- B) En tant qu'incarnation de la souveraineté étatique, les emblèmes sont également protégés pour eux-mêmes contre les différentes déprédations dont ils pourraient être victimes. Les offenses portées aux drapeaux et insignes de souveraineté tombent sous le coup du code pénal (art. 90a) dans la mesure où l'auteur agit avec conscience et volonté¹²; peu importe qu'il n'y ait pas intention de porter atteinte à l'Etat ni à l'ordre constitutionnel¹³.

Le 1^{er} alinéa traite des injures (Verbalinjurien)¹⁴ portées publiquement à l'encontre des emblèmes dans le cadre d'une assemblée ou par la diffusion d'écrits ou de reproductions. L'acte est réputé perpétré en public si un nombre indéterminé de personnes qui n'ont pas forcément de liens entre elles entendent les injures prononcées par l'auteur. Celui qui s'adresse à un cercle restreint de personnes et espère par là que ses propos seront répandus par celles-ci dans le public n'agit pas publiquement¹⁵. L'assemblée (Versammlung) est une réunion temporaire d'un grand nombre de personnes pour un objectif commun : réunion politique, culturelle, scientifique¹⁶. La diffusion (Verbreiten) tend au transfert d'un écrit ou d'une reproduction à un cercle de personnes incontrôlables. La remise du premier exemplaire constitue déjà une diffusion, peu importe que tous les destinataires potentiels n'en reçoivent pas un. La remise d'un exemplaire à des personnes précises en vue d'une simple lecture n'est pas une diffusion, de même que la cession de celui-ci à un éditeur pour examen ou le fait de l'abandonner dans un compartiment de train¹⁷.

Le 2^e alinéa punit les « injures matérielles » (Realinjurien) à l'encontre des drapeaux de la République arborés publiquement. Ils sont considérés comme arborés publiquement dès qu'ils sont visibles de tous; peu importe qu'ils soient hissés sur le domaine public ou privé, par un organe de l'Etat ou un particulier. La disposition couvre notamment les emblèmes de souveraineté arborés par une autorité pour mettre en évidence la souveraineté étatique (aigle fédéral hissé sur un ministère, armoiries sur une borne de frontière). Un tel signe employé comme décoration lors d'une fête n'est pas protégé¹⁸. Nous passons rapidement en revue les comportements punissables. Enlever (entfernen) signifie éloigner le drapeau de l'endroit où il est fixé au moment de l'infraction¹⁹. Endommager (beschädigen) consiste à porter atteinte à la chose elle-même de façon à compromettre fortement l'utilisation pour laquelle elle est

10 GRUR 1920/326

11 GRUR 1981/666; GRUR 1979/861

12 Dreher p. 458

13 Schönke-Schröder p. 909

14 Maurach p. 575

15 Dreher p. 541; Schönke-Schröder p. 986

16 Dreher p. 421; Schönke-Schröder p. 908

17 Dreher p. 171; Schönke-Schröder p. 1293

18 Dreher p. 457; Schönke-Schröder p. 910; Maurach pp. 575-576

19 Dreher p. 457; Schönke-Schröder p. 955

prévue (brûler ou souiller partiellement l'objet)²⁰. Détruire implique la disparition de la chose à tel point qu'il n'y a plus d'emploi possible. Le fait de rendre méconnaissable (*unkenntlich*) ou inutilisable (*unbrauchbar*) est réalisé dès que l'emblème perd sa signification symbolique ou ne remplit plus sa fonction (barbouillage)²¹. Nous relevons enfin que pour profaner un emblème, il suffit de lui manifester son mépris de manière grossière par exemple par des crachats²².

C) Le système de protection mis en place par le législateur allemand quant à une utilisation commerciale des armoiries nationales est finalement assez proche du système suisse, et pour cause, car il découle aussi de l'article 6 *ter* CUP. Le régime juridique est plus simple qu'en Suisse mais aussi plus strict. L'interdiction ne se limite pas à l'apposition sur les produits mais touche également l'emploi sur les papiers d'affaires et dans la publicité, ce qui nous paraît assez sévère.

Face aux dispositions du code pénal allemand, l'article 270 CPS semble bien étroit. Son application est limitée aux *actions*, par opposition aux paroles et aux écrits, commis par *malveillance*, ce que n'exige pas le code allemand, à l'encontre d'emblèmes de souveraineté *arborés par une autorité*. Nous avons vu que l'article 90a (code allemand) protège les drapeaux étatiques arborés publiquement, que ce soit le fait d'une autorité ou d'un particulier.

Section 13 : Droit français

En France, les emblèmes étatiques sont avant tout traités dans la loi sur les marques du 31 décembre 1964. Les armoiries nationales sont composées de faisceaux de licteurs entourés de feuilles de chêne et d'olivier et des indications « liberté », « égalité », « fraternité » alors que le drapeau national est formé de trois bandes verticales aux couleurs bleue, blanche et rouge.

Selon l'article 3, les signes exclus par l'article 6 *ter* CUP ne peuvent constituer une marque ni en faire partie²³. Si la présence des armoiries publiques dans une marque n'a pas toujours été considérée comme illicite, il semble aujourd'hui que le principe d'exclusion prévu à l'article 3 s'applique également aux emblèmes français²⁴. Les armoiries ne peuvent être adoptées ni en forme isolée ni en forme combinée²⁵. Cette interdiction ne frappe que les emblèmes officiels²⁶. Le recours aux couleurs bleu, blanc, rouge de façon fantaisiste échappe à la loi :

« C'est à tort que le Directeur de l'I.N.P.I. a rejeté le dépôt, pour désigner des produits des classes 5, 29 et 30, d'une marque constituée par les lettres P et J entrelacées et stylisées dans la forme d'un coq de fantaisie, le trait des lettres s'imprimant en bleu, blanc et rouge, la crête et les barbillons de l'oiseau étant rouges et son bec bleu.

20 Dreher p. 2257; Schönke-Schröder p. 1899

21 Dreher p. 1221; Schönke-Schröder p. 956

22 Dreher p. 457

23 Voir Art. 6 *ter* CUP pp. 71 ss.

24 Saint-Gal « Protection des marques », D 13; Vigier p. 85; Chavannes/Burst p. 374

25 Annales 1965 p. 15; Mathély p. 757

26 Mathély p. 62

En effet, l'utilisation dans une marque figurative de l'une, de deux ou de plusieurs des couleurs fondamentales, que sont le bleu, le blanc et le rouge, n'est pas en soi contraire aux dispositions de l'article 3 de la loi de 1964.

Le coq n'est pas actuellement utilisé par l'Administration française comme symbole de l'Autorité publique, et ne compte pas au nombre des emblèmes notifiés à l'O.M.P.I.

L'utilisation du bleu, du blanc et du rouge pour figurer un coq ne suggère pas que la marque émane d'un Organisme officiel, alors surtout qu'en l'espèce le graphisme déposé est stylisé et empreint d'un haut degré de fantaisie. »²⁷

Dans le cadre de la procédure d'enregistrement, l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) examine d'office si la marque satisfait aux conditions posées à l'article 3²⁸. Les marques munies d'armoiries ou de drapeaux étatiques sont rejetées. « Le rejet du dépôt est une sanction qui s'analyse comme le refus de donner existence à la marque »²⁹. L'enregistrement d'un emblème étatique par l'INPI n'empêche pas un tribunal de grande instance de prononcer par la suite son annulation³⁰. Une telle marque est frappée de nullité absolue. Tout intéressé peut s'en prévaloir et ester en justice³¹. « La nullité de la marque est la sanction civile de son défaut de validité »³².

La loi sur les marques prévoit des sanctions pénales à l'article 29 qui se borne à compléter le code pénal d'un nouvel article 422-2. Selon cette disposition, seront punis d'une amende de 500 FF à 5000 FF et d'un emprisonnement de quinze jours à six mois ou de l'une de ces deux peines seulement ceux qui auront fait figurer dans leurs marques des signes dont l'emploi est prohibé par la législation sur les marques. L'infraction est donc réalisée déjà par le seul dépôt même en l'absence de mauvaise foi³³. Cette réglementation est particulièrement stricte. De plus, il est interdit d'utiliser les signes protégés par l'article 6 *ter* CUP à titre de marque. Cela couvre non seulement l'emploi sur des produits mais également dans la publicité, sur des catalogues, papiers d'affaires, etc.³⁴.

Sans pour autant former un emblème officiel ni une imitation au point de vue héraldique, un signe affichant les couleurs nationales peut se voir refuser toute protection s'il crée la confusion avec un service officiel³⁵. Ensuite, le simple emploi d'un emblème (non à titre de marque) susceptible de créer un risque de tromperie quant à la provenance des produits ou à la nationalité de l'entreprise expose l'utilisateur à des sanctions pénales en vertu de la loi du 26 mars 1930³⁶, dont l'article premier stipule :

« Quiconque sur des produits naturels ou fabriqués, détenus ou transportés en vue de la vente, mis en vente ou vendus en France, ou sur des emballages, caisses, ballots, enveloppes, bandes, étiquettes, etc., aura apposé ou sciemment utilisé une marque de fabrique ou de commerce, un nom, un signe ou une indication quelconque de nature à faire croire, s'ils sont étrangers, qu'ils ont été fabriqués en France ou qu'ils sont d'origine française et, dans tous les cas, qu'ils ont une origine différente de leur véritable origine française ou étrangère, sera puni des

27 Annales 1980/369

28 Saini-Gal « Protection des marques » J 7

29 Vigier p. 155

30 Vigier p. 155

31 Chavannes/Burst p. 413

32 Vigier p. 154

33 Chavannes/Burst p. 378; Mathély p. 65

34 Mathély p. 319

35 Annales 1978/48

36 Annales 1972/84; Annales 1963/234

peines prévues par l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1905, sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu. »

La protection des armoiries en droit français repose sur les mêmes bases que celles des droits suisse et allemand, à savoir l'article 6 *ter* CUP. Dans les trois pays, l'enregistrement des emblèmes étatiques et leur utilisation comme marque sont prohibés. Rien de plus normal aussi que l'emploi trompeur soit interdit. Ce point touche à la loyauté dans les affaires et de façon plus générale à l'ordre public. Les divergences apparaissent dans l'utilisation commerciale non à titre de marque. Nous assistons à une graduation dans la sévérité en partant du droit français pour aboutir au droit allemand avec la législation suisse entre deux.

TITRE DEUXIÈME PROTECTION DE L'INDICATION «SUISSE»

Chapitre 5: Historique

Section 14: Origine des signes distinctifs

Dans le commerce, le nom «Suisse» sert avant tout à distinguer les produits. En tant que signe distinctif, il relève principalement du droit des marques et des indications de provenance. Nous allons brièvement retracer les étapes ayant jalonné l'histoire de ces signes.

Les plus anciens signes distinctifs semblent avoir été les marques de propriété appliquées par les peuples pasteurs sur les animaux de leurs troupeaux ¹. D'aucuns font remonter l'origine des marques à la civilisation égyptienne ². L'introduction de ces signes n'a pas été uniforme, elle dépendait du niveau culturel et du développement des échanges.

On trouve des inscriptions sur des objets provenant de la civilisation grecque. De manière générale, on ne sait toutefois si elles constituaient la signature de l'artisan, le nom du propriétaire, l'indication du lieu de fabrication ou l'attestation du paiement d'un tribut ³. Dunant pense lui que certains objets portaient assurément des marques ^{3a}. Il n'est pas possible de déterminer si les marques étaient protégées ⁴.

Il ne fait par contre guère de doute que sous l'époque romaine les objets (poterie, sculpture, objets en or ou en argent) portaient couramment des inscriptions formant soit des marques soit des indications d'origine ⁵. Certains produits réputés se voyaient désignés par le lieu de provenance: vin de Falerne, pourpre de Tyr, marbre de Phrygie, prunes de Damas ⁶. Rien ne permet de supposer cependant que le législateur romain ait ébauché un semblant de protection en la matière ⁷. Selon Dunant, il devait exister une surveillance liée à la police des marchés ⁸.

Au moyen âge et sous l'ancien régime, la présence des signes distinctifs était liée au développement des corporations. L'artisan apposait un sigle attestant son appartenance au corps de métier. Ce poinçon jouait le rôle de garantie de bienfaisance destinée à protéger le public contre la fraude ⁹. Le régime sévère des corporations assurait une protection indirecte aux consommateurs. En plus, l'artisan pouvait, ou devait selon les cas, ajouter

1 De Gottrau p. 2; Jaton p. 2

2 Antoniazzi p. 9

3 Ladas Vol. 1 p. 3; Antoniazzi p. 10

3a Dunant p. 1

4 Antoniazzi p. 10; de Gottrau p. 2; Dunant p. 3

5 Antoniazzi p. 10; Jaton p. 3; Ladas Vol. 1 p. 4; Plaisant/Fernand-Jacq p. 2; de Gottrau p. 2; Dunant pp. 5 ss.

6 Paisant/Fernand-Jacq p. 2; de Gottrau p. 3

7 Antoniazzi p. 10; Jaton p. 4; Ladas Vol. 1 p. 4

8 Dunant p. 8

9 De Gottrau p. 4; Plaisant/Fernand-Jacq p. 5; Ladas Vol. 1 p. 4

une marque individuelle afin qu'il soit identifiable ¹⁰. Il s'agissait de marques servant plus l'intérêt public que l'intérêt privé. Elles n'avaient pas la même fonction que les marques que nous connaissons aujourd'hui.

On relève l'utilisation de marques dans le domaine de la papeterie depuis le XIII^e siècle. Très tôt, les orfèvres aussi eurent recours aux marques, souvent par obligation ¹¹. Le statut des orfèvres d'Amiens en 1376 prescrivait l'emploi d'une marque individuelle ¹².

Les fraudes étaient durement réprimées, ainsi cet édit de Charles-Quint de 1564 qui condamnait à avoir le poignet droit coupé, après avoir été exclu du métier, celui qui contrefaisait, falsifiait ou enlevait la marque d'un autre ¹³.

Si beaucoup de textes de l'époque renseignent sur les marques, peu en revanche sont consacrés aux indications de provenance, ce qui témoigne de la différence d'intérêt qu'on manifestait à l'égard de ces deux notions. Cependant, à côté des marques officielles et individuelles, il semble que l'artisan appliquait parfois, ou devait selon les circonstances appliquer, un signe désignant le lieu de fabrication ¹⁴. Une ordonnance de l'échevin d'Abbeville, au XIV^e siècle, dispose qu'interdiction est faite à tout orfèvre de vendre un travail quelconque en argent dépourvu de la marque de la ville ¹⁵. Les marchandises débarquées par les Flamands en 1377 portaient une indication du lieu d'origine: Ypres, Enghien, Bruxelles ¹⁶. Au XVI^e siècle, un édit de l'électeur palatin punissait de la pendaison le tavernier qui trompait le client sur la provenance du vin ¹⁷. Un vœu du tiers état présenté aux Etats-Généraux de 1614 invitait le gouvernement à déclarer saisissables en tous lieux les produits étrangers portant la marque ou le nom d'un commerçant français ¹⁸.

Les marques suisses les plus anciennes semblent remonter au XV^e siècle; elles étaient apposées sur des armures ¹⁹. Dès la seconde moitié du XV^e siècle, les objets en or et ceux en argent portent l'estampille de la ville ou du canton où ils ont été fabriqués ²⁰. Ces estampilles accompagnaient généralement les marques des fabricants dont les plus anciennes étaient fribourgeoises. Ce principe du double marquage était également de mise dans la fabrication de l'étain dès le XVI^e siècle ²¹. Dans ce même siècle, la crose de Bâle devint très célèbre comme signe des papetiers de la cité rhénane. Elle fut l'objet de nombreux abus de la part d'autres confédérés et d'étrangers ²².

La liberté du commerce et de l'industrie, promulguée par la Révolution française, conduisit à l'abolition du régime des corporations. Ce changement va, d'une part, provoquer un nouvel essor du commerce et de l'industrie et, d'autre part, priver les marques et les indications de provenance de toute protection ²³. Pour s'attirer une clientèle, certains n'hésitaient pas à usurper des noms de centres de production célèbres. Devant la fréquence et l'ampleur des abus, les signes distinctifs ont vu leur crédit subir de sérieuses

10 De Gottrau p. 4; Dunant pp. 21 ss.

11 Dunant pp. 17 ss.

12 Dunant p. 21

13 De Gottrau p. 5; Dunant p. 32

14 De Gottrau p. 6; Plaisant/Fernand-Jacq p. 5; Jaton p. 5

15 Jaton p. 5

16 De Gottrau p. 6; Plaisant/Fernand-Jacq p. 5

17 De Gottrau p. 5; Dunant p. 32; Plaisant/Fernand-Jacq p. 10

18 Plaisant/Fernand-Jacq p. 27

19 Dunant p. 42

20 De Gottrau p. 6; Jaton p. 5

21 Dunant pp. 43 ss.

22 Antoniazzi p. 21; Dunant p. 46, 64

23 De Gottrau p. 7; Jaton p. 9

atteintes²⁴. Ce n'est toutefois qu'au XIX^e siècle qu'on commença à légiférer en ce domaine²⁵.

En Suisse, la poursuite des infractions incombait aux cantons. Certains d'entre eux prirent des dispositions dans le code pénal ou dans une législation industrielle spéciale. Bâle, le premier, a interdit par décret du 12 juin 1817 l'emploi des noms, armes et marques d'autrui. Ce texte fut remplacé par une loi correctionnelle en 1846 puis par l'article 72 du code pénal de 1872. Zurich adopta une loi sur l'industrie en 1832. Elle resta pourtant lettre morte. Ces deux pionniers furent suivis par d'autres cantons qui instituèrent des prescriptions en la matière : Berne (1849), Fribourg (1849), Saint-Gall (1852). Seul Genève, sous l'influence française, élaborait une loi sur les marques (1862)²⁶. Ce régime disparut avec l'adoption de la loi fédérale sur les marques de 1879.

Section 15: Adoption des conventions multilatérales

§ 1: Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle

Dans le titre précédent, nous avons brièvement passé en revue les circonstances qui ont conduit à l'adoption de la CUP en 1883²⁷. Le système de protection mis en place à l'époque en faveur des indications de provenance reposait sur les articles 9 et 10. Selon l'article 9, tout produit portant illicitement une marque ou un nom commercial pouvait être saisi à l'importation à la requête, soit du ministère public, soit de la partie intéressée. L'article 10 étendait cette disposition à tout produit portant faussement, comme indication de provenance, le nom d'une localité déterminée, lorsque cette indication était jointe à un nom commercial fictif ou emprunté dans une intention frauduleuse. Était réputé partie intéressée tout fabricant ou commerçant engagé dans la fabrication ou le commerce de ce produit, et établi dans la localité faussement indiquée comme provenance²⁸.

Cet article 10 était fort restrictif puisqu'il limitait à deux le nombre de cas entraînant l'application des sanctions prévues à l'article 9 : le plus fréquent, selon les auteurs du texte, était celui où la fausse indication de provenance était accompagnée d'un nom commercial supposé – « celui qui ne correspond à aucune personne établie dans la localité indiquée »²⁹ –, auquel on a ajouté celui où la fausse indication était empruntée dans une intention frauduleuse – « il (le nom commercial) appartient bien à un négociant ou à un fabricant établi dans la localité indiquée, mais sans que celui-ci soit intéressé au commerce ou à la fabrication de la marchandise qui porte son nom »³⁰. L'utilisateur d'une fausse indication de provenance échappait à l'article 10 dès qu'il y joignait son nom³¹.

Très vite, certains pays membres s'inquiétèrent de l'inefficacité de l'article 10. A la première conférence de révision déjà, à Rome en 1886, on proposa d'élargir le champ de

24 De Gottrau p. 8; Jaton p. 9

25 De Gottrau p. 8; Dunant pp. 33 ss.

26 De Gottrau p. 9; Dunant pp. 67 ss.; Antoniazzi p. 21

27 pp. 24 ss.

28 Actes de Paris p. 55

29 Dunant p. 553

30 Dunant p. 553

31 Antoniazzi p. 69

protection en complétant la CUP par deux articles additionnels, mais en vain, car les Actes de Rome ne furent jamais ratifiés ³².

La Conférence de Madrid en 1891 n'engendra pas non plus de modification concernant les dispositions en question. Le seul amendement proposé – il tendait à affaiblir la portée de l'article 9 – avait été rejeté ³³. Par contre, lors de la conférence qui se tint à Bruxelles neuf ans plus tard, on étendit la notion de partie intéressée aux producteurs à côté des fabricants et des commerçants. Jusque-là, la qualité pour agir était octroyée à la partie établie dans la localité fausement indiquée. Dès à présent, il suffisait de résider dans la région où se trouvait cette localité ³⁴. Enfin, il fut inséré un article 10 *bis* accordant le traitement national en matière de concurrence déloyale ³⁵.

A Washington (1911), les propositions visant à modifier l'article 10 n'aboutirent pas ; les résultats obtenus portaient tout d'abord sur l'article 9. De facultative, la saisie devenait obligatoire, ce qui permettait à l'autorité administrative de l'exercer elle-même ³⁶. Si la législation nationale ne comprenait ni la saisie, ni la prohibition à l'importation, ces dernières étaient remplacées par les voies et moyens de droit qui étaient ouverts aux nationaux ³⁷. L'article 10 *bis* était quant à lui remanié en ce sens que tous les pays contractants s'engageaient à accorder aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale ³⁸.

De la conférence de La Haye en 1925, on retiendra surtout l'important complément apporté à l'article 10 *bis*. Ce dernier donnait désormais une définition de la concurrence déloyale : tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. De plus, il citait des exemples de tels actes : risque de confusion, dénigrement ³⁹. La conférence adopta en sus un nouvel article 10 *ter* destiné à assurer des recours légaux appropriés pour réprimer les actes relatifs à notre objet. Il visait également à donner la qualité pour agir aux associations. Nous mentionnons encore que la protection prévue à l'article 10 était élargie aux noms de pays ⁴⁰.

Les tentatives cherchant à protéger les indications fausses de provenance même sans l'adjonction d'un nom commercial fictif ou fallacieux échouèrent également lors de la conférence de Londres en 1934. Toutefois, la notion de partie intéressée fut étendue aux producteurs, fabricants ou commerçants établis dans le pays où la fausse indication était employée ⁴¹. Ce n'est qu'à la suite de la conférence de Lisbonne en 1958 que l'adjonction du nom commercial ne fut plus exigée, donnant ainsi à l'article 10 sa pleine mesure. L'article 10 *bis* fut quant à lui complété par un nouvel exemple de concurrence déloyale, à savoir l'emploi d'indications propres à induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises ⁴².

Depuis lors, les articles 9 à 10 *ter* n'ont plus été touchés. Il convient de relever que dans le cadre de l'actuelle révision de la CUP, à laquelle rappelons-le 97 Etats ont adhéré, il est

32 Actes de Rome pp. 115 ss., 121 ss., 179 ss.

33 Jaton p. 118

34 PI 1898 p. 8 ; Actes de Bruxelles pp. 249 ss.

35 PI 1900 p. 202 ; Actes de Bruxelles pp. 164, 383

36 Coquet p. 250 ; PI 1911 p. 138

37 Coquet p. 251 ; Plaisant/Jacq p. 298

38 PI 1911 pp. 120, 139

39 PI 1925 p. 225

40 Actes de La Haye, p. 547 ; PI 1925 p. 225

41 PI 1934 pp. 94, 154 ; Actes de Londres p. 195

42 PI 1958 p. 207 ; FF 1961 I p. 1290 ; Actes de Lisbonne p. 784

proposé d'inclure un article 10 *quater* relatif à l'enregistrement des indications géographiques à titre de marques. Les travaux n'ont pas encore abouti.

§ 2: *Arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses sur les marchandises*

Nous avons constaté au chapitre précédent que l'article 10 CUP est resté longtemps dénué de toute efficacité en raison des conditions posées à son application. Plusieurs Etats, soucieux de mieux protéger les indications de provenance au niveau international, convinrent d'élaborer un arrangement particulier. C'est ainsi qu'ils signèrent à Madrid en 1891 l'Arrangement concernant la répression des fausses indications de provenance sur les marchandises (AM).

Le principal mérite de ce texte était de frapper de la saisie toute indication quelconque, directe ou indirecte, tendant à induire le public en erreur sur la provenance de la marchandise, même sans l'adjonction d'un nom commercial fictif ou mensonger⁴³. La saisie pouvait être requise, soit par le ministère public, soit pas une partie intéressée, dans le pays où l'acte était commis ou dans celui où le produit était importé.

L'article 4 introduisit une règle supranationale très importante en faveur des appellations vinicoles : seules les autorités du pays d'origine, à l'exclusion des tribunaux des autres pays contractants, étaient en mesure de décider si une telle appellation était générique ou non. Ce privilège concédé à l'industrie vinicole a sans doute dissuadé bien des Etats peu versés dans cette industrie d'adhérer à l'AM.

Il convient de souligner que la saisie ne pouvait être invoquée que dans les Etats qui connaissaient ce moyen.

La conférence de Washington de 1911 élargit l'article 2 de façon à permettre également aux autorités douanières notamment de demander la saisie⁴⁴.

À La Haye en 1925, l'article 1 fut complété par un 5^e alinéa permettant d'appliquer les sanctions prévues par les dispositions des lois sur les marques et les noms commerciaux à défaut de législation spéciale assurant la répression des fausses indications de provenance. L'administration douanière était habilitée désormais à procéder à la saisie provisoire de marchandises portant de fausses indications. La tentative visant à étendre la règle supranationale de l'article 4 à d'autres appellations fut par contre repoussée⁴⁵.

Comme principal résultat de la conférence de Londres en 1934, on retiendra l'adoption d'un nouvel article 3 *bis* selon lequel l'arrangement s'applique aussi lorsque les indications trompeuses figurent sur les enseignes, annonces, factures, papiers de commerce, etc.

Dernière en date des conférences de révision, celle de Lisbonne en 1958 ne donna lieu qu'à une seule modification : l'arrangement ne visait plus seulement les indications fausses mais aussi les indications fallacieuses ; d'où son titre actuel « Arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses sur les marchandises. »⁴⁶ « La fausse indication se rapporte inexactement à un lieu déterminé de production, tandis que l'expression fallacieuse peut se rapporter à une indication d'origine fictive utilisée comme indication de provenance, ou à toute autre indication qui pourrait être considérée de provenance. »⁴⁷

L'AM a été ratifié par 32 Etats.

43 PI 1890 p. 45 ; Actes de Madrid p. 11

44 PI 1911 p. 146

45 PI 1925 pp. 252-253

46 PI 1958 p. 211

47 Actes de Lisbonne p. 792

Section 16: Législation fédérale

§ 1: Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompenses industrielles

La loi sur les marques de 1879 ne traitait pas des indications de provenance, ce qui constitua un des motifs principaux de sa révision 11 ans plus tard⁴⁸. L'absence de réglementation en cette matière permettait d'importer en Suisse des produits munis de fausses indications alors que les marchandises suisses munies d'un libellé trompeur étaient saisies à la frontière d'autres Etats, ceci par le jeu de l'article 9 CUP. Les industriels suisses et notamment l'horlogerie genevoise avaient à souffrir de cette situation⁴⁹. On rencontrait fréquemment le nom « Genève » sur des produits étrangers de moindre qualité et la réputation de cette industrie s'en trouvait atteinte. « Le consommateur distingue la marchandise d'après sa provenance. Mais si, pour assurer l'écoulement de mauvaises marchandises, on munit celles-ci d'une fausse indication de provenance, la confiance du consommateur est trompée, il reconnaît bientôt l'infériorité de la marchandise, qui se révèle par l'usage, et qu'on lui a ainsi escroqué son argent. Il se défie dès lors du nom de l'endroit de fabrication dont il s'agit, d'ailleurs avantageusement connu mais dont on a abusé, et le préjudice matériel considérable causé de cette manière au consommateur lui-même, ne reste pas propre à ce dernier, il s'étend aussi à l'industrie véritable qui, par un discrédit immérité, perd sa bonne renommée et ses débouchés. »⁵⁰

La députation genevoise fit voter au Conseil national en 1886 une motion appelant le Conseil fédéral à présenter un projet de modification de la LMF couvrant les indications de provenance⁵¹. Le projet du Conseil fédéral devint, après quelques péripéties, la LMF de 1890 encore en vigueur et qui protège les indications de provenance aux articles 18 ss.

Au chapitre des modifications, nous signalerons la plus importante à nos yeux, à savoir l'introduction de l'article 18 *bis*, en 1971, qui donne la possibilité au Conseil fédéral de préciser les conditions d'utilisation des indications de provenance. Cette disposition devait servir de base légale à la réglementation de l'indication de provenance suisse pour les montres.

§ 2: Législation contre la concurrence déloyale

L'article 50 du code des obligations de 1881, relatif aux actes illicites (art. 41 du CO), assura le premier une protection uniforme de la concurrence en Suisse⁵². Il était possible d'obtenir réparation en vertu de cette disposition pour les atteintes portées à sa clientèle par exemple en usurpant un nom de lieu⁵³. Les tribunaux ont peu à peu développé une jurisprudence en ce domaine. Cette dernière a reçu une consécration légale par l'adoption d'un nouvel article 48, lors de la révision du droit des obligations en 1911, couvrant spécialement la concurrence déloyale⁵⁴. Selon cet article, toute personne dont la clientèle était

48 Voir section 3 pp. 29 ss.

49 Antoniazzi p. 24; Dunant p. 76; FF 1886 III p. 524

50 FF 1886 III p. 520

51 Antoniazzi p. 25; Dunant p. 75

52 Von Büren p. 15; Schüler pp. 32 ss.

53 Bretscher p. 21; Schüler p. 34

54 Gousenberg p. 216

diminuée ou menacée de l'être en raison de procédés contraires aux règles de la bonne foi pouvait demander la cessation de ces manœuvres et la réparation du préjudice subi. Nul doute que les indications inexactes ou fallacieuses étaient aussi saisies par ce texte ⁵⁵.

Le CO n'octroyait que des moyens de droit civil alors qu'il appartenait aux cantons d'assurer une protection pénale. Ce système n'était pas satisfaisant. D'une part, la répression civile et pénale figurait dans des textes indépendants, d'autre part, la protection était inégale selon les cantons. L'idée d'une réglementation uniforme traitant de l'ensemble du problème se fit jour. Elle déboucha tout d'abord sur l'adoption dans le CPS d'un article 161 qui punissait les allégations mensongères de nature à détourner la clientèle ⁵⁶. Ce ne devait être qu'une étape du processus menant à l'élaboration d'une loi spéciale.

L'article 48 s'était révélé à l'expérience insuffisant et incomplet, les mesures provisionnelles faisaient cruellement défaut, on déplorait l'absence d'une protection pénale efficace car le texte du CPS était restrictif ⁵⁷. Certes, le juge avait en partie comblé les lacunes de l'article 48 CO mais le besoin d'une sanction légale se faisait sentir ⁵⁸.

Les travaux législatifs débutèrent en 1927 pour aboutir à la présentation d'un premier projet du Conseil fédéral en 1934. Faute de consensus, il fut abandonné en 1941. Le deuxième projet fut soumis aux Chambres en 1942 et adopté le 30 septembre 1943. La LCD (1943) entra en vigueur le 1^{er} mars 1945 ⁵⁹.

Devant les développements intervenus dans la vente et la publicité, la LCD (1943) s'est également révélée dépassée. Le besoin se faisait sentir de réglementer notamment la politique des prix d'appel, la publicité comparative et la protection des prestations. Les travaux ont débuté en 1977 sous l'égide du Département fédéral de l'économie publique pour aboutir à la loi du 19 décembre 1986, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1988.

Nous venons d'exposer brièvement la genèse des deux lois les plus importantes à nos yeux en matière d'indication de provenance. Il importe d'avoir à l'esprit que d'autres prescriptions sont applicables selon les circonstances : ordonnance sur les denrées alimentaires, législation cantonale sur les appellations viticoles, droit des raisons de commerce, etc.

55 JdT 1945 pp. 163 ss.

56 Gousenberg p. 228

57 FF 1942 pp. 666 ss.

58 FF 1942 p. 667

59 Von Büren p. 15; Gousenberg pp. 232 ss.

Chapitre 6: Réglementation de l'indication «suisse» par le droit fédéral

Section 17: Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompense industrielle

§ 1: Définition

La fonction naturelle du nom «suisse» apposé sur les produits consiste à indiquer le pays de fabrication. C'est un signe distinctif collectif permettant au producteur de différencier sa production de celle de la concurrence étrangère et au consommateur de faire son choix parmi la multitude de marchandises originaires des pays les plus divers. Les intérêts de ces protagonistes méritent d'être protégés contre la concurrence déloyale et la tromperie. En effet, les indications de provenance qui bénéficient d'un prestige particulier sont l'objet de fréquents abus de la part de concurrents peu scrupuleux.

La protection des indications de provenance est réglementée en droit suisse principalement par les articles 18ss LMF. Selon l'article 18, 1^{er} alinéa, l'indication de provenance consiste dans le nom de la ville, de la localité, de la région ou du pays qui donne sa renommée à un produit ^{59a}. Nous constatons tout d'abord que cette définition ne s'applique qu'aux noms par opposition aux signes figuratifs. Seule l'utilisation en rapport avec les produits est visée (et non les services). Deuxièmement, la loi n'accorde sa protection qu'aux dénominations de lieux investis d'une certaine renommée pour les produits considérés.

Certes, il n'est pas nécessaire que cette réputation soit très étendue, peu importe qu'elle soit limitée à la région couverte par l'indication de provenance ⁶⁰. Il suffit qu'une partie du public attribue certaines caractéristiques aux produits issus de la région en question ⁶¹. Celles-ci peuvent dépendre du sol, du climat, des traditions locales, de la qualité de la main-d'œuvre, des procédés de fabrication. Souvent, le consommateur ne sait d'ailleurs pas toujours à quoi tient cette réputation ⁶². Nous appelons ce type d'indication «indication de provenance qualifiée» en raison de cette condition liée à la réputation.

Nul doute que le nom «suisse» constitue une indication de provenance au sens de l'article 18 LMF pour des produits déterminés (horlogerie, chocolat, fromage, textile, machines, chimie, etc.). Pour d'autres, la question est délicate, car il importe de définir si le public suisse leur reconnaît une notoriété suffisante. Il sied toutefois de relever que le nom «suisse» est investi d'un goodwill particulier, indépendamment de tout produit, en raison d'une tradition de qualité propre à l'économie suisse. La présence de l'expression «Made in Switzerland» même sur des marchandises pour lesquelles la Suisse n'est pas particulièrement réputée évoquera dans l'esprit des consommateurs la présence d'un

59a Art. 18

¹L'indication de provenance consiste dans le nom de la ville, de la localité, de la région ou du pays qui donne sa renommée à un produit.

²L'usage de ce nom appartient à chaque fabricant ou producteur de ces ville, localité, région ou pays, comme aussi à l'acheteur de ces produits.

³Il est interdit de munir un produit d'une indication de provenance qui n'est pas réelle ou de vendre, mettre en vente ou en circulation un produit revêtu d'une telle indication.

⁶⁰ Antoniazzi p. 83; Journot p. 48; ATF 38 II 696

⁶¹ Guyet p. 21; Bretscher p. 32

⁶² Tilmann p. 17

certain niveau de qualité. Eu égard à la situation particulière de l'indication de provenance nationale, il importe d'interpréter largement l'article 18 LMF en rapport avec le nom « suisse ». Le tribunal de commerce de Zurich a estimé que l'indication « Swiss Panzer » constitue une indication de provenance au sens de l'article 18 LMF pour une serrure de porte ^{62a}.

§ 2: Conditions d'utilisation

L'usage d'une indication de provenance qualifiée appartient aux producteurs et fabricants établis dans le lieu indiqué pour distinguer les produits fabriqués ou récoltés dans ce lieu (voir article 18, 2^e alinéa LMF). Par conséquent, le producteur qui quitte la région considérée perd ce droit alors que celui qui vient s'y installer l'acquiert ⁶³. Le droit en question appartient également aux intermédiaires qui font le commerce de marchandises autorisées à porter l'indication de provenance qualifiée ⁶⁴. Contrairement à la marque, l'indication de provenance émanant du lieu de production s'impose à l'agent économique; celui-ci n'a pas le choix, si ce n'est celui de mentionner ou non l'origine de son produit. L'utilisateur ne bénéficie d'aucun pouvoir de disposition (transmission, renonciation) ⁶⁵.

L'industriel ou le commerçant établi à un endroit réputé pour un produit spécifique ne pourra apposer son adresse sur un tel produit fabriqué dans un autre lieu qu'en prenant toutes les précautions nécessaires pour éviter tout risque de confusion (voir article 19 LMF) ^{65a}. En effet, le consommateur pourrait s'imaginer à tort que l'objet concerné est fabriqué à l'adresse indiquée. On veillera par exemple, lors de la vente de produits étrangers, à ajouter l'origine réelle sur l'objet et à faire précéder la raison de commerce d'une mention telle que « importé par ».

Nous soulignons que l'aire d'utilisation d'une indication de provenance n'est pas forcément liée aux frontières politiques. Il est tout à fait possible que l'usage de la dénomination géographique soit concédé aux producteurs de régions limitrophes en raison de circonstances historiques ⁶⁶. Il est indispensable que les conditions de production dans ces régions soient identiques à celles régnant dans l'endroit réputé. Le juge est compétent pour déterminer l'aire d'utilisation en fonction des coutumes locales, des usages commerciaux et des conditions géographiques et climatiques ⁶⁷.

Nous mentionnons cependant un genre d'indication de provenance dont l'aire d'utilisation, nous semble-t-il, ne peut guère être étendue au-delà des frontières politiques, ce sont les noms d'Etats ⁶⁸. Le producteur d'un pays limitrophe à la Suisse ne pourrait pas en principe recourir à l'indication « Swiss made » sous prétexte qu'il habite près de la frontière et qu'il applique une recette ou un procédé suisse.

Nous devons constater qu'un bien de consommation n'est pratiquement jamais fabri-

62a RSP1 1986 1 p. 95

63 Bretscher p. 36; Dunant p. 450

64 Antoniazzi p. 84; David p. 248; de Gottrau p. 12

65 Bretscher p. 34

65a Art. 19: Celui qui habite un lieu réputé pour la fabrication ou la production de certaines marchandises et qui fait le commerce de produits semblables d'une autre provenance ne peut pas faire figurer son nom, son adresse ou sa marque sur ces produits sans une adjonction bien visible montrant clairement que ceux-ci ne proviennent pas de ce lieu réputé.

66 Bretscher p. 37; Antoniazzi p. 85; Dunant p. 451; Guyet p. 19; de Gottrau p. 66

67 De Gottrau pp. 66 ss.

68 GRUR Int. 1979 p. 247

qué complètement au même endroit mis à part certains produits naturels. En effet, les différentes phases de production interviennent fréquemment dans des lieux différents. Tout aussi diverse peut être la provenance des composants. Se pose dès lors la question de savoir quelles sont les conditions à remplir pour être habilité à recourir à une indication de provenance particulière.

Constatons d'emblée qu'il n'est pas possible de dégager des critères valables en toutes circonstances. Ceux-ci diffèrent déjà en fonction des produits concernés : produits naturels – produits industriels. Attardons-nous tout d'abord sur les premiers nommés.

La provenance des produits dont les propriétés sont dues de manière prépondérante aux conditions naturelles se situe au lieu de l'extraction ou de la cueillette (matières premières, légumes, fruits)⁶⁹. En l'espèce, le travail humain ne joue qu'un rôle mineur.

Pour une certaine catégorie de produits naturels par contre, le travail humain est pratiquement aussi important que les propriétés du lieu géographique (fromage, vin). La qualité d'un fromage dépend de l'herbage où paissent les vaches ainsi que des méthodes de fabrication. En principe, il faut que les deux composantes (éléments naturel et humain) soient réunies à l'endroit réputé pour donner droit à l'utilisation de l'indication de provenance qualifiée⁷⁰. Il existe néanmoins des exceptions, ainsi lorsque la renommée de la matière première l'emporte – un cigare fabriqué même en Suisse à partir de tabac de la Havane peut porter l'indication «Havane»⁷¹ – ou lorsque le procédé de fabrication l'emporte – le kirsch de Zoug est produit à partir de cerises récoltées notamment dans les cantons de Berne et de Bâle⁷².

La provenance des produits industriels est plus difficile à déterminer car ils n'ont pas d'attache avec le sol. Les moyens de production peuvent être engagés en tout lieu. Un produit industriel suisse à 100 % n'existe pas sachant que la matière première provient presque toujours de l'étranger. La fabrication d'un objet repose sur la matière et le travail. Certains auteurs proposent de ne pas tenir compte de la matière justement parce qu'elle est généralement d'origine étrangère⁷³. Le produit est considéré comme provenant du lieu où il subit la phase essentielle du processus de fabrication⁷⁴, du lieu où il acquiert ses caractéristiques, ses qualités⁷⁵.

Dans la pratique actuelle, on retient comme critère pour les produits partiellement transformés en Suisse que la quote-part suisse du coût de production doit être de 50 % au moins (comprenant les matières premières et semi-ouvrées, les pièces détachées, les salaires et les frais généraux industriels, à l'exclusion des frais de publicité). Il faut en plus que la partie essentielle du processus de fabrication soit effectuée en Suisse. C'est la solution retenue dans le règlement de la marque collective «Arbalète»⁷⁶. Cette solution est admise par la jurisprudence⁷⁷ et également, nous semble-t-il, par les milieux commerciaux suisses. La règle des 50 % est relativement facile à appliquer. Ce sont là bien évidemment des principes généraux qu'il faut affiner et préciser en fonction du secteur économique concerné et plus particulièrement des cas d'espèce.

Les indications de provenance jouent un rôle important comme signes distinctifs. Il

69 Bretscher p. 44; David p. 246; Journot p. 49;

70 Antoniazzi p. 84; David p. 247

71 Bretscher p. 49

72 Lustenberger p. 13

73 Baumann p. 39; Raissig pp. 68 ss.

74 David p. 247

75 Journot p. 50; Lustenberger p. 24

76 Lustenberger p. 28

77 RSJ 1972 p. 207

importe de protéger la confiance que le public place en elles⁷⁸. La loi, fort justement, interdit de munir un produit d'une indication de provenance qui n'est pas réelle ou de vendre, mettre en vente ou en circulation un produit revêtu d'une telle indication (art. 18, 3^e al. LMF). N'est pas réelle toute indication susceptible d'éveiller de fausses idées sur la véritable origine du produit en faisant croire que la marchandise est issue du lieu mentionné alors que ce n'est pas le cas⁷⁹ (présence du mot «suisse» sur du chocolat étranger). Le caractère éventuellement trompeur s'apprécie en fonction de l'avis des commerçants et des consommateurs surtout⁸⁰.

Une forme assez subtile d'appropriation d'une dénomination géographique consiste en l'adjonction de la véritable origine («Fromage suisse fabriqué en Belgique») ou d'une mention délocalisante («Joghurt type suisse»). Les auteurs de pareilles pratiques estiment que le nom réputé perd son caractère géographique et peut donc être utilisé pour des produits d'autres provenances.

Nous estimons que de telles adjonctions ne suffisent pas à corriger la fausse indication. L'expression prise dans son entier (nom géographique plus adjonction) reste trompeuse. Le consommateur ne jette qu'un regard distrait sur l'étiquetage d'une marchandise et il ne prêtera attention qu'au nom célèbre et non au correctif⁸¹. La véritable origine doit apparaître au premier coup d'œil sinon le risque de tromperie subsiste.

D'une manière générale, le recours à des mentions délocalisantes viole les dispositions combattant la concurrence déloyale car l'auteur de tels actes usurpe à son profit la renommée intrinsèque d'une dénomination particulière. Selon de Gottrau, de tels actes tombent également sous le coup de l'article 18 LMF^{81a}. Cette utilisation entame la force distinctive de l'indication de provenance et conduit peu à peu à sa transformation en une expression générique⁸².

Il existe cependant un certain nombre de noms géographiques qui ont perdu leur consonnance géographique en relation avec des produits déterminés. Ces noms n'indiquent plus la provenance mais le genre de produit ; ils sont devenus la désignation nécessaire du produit ou d'une de ses propriétés («Petit Suisse» pour une sorte de fromage). Cette désignation peut figurer sur des produits de n'importe quelle origine sans que le public ne soit trompé, elle appartient au domaine public⁸³. Pour que la transformation puisse être admise, il faut que l'indication soit considérée comme générique par tous les milieux intéressés, à savoir producteurs et consommateurs. Aussi longtemps qu'un cercle même restreint de consommateurs (par exemple une minorité linguistique) comprend l'indication comme un renvoi géographique, celle-ci doit être considérée comme une indication de provenance. Il en va de même tant qu'un doute subsiste sur la nature de la dénomination. La preuve de la transformation incombe à celui qui l'allègue⁸⁴.

Pour tomber sous le coup de l'article 18 LMF, l'indication doit bénéficier d'une certaine renommée. Cette renommée se fonde sur les qualités particulières dont le produit est investi et que le public lui prête. Dès lors, le consommateur associe une certaine idée de qualité à l'indication de provenance. Il attend du produit muni de cette indication qu'il satisfasse au minimum qualitatif habituellement reconnu aux marchandises produites

78 Tilmann p. 199

79 Bretscher p. 66 ; Antoniazzi p. 86 ; David p. 248 ; Tilmann p. 176

80 Tilmann pp. 148 ss.

81 Guyet p. 41 ; Journot p. 63 ; Bretscher p. 70 ; ATF 60 II 256 ; GRUR Int. 1968 p. 72

81a De Gottrau p. 110

82 Bretscher pp. 71 ss. ; David p. 256 ; ATF 60 II 257

83 Bretscher p. 52 ; David p. 254 ; Antoniazzi p. 89 ; Journot pp. 59 ss. ; Guyet p. 29 ; de Gottrau p. 54

84 Antoniazzi p. 89 ; David p. 255 ; Journot p. 61 ; Guyet p. 30 ; GRUR Int. 1979 p. 251 ; ATF 60 II 254

dans la région concernée⁸⁵. Si tel n'est pas le cas, le consommateur est trompé même s'il n'est pas en mesure d'indiquer de manière concrète les fondements de cette qualité. Il croit à cette qualité en raison de l'aura qui entoure les produits de la région déterminée⁸⁶. Si la confiance que l'acheteur place dans une indication vient à être trompée, toute la branche économique peut en souffrir car le public va se détourner de ses produits⁸⁷. Il suffit d'imaginer les effets négatifs que provoquerait la présence répétée de la dénomination «suisse» sur du fromage, du chocolat, des textiles, des montres, des médicaments de mauvaise qualité. Pour David et Lustenberger, celui qui appose une indication de provenance sur des marchandises qui ne répondent pas à l'attente du public peut être poursuivi en vertu des dispositions de la LMF (art. 24 ss)⁸⁸. Bretscher estime quant à lui que seule la LCD est applicable car l'article 18 LMF ne concerne que la provenance en tant que telle et non les propriétés⁸⁹. Finalement, le point important à souligner est selon nous le suivant : l'indication de provenance au sens de l'article 18 LMF contient un indice de qualité et celui dont les produits ne respectent pas le minimum qualitatif requis s'expose à des sanctions.

§ 3 : Protection juridique

La LMF octroie l'action civile ou pénale à l'encontre de tout contrevenant aux articles 18 ss LMF. Est donc passible de poursuites judiciaires celui qui appose une fausse indication de provenance sur ses produits ou qui vend, met en vente ou en circulation des produits munis d'une fausse indication. Il en va de même pour la personne habitant un lieu réputé qui fait figurer son nom, son adresse ou sa marque sur des marchandises d'une autre origine sans préciser le lieu de fabrication. La poursuite couvre également le fait d'utiliser l'indication de provenance sur des produits dont la qualité n'atteint pas le minimum qualitatif attendu⁹⁰.

Celui qui commet une des infractions énumérées ci-dessus est punissable, sur plainte, d'une amende de 30 à 2000 francs, ou d'un emprisonnement de trois jours à une année, ou de ces deux peines réunies (art. 25 LMF). La condamnation pénale suppose l'existence d'un acte intentionnel⁹¹. Agit avec intention celui qui devait se douter qu'il agissait contrairement au droit. Il n'est pas besoin d'avoir voulu causer un dommage ou tromper le consommateur. Il suffit que l'auteur ait usurpé l'indication avec conscience et volonté⁹².

En plus, l'article 26 LMF punit, d'office ou sur plainte, d'une amende de 30 à 500 francs ou d'un emprisonnement de trois jours à trois mois quiconque fait usage indûment d'indications de provenance sur ses enseignes, annonces, prospectus, factures, lettres ou papiers de commerce. Il est fort surprenant et guère logique que l'infraction la plus grave ne soit poursuivie que sur plainte (art. 25 LMF) alors que l'infraction plus légère entraîne d'office l'intervention du pouvoir judiciaire (art. 26 LMF)⁹³.

85 Bretscher p. 77 ; Antoniazzi p. 86 ; David p. 249 ; Lustenberger pp. 31 ss. ; Guyet p. 21, 43 ; *supra* pp. 75-76

86 Purtschert p. 16 ; P1 1977 p. 168

87 Raissig p. 94 ; Baumann p. 36

88 David p. 285 ; Lustenberger p. 35

89 Bretscher p. 78

90 Antoniazzi p. 90

91 Journot p. 76 ; GRUR Int. 1979 p. 246 ; de Gottrau p. 115

92 David p. 295 ; Bretscher p. 80 ; *supra* p. 52

93 Dunant p. 477 ; Journot p. 76 ; GRUR Int. 1979 p. 246 ; de Gottrau p. 117

Le lésé effectif ou potentiel dispose de l'action civile. Bien que les dispositions de la LMF soient fort lacunaires à ce sujet, la doctrine et la jurisprudence lui concèdent les actions habituellement prévues par la LCD ⁹⁴.

La première de ces actions non prévues expressément par la LMF mais néanmoins admises est l'action en constatation. Elle est ouverte à toute personne qui a un intérêt direct à faire constater l'existence ou l'inexistence d'un droit.

La jurisprudence reconnaît l'action en cessation. Elle vise à mettre fin à une atteinte existante ou à empêcher une usurpation imminente. Elle doit concerner un acte déterminé du défendeur dont la répétition est possible ou imminente. Elle peut être assortie des sanctions prévues par l'article 292 CPS en cas d'inobservation de l'injonction.

Par contre, la LMF accorde expressément l'action en suppression de l'état de fait illicite aussi pour les indications de provenance (art. 32, 2^e al., LMF).

Ces actions sont données même en l'absence de faute ou de négligence ⁹⁵. En cas de faute de l'usurpateur, le lésé peut réclamer la réparation du dommage subi (art. 25, 3^e al., LMF) et une indemnité pour tort moral si l'atteinte portée est grave ⁹⁶.

L'action civile ou pénale appartient à tout fabricant ou commerçant lésé dans ses intérêts et établi dans le lieu faussement indiqué (art. 27, ch. 2, LMF). Ainsi, celui qui fabrique des produits pour lesquels l'endroit indiqué ne jouit d'aucune renommée particulière n'est pas légitimé à agir. Sont également admis dans leur action les producteurs ou commerçants intéressés installés dans le lieu où la fausse indication de provenance est employée. Ensuite, la qualité active appartient aussi, à certaines conditions, aux collectivités suisses ou étrangères de fabricants ou producteurs qui possèdent la personnalité (art. 27, ch. 2, LMF). Nous remarquons que ces associations sont souvent le mieux à même d'intervenir en pareils cas ⁹⁷. Il n'est pas nécessaire que tous les membres aient individuellement le droit de porter plainte ⁹⁸. Les acheteurs enfin sont reçus dans leur action en dommages-intérêts s'ils ont été effectivement trompés par une indication de provenance.

Ils n'ont par contre pas d'intérêt à faire valoir par le biais de l'action en cessation. Pour qu'il soit effectivement trompé, l'acheteur devait ignorer la supercherie lors de l'achat. S'il l'ignore, il ne peut pas faire cesser l'acte en cours ou imminent. S'il ne l'ignore pas, il n'est pas trompé ⁹⁹.

L'action civile est intentée au domicile du défendeur, l'action pénale, soit au domicile du délinquant, soit au lieu où le délit a été commis (art. 28 LMF). Le lieu de commission est celui de l'exécution (apposition de l'indication de provenance, mise sur le marché) ou celui du résultat (endroit où l'acheteur est trompé) ¹⁰⁰.

Bien que le texte de l'article 31 LMF ne mentionne que les marques, il est admis que les tribunaux et les autorités chargées de l'instruction peuvent aussi ordonner des mesures conservatoires en cas d'usurpation d'indications de provenance ¹⁰¹. Elles visent à assurer les moyens de preuve et à sauvegarder un état de fait existant ¹⁰². Dans le cadre d'un jugement, l'autorité judiciaire peut ordonner la confiscation des objets saisis pour couvrir les créances du lésé (dommages-intérêts) et celles de l'Etat (amende) ainsi que la publication du jugement s'il s'avère nécessaire d'informer le public et les milieux concernés

94 David p. 290; Guyet p. 46; Journot p. 80

95 David pp. 292 ss.; Guyet pp. 46 ss.; Journot pp. 81 ss.; Troller/Troller pp. 182 ss.

96 David p. 293; Guyet p. 47; Journot p. 82; Troller/Troller pp. 185-186

97 Raissig p. 118

98 Antoniazzi p. 92

99 Antoniazzi p. 92; Journot p. 78; Lustenberger p. 59; GRUR Int. 1979 p. 253; David p. 314

100 Voir *supra* pp. 52-53

101 Dunant p. 477; Bretscher p. 94

102 Troller II p. 1065; *supra* p. 53

à la suite d'un délit d'une certaine ampleur (art. 32, 1^{er} al., LMF)¹⁰³. Même en cas d'acquiescement, ladite autorité peut requérir la destruction des signes illicites, des produits et emballages ainsi que du matériel publicitaire pour empêcher que des délits futurs ne soient perpétrés (art. 32, 2^e al., LMF). On renoncera à la destruction de marchandises s'il est possible d'enlever l'indication de provenance illicite d'une autre manière¹⁰⁴.

§ 4: Dépôt à titre de marque

L'examen d'office auquel les signes déposés comme marques sont soumis joue un rôle préventif dans la protection des indications de provenance. En effet, selon les articles 3 et 14 LMF, l'OFPI doit refuser l'enregistrement des signes qui sont du domaine public ou contraires aux bonnes mœurs. Nous avons déjà eu l'occasion de relever que les signes purement descriptifs notamment de la provenance des marchandises ne sont pas aptes à former des marques valables¹⁰⁵. Ils ne sont pas monopolisables et doivent rester à la libre disposition de tous¹⁰⁶. Il faut bien admettre qu'un nom géographique, au sens de l'article 18 LMF ou non, désigne directement la provenance géographique d'un article et non l'entreprise de provenance¹⁰⁷. Ainsi, le TF a décidé que l'expression « Geneva Watch Case » ne saurait constituer une marque valable¹⁰⁸.

Il existe toutefois des exceptions. Les signes, même composés d'un élément essentiel descriptif, sont protégeables s'ils se sont imposés dans le commerce comme marques d'entreprises déterminées¹⁰⁹ (« Kent », « Parisienne », « Bernex »¹¹⁰). Il peut en aller de même lorsque le territoire dont le nom est utilisé comme marque appartient à un seul producteur (domaine viticole) ou lorsqu'il n'y a qu'un seul producteur de la branche considérée établi dans le territoire en question¹¹¹. D'une façon générale enfin, les dénominations géographiques totalement fantaisistes – elles n'indiquent l'origine ni directement ni indirectement – sont admises.

A la lumière de ces observations, nous remarquons qu'une marque essentiellement formée du nom « suisse » sera rejetée et qu'il n'y a guère d'exception possible. Il est par contre tout à fait envisageable d'introduire une indication de provenance dans une marque comme élément secondaire¹¹².

L'OFPI refuse également d'enregistrer les marques contraires aux bonnes mœurs. « Est notamment contraire aux bonnes mœurs une marque qui n'est pas conforme à la vérité, c'est-à-dire qui est de nature à créer des erreurs et à tromper les consommateurs. Une marque qui contient une indication géographique éveille normalement l'idée que le produit auquel elle est appliquée provient du pays qu'elle évoque; si ce produit provient d'un autre pays, la marque est trompeuse et donc immorale parce que contraire à la vérité »¹¹³.

Peu importe que la tromperie soit provoquée par un élément essentiel ou secondaire de

103 David p. 341 ss.; *supra* p. 53

104 David p. 345-346; *supra* p. 53

105 *Supra* p. 33

106 ATF 97 I 79

107 Marbach p. 69

108 ATF 43 II 96

109 Lustenberger p. 66

110 ATF 81 I 298

111 Bretscher p. 97; GRUR Int. 1979/257

112 David p. 94; Bretscher p. 99; Marbach p. 68

113 FBDM 1980 p. 17

la marque. Les noms géographiques déceptifs entraînent le rejet de la marque même s'ils ne constituent pas une indication de provenance au sens de l'article 18 LMF ¹¹⁴.

Pour clore ce sujet, nous citerons l'exemple suivant. L'expression «Tour de Suisse» accompagnée d'une reproduction du pourtour de la Confédération a été jugée suffisamment distinctive pour constituer une marque valable et à la fois suffisamment allusive pour n'être admise qu'en rapport avec des produits suisses ¹¹⁵.

Section 18: Loi fédérale contre la concurrence déloyale

§ 1: Définition

La LCD, qui est donc une loi toute récente, reste cependant dans la ligne de la précédente (LCD 1943) ¹¹⁶. Cette constance se retrouve particulièrement dans les dispositions qui traitent de la réclame trompeuse et du danger de confusion ¹¹⁷. Or, ces dernières sont assez générales pour englober les indications de provenance bien qu'elles ne soient pas mentionnées expressément.

La clause générale prévue à l'article 2 saisit toutes les actions visant à influencer les rapports de concurrence contrairement aux règles de la bonne foi: renforcement ou affaiblissement d'un agent économique. Ce qu'on veut protéger, c'est le système même de la concurrence ¹¹⁸. La loi couvre les relations entre concurrents certes mais aussi entre clients et fournisseurs ¹¹⁹. De plus, elle touche non seulement les agissements des participants à la concurrence mais également ceux des tiers ¹²⁰.

L'intérêt d'une clause générale réside dans le fait qu'il n'est guère possible d'énumérer de manière exhaustive les agissements déloyaux ¹²¹. Il s'agit notamment de pouvoir s'opposer à tous les actes de concurrence parasitaire, c'est-à-dire à tous les actes de nature à exploiter indûment la bonne réputation d'autrui ¹²².

L'application de la LCD suppose l'exercice d'une activité économique. Est considérée comme telle l'activité durable ou unique, principale ou accessoire, consistant dans l'échange de prestations et recherchant la réalisation d'un gain. Peu importe qu'il n'en résulte pas un bénéfice net et que le montant récolté ne serve qu'à couvrir les frais ou à diminuer les dépenses ¹²³. La loi protège les personnes de condition indépendante, par opposition aux personnes de condition dépendante, car seules les premières nommées sont directement affectées dans leurs intérêts matériels en cas d'agissement déloyal ¹²⁴.

Dans une économie de marché, différents concurrents luttent pour obtenir les faveurs de la clientèle. La LCD veut empêcher qu'un concurrent détourne à son profit la clientèle

114 David p. 104; Matter p. 80

115 FBDM 1971 p. 86

116 FF 1983 II 1069; FF 1987 I 26

117 FF 1983 II 1081

118 JdT 1977 p. 42; Germann p. 255

119 FF 1983 II 1094

120 FF 1983 II 1093

121 Von Büren p. 7

122 Germann p. 262; JdT 1982 p. 260

123 Perrin pp. 44 ss.; Troller II p. 911; Von Büren p. 18; *supra* pp. 41-42

124 Perrin pp. 51 ss.; Von Büren p. 17; JdT 1977 p. 36; Gousenberg p. 43

d'autrui en exploitant la réputation dont les prestations d'autrui jouissent ¹²⁵. L'exemple type de comportement déloyal et par conséquent illicite consiste à tromper le consommateur ou à jeter le trouble dans son esprit pour influencer son choix.

Selon l'article 3, lettre *b*, de la loi – il correspond dans une très large mesure à l'article 1, 2^e alinéa, lettre *b*, de l'ancienne loi ¹²⁶ –

« agit de façon déloyale celui qui, notamment, donne des indications inexactes ou fallacieuses sur lui-même, son entreprise, sa raison de commerce, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix, ses stocks ou ses affaires ou qui, par de telles allégations, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents. »

Indubitablement, cette disposition permet d'agir contre ceux qui font usage d'indications de provenance fausses ou fallacieuses, même si l'intention de nuire ou de tromper le public fait défaut ¹²⁷. Il importe en effet de protéger le consommateur dans l'attente légitime qu'il place dans l'indication de provenance, le producteur ayant droit à l'indication contre les pertes éventuelles qu'il subit et l'indication elle-même contre son érosion et sa transformation en nom générique ¹²⁸.

Il est aussi possible qu'une fausse indication de provenance induise l'acheteur en erreur non seulement sur le lieu géographique mais aussi sur l'entreprise qui a fabriqué le produit (voir art. 3, lettre *d*, , LCD) ¹²⁹. Pareille situation existe lorsque l'entreprise s'identifie à un nom géographique (Fabrique de tabac Brissago).

§ 2: *Protection juridique*

L'article 9 LCD énumère les actions de droit civil. Nous mentionnons tout d'abord l'action en prévention ou en constatation. Elle sera introduite pour parer à une atteinte imminente et démontrer l'existence ou l'inexistence d'un droit. L'injonction prononcée par le juge pourra être assortie de la menace de sanctions pénales (article 292 CPS). Le plaignant doit justifier d'un intérêt à agir ¹³⁰.

Lorsque l'atteinte dure encore, le lésé dispose de l'action en cessation qui peut elle aussi être complétée par l'article 292 CPS. Elle vise une atteinte existante ou susceptible de se répéter. C'est l'action la plus courante. Elle exige du demandeur de désigner son objet de façon précise ¹³¹.

Bien que l'acte délictueux ait cessé, il peut arriver que le trouble existe encore (étiquettes ou catalogues déjà imprimés). A ce moment-là, le lésé peut introduire l'action en constatation du caractère illicite pour mettre fin à ce trouble (retrait des étiquettes et des catalogues, destruction d'emballages) ¹³².

Lorsqu'il commet une faute, l'auteur de l'atteinte peut se voir réclamer des dommages-intérêts et la réparation pour tort moral. Le demandeur doit cependant démontrer l'existence du dommage et essayer d'en fixer l'ampleur ¹³³.

125 Von Büren p. 12; JdT 1977 p. 34

126 FF 1983 II 1094; FF 1987 I 26

127 Von Büren pp. 86 ss.; GRUR Int. 1979 p. 248; RSPI 1986 p. 95

128 Von Büren p. 87

129 Von Büren p. 131; GRUR Int. 1979 p. 248; FF 1983 II 1096; FF 1987 I 27

130 FF 1982 II 685; Troller II p. 966

131 FF 1982 II 685; Von Büren p. 166; Troller II p. 969

132 FF 1982 II 685; Germann p. 142; Troller II p. 972

133 Troller II pp. 987 ss.

Le lésé a également la possibilité de requérir la publication du jugement ou d'une rectification s'il y a un besoin de corriger une impression dommageable créée dans le public ou de clarifier des malentendus ¹³⁴.

Selon les articles 9 et 10 LCD, la qualité pour agir appartient à tous ceux (concurrents et clients) qui, par un acte de concurrence déloyale, subissent une atteinte dans leurs intérêts économiques, aux associations professionnelles chargées de défendre les intérêts économiques de leurs membres et aux organisations de consommateurs.

Conformément à l'article 59 de la Constitution, les actions précitées doivent être intentées au domicile ou au siège du défendeur (article 12 LCD).

Dans certains conflits, il est nécessaire d'obtenir une réaction rapide des autorités judiciaires pour assurer l'existence des moyens de preuve, pour empêcher l'imminence d'une atteinte ou la dégradation de l'état de fait. On peut alors demander au juge de prononcer des mesures provisionnelles telles qu'elles sont prévues aux articles 28c ss CCS, auxquels l'article 14 LCD renvoie. Il incombe au demandeur de rendre vraisemblable l'existence ou le risque d'une atteinte et d'un préjudice difficilement réparable ¹³⁵. Ces mesures constituent souvent le seul moyen d'écarter un danger ¹³⁶.

Ceux qui bénéficient de la qualité active au plan civil peuvent déposer une plainte pénale dans un délai de trois mois dès qu'ils ont eu connaissance de l'acte délictueux (art. 23 LCD en relation avec art. 29 CPS). Le prévenu est passible de l'emprisonnement de trois jours à trois ans ou de l'amende jusqu'à 100.000 francs (art. 23 LCD en relation avec art. 36 CPS). Le juge pourra également ordonner la confiscation des objets du délit ¹³⁷. Seuls les infractions aux faits concrètement définis sont punissables. On a évité d'insérer une clause générale comme au plan civil pour des raisons de sécurité juridique ¹³⁸. La LCD fait obligation aux cantons d'introduire une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide dans le but de régler plus rapidement les conflits de concurrence déloyale (art. 13).

Nous relevons enfin que la LCD est applicable cumulativement avec la LMF, au choix du demandeur ¹³⁹.

Section 19: Législation sur les raisons de commerce

Les dispositions sur les raisons de commerce jouent un rôle important dans la protection du nom «suisse». Nous mentionnons en premier lieu l'examen d'office auquel sont soumises les raisons destinées à être inscrites au registre du commerce. Celles qui ne sont pas conformes à la vérité, induisent en erreur ou lèsent un intérêt public sont rejetées ou radiées (art. 944 CO; art. 38 ORC).

Ces dispositions veulent empêcher que le public et les agents économiques tirent de fausses conclusions à la lecture de la raison de commerce et soient trompés sur la nationalité de l'entreprise ou la provenance des produits ¹⁴⁰. D'une part, les mots qui composent la raison ne doivent pas porter atteinte à la vérité et, d'autre part, la raison en tant que telle ne doit pas induire en erreur ¹⁴¹. L'intérêt public est violé notamment lorsque la

134 Von Büren p. 178; FF 1982 II 686

135 FF 1982 II 690

136 FF 1982 II 669

137 Troller II p. 1003

138 Germann p. 344; Gousenberg p. 236; FF 1983 II 1087

139 GRUR Int. 1979 p. 248; ATF 93 II 269; SJ 1984 p. 268

140 Bretscher p. 72; RSPIA 1959 pp. 38 ss.

141 Joos p. 41

raison comprend une désignation officielle (« fédéral ») susceptible de faire croire qu'il s'agit d'un organisme officiel de l'Etat ou que l'entreprise entretient des relations privilégiées avec l'Etat ¹⁴².

Selon l'article 45 ORC, il est interdit d'employer des désignations nationales à moins de justifier d'une autorisation spéciale due à des circonstances particulières. Pour prendre sa décision, l'autorité consulte l'organisme compétent de l'industrie ou de l'artisanat (par exemple Vorort, Chambres de commerce) ¹⁴³. Cette pratique est judicieuse car « elle permet de sauvegarder l'intérêt général sur la base de la pratique et de l'expérience » ¹⁴⁴. Cette disposition cherche à bannir toute utilisation trompeuse d'une désignation nationale et l'impression selon laquelle une société développe une activité officielle ou d'envergure nationale alors que ce n'est pas le cas ¹⁴⁵. Au contraire, une entreprise au bénéfice d'une position dominante et « exerçant en fait une activité réellement représentative de l'ensemble des intérêts suisses » ¹⁴⁶ pourra bénéficier d'une autorisation si ladite entreprise est en mains suisses ¹⁴⁷. Il est intéressant de remarquer que les groupements professionnels obtiendront l'autorisation d'employer la désignation nationale plus facilement que les entreprises car cet emploi ne vise pas à réaliser un succès économique mais à indiquer le rayon d'action ou la provenance des membres ¹⁴⁸.

Les filiales suisses de sociétés étrangères sont généralement habilitées à ajouter l'expression « (Suisse) » pour indiquer qu'elles sont axées sur le marché suisse et que d'autres filiales existent à l'étranger : Unilever (Suisse) SA ¹⁴⁹.

Nous voulons retenir de ces développements que l'examen d'office exécuté avant l'inscription au registre développe un effet préventif certain car le nom « suisse » ne peut figurer dans une raison de commerce qu'à des conditions très strictes.

De plus, la LFRC donne la possibilité à l'autorité d'intervenir à l'encontre des raisons de commerce, inscrites ou non, qui sont susceptibles d'induire en erreur, en raison du mode d'utilisation, ou qui comportent des désignations nationales sans être au bénéfice d'une autorisation (art. 2 et 3). Le juge peut ordonner la confiscation des objets litigieux (art. 5).

142 RSP1A 1959 p. 45; de Steiger p. 21

143 ATF 93 I 564; RSP1A 1959 p. 46

144 RSP1A 1954 p. 46

145 Naymark p. 94; ATF 99 Ib 34

146 Naymark p. 75

147 De Steiger pp. 23 ss.; ATF 103 Ib 9, 92 I 307, 92 I 194, 89 I 221

148 De Steiger p. 22

149 ATF 92 I 301

Chapitre 7 : Utilisation du nom « suisse » sur les montres

Section 20: Genève

Comme le titre du présent chapitre le laisse supposer, le nom « suisse » bénéficie d'une protection particulière dans l'industrie horlogère. Ce régime résulte d'une longue tradition d'intervention de l'Etat – intervention demandée par les milieux horlogers eux-mêmes – dans le but de permettre à cette branche économique de surmonter les différentes crises conjoncturelles. « Lors de la crise des années 30, la concurrence, stimulée par la dissémination de l'industrie horlogère, était acharnée au sein de chaque secteur de fabrication et entre les diverses branches, ce qui mit en péril l'existence de cette industrie et créa le danger d'une transplantation massive à l'étranger. »¹⁵⁰

Pour parer à cette situation, diverses mesures furent prises, notamment l'institution d'un permis de fabrication, soumettant à des conditions strictes l'ouverture, l'agrandissement et la transformation d'entreprises horlogères, et d'un permis d'exportation, réglementant de manière rigoureuse l'exportation de chablons, d'ébauches et de fournitures d'horlogerie (arrêté du Conseil fédéral du 12 mars 1934)¹⁵¹. La Confédération participa également à la création de la Société générale de l'horlogerie suisse SA (ASUAG) – aujourd'hui SMH (Société suisse de microélectronique et d'horlogerie SA) qui est totalement en mains privées – qui cherchait à concentrer les industries pour contenir la désagrégation des prix.

Une fois la crise passée, ce régime des deux permis se révéla être un carcan pour l'industrie horlogère, carcan dont elle souhaitait se débarrasser¹⁵². Ce fut d'ailleurs le but du statut légal de l'horlogerie, institué le 23 juin 1961, que de prôner le retour à un système de libre concurrence. Le statut prévoyait l'abrogation par étape du permis de fabrication et l'allègement du permis d'exportation. Il introduisit par contre un contrôle technique de la qualité des montres suisse (CTM)¹⁵³.

La voie ouverte en 1961 allait être poursuivie à la fin des années 60 lorsque se posa la question de la prorogation de l'arrêté fédéral servant de base à la réglementation horlogère. On souhaitait établir une législation aussi libérale que possible pour promouvoir une industrie dynamique. Les travaux s'orientèrent dans deux directions. D'une part, il fallait définir l'avenir du CTM, d'autre part, des voix s'élevaient pour réclamer une définition de l'indication de provenance suisse. Cette dernière question fut étudiée par le professeur Kummer de l'Université de Berne en collaboration avec l'OFPI¹⁵⁴. On s'était effectivement rendu compte que les indications de provenance jouent un rôle important dans le choix du consommateur lorsqu'il se décide à acheter une montre. Il convenait donc de protéger la confiance que ce dernier place dans l'indication « suisse » et d'éviter que celle-ci ne figure sur des produits de mauvaise qualité. L'exportation sous label suisse de quelques pièces de mauvaise qualité pouvait porter préjudice à toute l'industrie horlogère¹⁵⁵. L'idée consistait à lier l'indication de provenance suisse au contrôle de la qualité.

150 FF 1970 II 715

151 Idem; Hool Fiche 149 p. 2

152 Hool Fiche 149 p. 3

153 FF 1970 II 716; Hool Fiche 149 p. 3

154 FF 1970 II 717 ss.

155 FF 1970 II 725; Hool Fiche 149 p. 3

Le 18 mars 1971, les Chambres fédérales adoptaient un arrêté fédéral sur le contrôle officiel de la qualité dans l'industrie horlogère suisse (RS 934.11) et une loi fédérale complétant la LMF (adjonction d'un art. 18 *bis*). Les dernières dispositions restrictives issues du statut de 1961 étaient abrogées. L'acronyme «CTM» a subsisté bien que le contrôle ait changé de nom.

Dans la mesure où le nom «suisse» pour les montres constitue une indication de provenance au sens de l'article 18 LMF, il était normal de chercher dans cette loi le fondement à des prescriptions complémentaires concernant l'utilisation de l'indication de provenance suisse ¹⁵⁶.

Dorénavant, les montres portant la désignation «suisse», ou plus couramment «Swiss made», ne peuvent être vendues ou exportées que si elles répondent aux critères de qualité établis par l'arrêté. Les contrôles sont effectués en douane ou, à certaines conditions, dans les entreprises. Le nombre de montres à contrôler annuellement pour chaque entreprise dépend du pourcentage de montres refusées au cours de la dernière période de contrôle. L'exécution de ce contrôle fut confiée à un établissement de droit public doté de la personnalité juridique, l'Institut pour le contrôle officiel de la qualité dans l'industrie horlogère suisse, et indépendant de l'administration fédérale.

L'arrêté sur le CTM a été prorogé en 1981 pour une nouvelle période de dix ans. On en a profité pour élargir l'assiette de perception aux ébauches fabriquées en Suisse. Depuis cette date, le contrôle est confié au Laboratoire suisse de recherches horlogères qui est une association au sens du CCS. L'arrêté ne sera vraisemblablement pas prorogé en 1991. L'industrie horlogère manifeste la volonté d'assurer elle-même le contrôle de qualité.

L'article 18 *bis* LMF donne au Conseil fédéral la compétence de préciser les conditions que doit remplir un produit selon ses caractéristiques pour que l'utilisation d'une indication de provenance suisse soit licite. Ces conditions peuvent avoir pour objet la provenance suisse des matières de base ou des pièces détachées, le travail fait en Suisse, d'autres propriétés essentielles, en particulier la qualité, que le public attend des produits munis d'une indication de provenance suisse.

Se fondant sur cette disposition, le Conseil fédéral a promulgué le 23 décembre 1971 l'ordonnance réglant l'utilisation du nom «Suisse» pour les montres (OSM). Ce texte donne notamment une définition de la montre suisse.

Cette ordonnance a été modifiée en 1978 pour clarifier les règles relatives au marquage du nom «suisse» sur les parties de la montre (cadran, boîte, ébauches).

Section 21 : Ordonnance réglant l'utilisation du nom «Suisse» sur les montres

L'OSM est un texte intéressant dans la mesure où elle constitue le seul cas d'application de l'article 18 *bis* ¹⁵⁷. Elle vise à réglementer dans le détail l'utilisation du nom «suisse» dans le secteur horloger, que ce soit sur les montres ou parties de montres ou sur les enseignes, annonces, prospectus, factures, lettres ou papiers de commerce (art. 3 OSM).

L'article 2 donne la définition de la montre suisse et établit ainsi le pourcentage des pièces et des travaux qui doivent être suisses. Cette définition repose sur le travail suisse

156 FF 1970 II 728

157 Guyet p. 39

(1^{er} al., let. *a* et *b*), sur du matériel suisse (let. *c*) et sur la qualité suisse (let. *d*):

¹ Est considérée comme suisse la montre dont le mouvement :

- a. a été assemblé en Suisse;
- b. a été mis en marche, réglé et contrôlé par le fabricant en Suisse;
- c. est de fabrication suisse pour 50 pour cent au moins de la valeur de toutes les pièces constitutives, mais sans le coût de l'assemblage et
- d. est assujéti au contrôle technique légal en Suisse selon le système en vigueur.

² Pour le calcul de la valeur des pièces constitutives de fabrication suisse selon le 1^{er} alinéa, lettre *c* ci-dessus, les règles suivantes s'appliquent :

- a. le coût du cadran et des aiguilles n'est pris en considération que lorsqu'ils sont posés en Suisse;
- b. le coût de l'assemblage peut être pris en considération lorsqu'une procédure de certification prévue par un traité international garantit que, par suite d'une étroite coopération industrielle, il y a équivalence de qualité entre les pièces constitutives étrangères et les pièces constitutives suisses. »

Pour fixer des critères d'utilisation du nom «Suisse», il faut cerner l'idée que le consommateur se fait d'une montre suisse. Le législateur a estimé que le mouvement forme la pièce maîtresse, contrairement à la boîte, et que les opérations essentielles s'y rapportant sont à effectuer en Suisse ¹⁵⁸. Celles-ci comprennent l'assemblage, la mise en marche, le réglage et le contrôle par le fabricant. Le travail sous licence à l'étranger ne vaut pas comme travail en Suisse ¹⁵⁹. Un tribunal belge a décidé qu'une montre assemblée hors de Suisse ne pouvait pas porter l'indication «suisse». Selon la cour d'appel de Bruxelles, une montre prend la nationalité de l'artisan qui lui donne la solidité et la précision voulues ¹⁶⁰.

L'établissement de la part suisse minimale à 50% au moins de la valeur de toutes les pièces constitutives n'a pas été sans problème ¹⁶¹. L'accord horloger du 30 juin 1967 entre les Communautés européennes et la Suisse prévoyait qu'en contrepartie d'une réduction tarifaire de 30% par les Communautés dans le domaine horloger, l'industrie horlogère suisse abrogerait toute disposition ayant pour effet de limiter les importations des produits horlogers en provenance des Communautés. Celles-ci estimaient que la règle du 50% provoquerait une baisse dans les importations d'ébauches communautaires. Pour tenir compte de cette situation, le législateur helvétique a institué une procédure de certification pour permettre l'incorporation de davantage de parties détachées communautaires dans les montres suisses par la prise en compte de l'assemblage dans la valeur suisse (art. 2, 2^e al. let. *b*) ¹⁶². Cette solution est sanctionnée par l'Accord complémentaire à l'accord concernant les produits horlogers entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne ainsi que ses Etats membres du 20 juillet 1972 (RS 0.632.290.131).

Cette exception en faveur des Communautés affaiblit la protection du nom «suisse» puisqu'une montre peut porter ce nom même si la part suisse est inférieure, et de loin, à 50% de la valeur des pièces. Il y a fort à parier que le consommateur s'estimerait lésé s'il apprenait que la part étrangère de sa montre «Swiss made» dépasse la part suisse. C'était toutefois le prix à payer pour obtenir la démobilitation tarifaire et ne pas souffrir de mesures discriminatoires.

158 FF 1970 II 727; Küchler p. 19

159 Küchler p. 20

160 Cités par Küchler pp. 14 ss.

161 Küchler p. 23

162 Hool Fiche 149 p. 8; Fiche 151 p. 2

Il est normal que l'OSM introduise une condition qualitative car l'article 18 LMF impose déjà une correspondance entre indication de provenance et renommée ¹⁶³. Cette dernière notion sert de base à l'idée de qualité. L'acheteur d'une montre suisse s'attend à ce qu'elle satisfasse à une qualité minimale, à ce qu'elle soit fabriquée selon les normes ayant habituellement cours dans ce pays ¹⁶⁴. Il faut protéger l'attente que le public place dans la présence du nom « suisse ». Celui qui veut bénéficier de la réputation attachée à ce dernier sans respecter les minima qualitatifs « commet un acte déloyal qui devrait être considéré comme constituant l'infraction de fausse indication de provenance » ¹⁶⁵. Certes, la qualité n'est pas une condition positive d'utilisation mais une limitation négative: « que la qualité ne puisse être, au sens positif du terme, un signe distinctif de la montre suisse n'exclut nullement qu'une montre ne satisfaisant pas aux exigences minimums généralement admises pour une montre suisse puisse ne pas être reconnue comme montre suisse » ¹⁶⁶.

La boîte n'entre pas dans la définition de la montre suisse alors que les aiguilles et le cadran sont pris en considération dans le calcul du 50 % s'ils sont posés en Suisse (art. 2, 2^e al., let. a, OSM) ¹⁶⁷.

L'OSM règle l'utilisation du nom « suisse » non seulement sur la montre, produit terminé, mais aussi sur les parties détachées: boîtes (article 4), cadrans (article 5), ébauches (article 6). L'indication « suisse » ne peut être apposée que sur des pièces destinées à composer ou habiller des mouvements suisses au sens de l'article 2, 1^{er} alinéa, OSM. Par contre, des désignations telles que « boîte suisse » ou « cadran suisse » peuvent figurer sur des pièces suisses destinées à des mouvements étrangers à condition que ces désignations ne soient pas visibles pour l'acheteur une fois le produit terminé.

Les infractions à l'OSM tombent sous le coup des dispositions pénales de la LMF (art. 8 OSM).

L'OSM résulte d'un exercice d'équilibre assez périlleux et repose sur les trois piliers que sont les contingences économiques, les principes juridiques suisses et les obligations internationales contractées par la Suisse. La marge de manœuvre en vue de toute éventuelle révision est très étroite. Dès que l'on touche à l'un de ces piliers, on court le risque de provoquer l'effondrement de l'édifice.

163 Guyet p. 39; Hool Fiche 151 p. 2

164 Küchler pp. 17 ss.; FF 1970 II 752; SJ 1959 p. 165

165 SJ 1959 p. 155; Küchler p. 18; FF 1970 II 753

166 Hool Fiche 151 p. 2

167 Hool Fiche 151 p. 2.

Chapitre 8: Protection de l'indication « suisse » à l'étranger

Section 22: Selon les conventions multilatérales

§ 1.: Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle

Le nom « suisse » est particulièrement vulnérable à l'étranger, où il fait l'objet de fréquents abus. Il est donc déterminant pour les ayants droit de pouvoir faire valoir leurs prérogatives dans les pays dans lesquels les usurpations sont perpétrées.

La convention multilatérale la plus importante en cette matière est sans conteste la CUP. Elle commence par assimiler aux nationaux les étrangers ressortissants des Etats membres et les autres étrangers qui sont domiciliés ou ont des établissements industriels ou commerciaux effectifs et sérieux sur le territoire de l'un des pays de l'Union (articles 2 et 3). Cela signifie que ces personnes bénéficient dans le pays membre dans lequel la protection est revendiquée des mêmes moyens de droit, de la même protection juridique que ceux accordés aux indigènes par la loi nationale de ce pays ¹⁶⁸.

La protection des indications de provenance est prévue expressément à l'article 10 dont le premier alinéa renvoie aux sanctions de l'article 9 en cas d'utilisation directe ou indirecte d'une indication fausse concernant la provenance du produit. Seule est visée l'utilisation sur des produits par opposition à celle intervenant sur des enseignes, des prospectus, des factures ou en-têtes de lettres ¹⁶⁹. La protection couvre également les dénominations auxquelles aucune renommée particulière n'est attachée ¹⁷⁰. Il faut cependant souligner la portée toute relative de cet article car il abandonne aux juridictions nationales le soin de définir la notion d'indication fausse concernant la provenance. Or, cette notion peut varier d'un pays à l'autre ¹⁷¹.

La protection du nom « suisse » est assurée de manière très inégale car dans bien des Etats l'adjonction d'un correctif suffit pour annuler le caractère trompeur d'une fausse indication.

En guise de sanctions, l'article 9 CUP ne comprend ni dispositions civiles ni dispositions pénales mais des mesures administratives ¹⁷², à savoir la saisie à l'importation, la saisie à l'intérieur du pays dans lequel l'apposition a eu lieu et la saisie à l'intérieur du pays de l'importation. Ces sanctions doivent être appliquées, dans l'ordre indiqué, si elles sont prévues par la législation nationale ¹⁷³. Si celle-ci ne comprend aucune de ces trois mesures, le lésé dispose en dernier ressort des moyens et actions qu'elle assure aux nationaux (art. 9, 6^e al., CUP). Les Etats membres ne sont dès lors pas tenus de compléter leur législation même défailtante; il est bien sûr souhaité qu'ils le fassent ¹⁷⁴. La procédure est entièrement régie par la loi du pays où l'action est intentée ¹⁷⁵. Le degré de protection offert ne va donc guère au-delà du traitement national.

La saisie, lorsqu'elle est prévue, a lieu à la requête soit du Ministère public, soit de toute

168 Bodenhausen pp. 28 ss.; Journot p. 19; Miosga pp. 18 ss.

169 Dunant p. 554; Journot p. 130

170 Miosga p. 101

171 Bodenhausen p. 146; Aubry/Plaisant pp. 251 ss.; Jaton p. 155; PI 1946 p. 21; PI 1978 p. 139

172 Miosga pp. 93 ss.

173 Jaton p. 144; Antoniazzi p. 72; Bodenhausen p. 142

174 Antoniazzi p. 71; Bodenhausen p. 143

175 Jaton p. 146; Bodenhausen p. 142

autre autorité compétente, soit d'une partie intéressée conformément à la législation intérieure de chaque pays (art. 9, 3^e al., CUP). Est en tout cas reconnu comme partie intéressée, que ce soit une personne physique ou morale, tout producteur, fabricant ou commerçant engagé dans la production, la fabrication ou le commerce du produit muni de la fausse indication et établi soit dans la localité faussement indiquée comme lieu de provenance, soit dans la région où cette localité est située, soit dans le pays faussement indiqué, soit dans le pays où la fausse indication est employée (art. 10, 2^e al., CUP). La légitimation active est refusée à ceux qui ne fabriquent ni ne commercialisent des produits identiques à ceux munis de la fausse indication¹⁷⁶. Par «établi», il faut comprendre la possession d'un établissement industriel ou commercial effectif et sérieux¹⁷⁷.

Selon l'article 10 *bis* CUP, les Etats membres s'engagent à accorder aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale (1^{er} al.). Cette protection doit être au moins égale à celle instituée par la clause générale (2^e al.), qui déclare déloyal tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale, et par les clauses particulières énumérées au 3^e alinéa à titre d'exemple¹⁷⁸. Au-delà de ces observations, cet article se prête aux interprétations nationales les plus diverses. On remarque à ce propos une grande variété dans les moyens arrêtés par les Etats membres pour assurer une concurrence loyale au niveau national¹⁷⁹. Là aussi, l'efficacité de la législation sur la concurrence déloyale pour préserver le nom «suisse» dépend du contenu de la loi nationale et de son interprétation jurisprudentielle.

Pour pallier quelque peu les insuffisances des articles 9, 10 et 10 *bis* qui finalement s'en remettent aux régimes nationaux, l'article 10 *ter* fait obligation aux Etats membres d'offrir des recours légaux appropriés pour réprimer efficacement tous les actes visés aux trois articles mentionnés. En vue de la répression de ces mêmes actes, les Etats membres s'engagent à prévoir des mesures pour permettre aux syndicats et associations professionnelles d'agir (art. 10 *ter*, 2^e al., CUP). L'idée est de placer les groupements étrangers sur le même plan que les groupements indigènes dans la mesure où l'existence des premiers nommés n'est pas contraire aux lois de leur pays d'origine. Certes, l'étendue du droit de plainte est réglementée par le droit du pays de protection¹⁸⁰.

En résumé, nous relèverons que dans l'optique de protéger le nom «suisse» les dispositions de la CUP ne sont pas déterminantes mis à part l'octroi du traitement national. La protection est très aléatoire dans les pays dans lesquels la réglementation des indications de provenance est lacunaire, et efficace dans les autres¹⁸¹.

§ 2: Arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses sur les produits

L'AM résulte de la volonté d'un certain nombre d'Etats de garantir aux indications de provenance une meilleure protection que celle accordée à l'époque (fin XIX^e / début XX^e) par la CUP. Par conséquent, l'AM constituait à l'origine un texte sensiblement plus rigoureux que la CUP¹⁸². Depuis, cette dernière a comblé son retard. Pris dans leur ensemble, ces deux textes, à savoir la CUP et l'AM, ont une portée sensiblement égale.

176 Antoniazzi p. 72; Jaton p. 151; Lustenberger p. 55; Dunant p. 553; Miosga p. 103

177 Jaton p. 153

178 Miosga p. 107

179 Voir Miosga p. 108

180 Miosga pp. 180 ss.

181 Voir par ex. RSP1A 1962 p. 115, 1959 p. 29, 1957 p. 11

182 Plaisant p. 255

L'AM couvre tout produit portant une indication fautive ou fallacieuse par laquelle un des pays auxquels s'applique l'Arrangement, ou un lieu situé dans l'un d'entre eux, serait directement ou indirectement indiqué comme pays ou comme lieu d'origine (art. 1, 1^{er} al., AM).

« Par indication fautive, il faut entendre la mention inexacte d'un lieu déterminé comme étant celui de la production tandis que par indication fallacieuse, on comprend une indication fictive utilisée pour faire croire à une provenance dudit endroit ou toute autre indication utilisée dans le même but. »¹⁸³ L'indication fallacieuse n'est donc pas forcément fautive. Qualifier une indication de fautive ou fallacieuse dépend de l'avis des milieux concernés du pays de protection.

L'application de l'AM ne dépend ni d'une éventuelle réputation de l'indication ni de sa protection au pays d'origine¹⁸⁴. Il importe que l'indication soit utilisée sur le produit ou l'emballage ou soit liée physiquement d'une façon ou d'une autre au produit (étiquette volante) et qu'elle éveille l'idée selon laquelle le produit provient de l'endroit désigné¹⁸⁵.

La question est controversée de savoir si l'article 1 AM s'applique aussi en cas de recours à des correctifs (« chocolat allemand recette suisse », « champagne espagnol »). Il semble que ce point soit laissé à l'appréciation des interprétations nationales¹⁸⁶.

Les sanctions prévues par l'AM sont identiques à celles que nous avons rencontrées à l'article 9 CUP¹⁸⁷, à savoir saisie à l'importation, saisie à l'intérieur du pays de protection, saisie à l'intérieur du pays de commission de l'acte ou prohibition d'importation. Ces sanctions en cascade, qui sont appliquées si elles sont prévues par la législation nationale, sont aussi de pures mesures administratives en ce sens qu'elles ne contiennent aucune sanction de droit civil ou de droit pénal¹⁸⁸. La saisie est une mesure provisionnelle¹⁸⁹. L'exécution de ces mesures relève du droit national, elles ne sont pas directement applicables¹⁹⁰.

A défaut des mesures prévues, le lésé bénéficie des mêmes actions et moyens de droit que la législation accorde aux nationaux (art. 1, 4^e al., AM). Si les indications de provenance ne jouissent d'aucune protection spéciale, le lésé peut invoquer les dispositions correspondantes de la loi sur les marques ou les noms commerciaux (art. 1, 5^e al., AM). Ce dernier point marque un progrès par rapport à la CUP.

Selon l'article 2, la saisie a lieu à la diligence de l'Administration des douanes. Cela signifie que cette dernière intervient d'office lorsque le droit national lui en donne la compétence¹⁹¹. Le choix des autorités douanières est logique puisqu'elles sont directement en contact avec le commerce des marchandises¹⁹². A côté de cela, le Ministère public ou toute autre autorité compétente peut requérir la saisie, soit à la demande de la partie lésée, soit d'office. La saisie d'office n'a lieu que si elle est expressément prévue par la législation nationale. Nous précisons que la notion de partie lésée ici est identique à celle de partie intéressée au sens de l'article 10, 2^e alinéa, CUP¹⁹³.

L'article 3 règle une situation que nous avons déjà rencontrée lors de notre étude de la

183 Antoniazzi p. 80

184 Miosga p. 450

185 Miosga p. 451 ; Jaton p. 170

186 Miosga p. 451 ; P1 1978 p. 140

187 p. 91

188 Miosga p. 456

189 Jaton p. 179

190 Miosga pp. 452, 457

191 Jaton pp. 182 ss. ; Journot p. 29

192 Miosga p. 461

193 Antoniazzi p. 78 ; Journot p. 29 ; Jaton p. 190 ; Miosga p. 462 ; *supra* p. 92

LMF (article 19)¹⁹⁴, à savoir celle où le vendeur indique son nom et son adresse sur le produit alors que celui-ci est fabriqué dans un autre lieu. Il y a risque de confusion sur la provenance réelle. Pour pallier ce danger, l'article 3 exige que l'adresse ou le nom du vendeur soit accompagné de l'indication précise du pays de fabrication ou de production, ou d'une autre indication suffisante pour éviter toute erreur sur l'origine véritable des marchandises.

L'article 1 AM couvre l'emploi des indications de provenance sur les produits. L'article 3 *bis* étend la protection à l'utilisation sur des enseignes, annonces et autres papiers d'affaires. Cette disposition témoigne d'une amélioration par rapport à la CUP même si elle ne s'applique pas directement mais oblige seulement les Etats à introduire une telle réglementation.

La portée de l'AM est sensiblement réduite par la dernière disposition que nous souhaitons mentionner : l'article 4. Cet article abandonne aux tribunaux des Etats membres le soin de déterminer les appellations génériques qui échappent à toute protection. Ce principe a pour corollaire que le statut d'un nom géographique peut varier d'un pays à l'autre et créer des situations fort dommageables lorsqu'on sait, par exemple, qu'un tribunal finlandais a estimé que l'expression « Sveitsin Suklaa » (= « chocolat suisse ») est une indication générique admissible sur un produit finlandais. La Finlande n'est pas membre de l'AM mais même son adhésion n'aurait pas obligé ledit tribunal à trancher dans le sens contraire. L'article 4 réserve néanmoins un régime privilégié aux appellations viticoles régionales qui sont appréciées uniquement en fonction de leur statut au pays d'origine. Leur éventuelle transformation en indications génériques dans le pays de protection ne peut être invoquée. Notons que ce cas spécial ne contribue guère à affermir la protection du nom « suisse » à l'étranger car ce dernier ne constitue nullement une appellation viticole régionale.

Section 23 : Selon les traités bilatéraux

Face à l'inefficacité des conventions multilatérales, les Etats, depuis près de 25 ans, cherchent à améliorer la protection des indications de provenance par la voie bilatérale. La Suisse n'est pas restée indifférente à ce mouvement et a conclu six traités avec les pays suivants : la République fédérale d'Allemagne, la Tchécoslovaquie, l'Espagne, la France, le Portugal et la Hongrie¹⁹⁵. La Suisse espère pouvoir signer un tel accord également avec l'Italie et mène des négociations à cet effet.

Ces accords marquent un progrès certain par rapport à la CUP et à l'AM notamment parce qu'ils permettent de mieux prendre en compte les besoins de chaque Etat contractant¹⁹⁶. Tous ces accords sont calqués sur le même modèle à quelques dispositions mineures près si bien qu'on peut les examiner de manière globale.

Le traité vise à protéger un certain nombre de dénominations géographiques dans la mesure où elles sont utilisées dans le commerce en rapport avec des produits ou marchandises (non avec des services). L'objectif recherché par le traité est le suivant : assurer une

194 p. 76

195 RS 0.232.111.191 36-0.232.111.197.41

196 Tilmann p. 419; GRUR Int. 1974 p. 137; Journot p. 43

protection aux indications de provenance suisses sur le territoire de l'Etat contractant et vice-versa ¹⁹⁷.

Le traité accorde une protection absolue, sur le territoire de l'Etat cocontractant, au nom « Suisse » et à celui des cantons (article 3). Ces dénominations ne peuvent être utilisées que pour des produits suisses et aux conditions prévues par la législation suisse. Il est donc envisageable qu'un juge étranger soit amené à trancher un cas d'espèce en vertu du droit suisse ¹⁹⁸. Ce régime assure à la dénomination une protection uniforme et évite sa dégénérescence en indication générique dans l'Etat cocontractant ¹⁹⁹.

Dans le traité avec la France, il existe une exception en faveur de l'expression « Petit Suisse » car elle désigne un produit fabriqué sous ce nom-là en France depuis plus de cent ans et est également considérée comme générique en Suisse (art. 82, 5^e al. de l'ordonnance sur les denrées alimentaires, RS 817.02).

Le traité accorde également une protection relative, c'est-à-dire en rapport avec des produits déterminés, à toute une série de dénominations figurant dans une liste annexée à l'accord. Nous ne nous étendons pas sur ces listes car elles ne jouent aucun rôle quant à la protection du nom « Suisse ». Comme ce dernier bénéficie d'une protection absolue, à savoir en rapport avec n'importe quel produit, en vertu de l'article 3, il n'est pas nécessaire d'indiquer des produits accompagnés de l'indication de provenance suisse dans la liste (montre suisse, chocolat suisse).

Cette protection absolue souffre toutefois d'exceptions. Ainsi, si l'une des dénominations protégées correspond au nom d'une région située hors du territoire de la Confédération, l'accord n'exclut pas que la dénomination soit utilisée pour des produits fabriqués dans cette région à condition que toute confusion soit exclue (art. 3, 3^e al.). Il découle de ce texte qu'il n'est guère possible de s'opposer à la présence des expressions « Suisse normande » (région du bocage normand, France), « Holsteinische Schweiz » ²⁰⁰ (RFA) et « fränkische Schweiz » (RFA) sur des marchandises en provenance de ces régions. Eu égard à la dernière nommée, un tribunal allemand a estimé que le nom « Frankenschweizer » ne constitue pas un cas d'homonymie acceptable mais au contraire une mention trompeuse si elle est apposée sur des fromages allemands ²⁰¹.

Comme autre exception, nous mentionnons les raisons de commerce dans la mesure où elles comprennent le nom d'une personne physique et son domicile ou son siège (art. 3, 4^e al.), mais toujours sous réserve de tromperie. Une société établie à Munich et dénommée « Schweizer » (nom du fondateur par exemple) pourrait indiquer sur ses produits : Hans Schweizer AG, München. L'usage du seul nom à titre de marque n'est licite qu'à certaines conditions qui dépendent du cas d'espèce (prouver un intérêt légitime).

Cette exception en faveur des patronymes est justifiée car le titulaire doit pouvoir utiliser son nom dans la mesure du possible et il ne peut guère le changer en cas de conflit ²⁰².

La protection conférée par le traité couvre aussi la dénomination protégée si elle est utilisée en traduction dans une forme modifiée ou si elle est accompagnée d'un relocalisant (véritable origine : « champagne suisse ») ou d'un délocalisant (« chocolat type suisse ») ²⁰³ (voir art. 4, 2^e al.). Celui qui tient réellement à mentionner que son produit est fabriqué selon une recette suisse doit indiquer l'origine commerciale (« Fabriqué selon

197 FF 1968 II 229; Journot p. 41

198 Tilmann p. 420; FF 1968 II 230

199 FF 1974 II 1181

200 GRUR Int. 1967 p. 339

201 GRUR Int. 1986 p. 477

202 GRUR Int. 1967 p. 340

203 GRUR Int. 1967 p. 340

une recette suisse de la société X à B»). La simple mention «recette suisse» ne suffit pas. Cette règle stricte concerne aussi les succursales ou filiales étrangères d'entreprises suisses²⁰⁴.

Nous pouvons aussi admettre que les formes adjectivales sont assimilables au nom protégé et bénéficient de la même protection que ce dernier (art. 3)²⁰⁵. Cette position a été récemment suivie dans un arrêt du Landgericht I de Munich²⁰⁶ alors que précédemment, en RFA, on était plutôt d'avis que les adjectifs constituaient des formes modifiées et devaient être traités comme telles (art. 4, 2^e al.)²⁰⁷. La différence est de taille car, selon l'article 3, l'adjectif est protégé dès qu'il est utilisé alors que selon l'article 4 il ne l'est qu'en présence d'un risque de confusion. Pour éviter ce débat, il suffira d'introduire expressément les adjectifs aux articles 2 et 3 de tout futur accord. Il ressort toutefois du traité passé entre la Suisse et la Hongrie qu'on a opté dans ce cas-là pour la solution de l'article 4 (voir chiffre 6 du protocole, RS 0.232.111.194.18). A titre d'exemples nous signalerons que l'expression «Nach Schweizer Rezept» (recette suisse) apposée sur du chocolat allemand a été déclarée contraire au traité germano-suisse²⁰⁸ et la marque «Franco-Suisse» apposée sur des produits français contraire au traité franco-suisse^{208a}.

Les infractions sont réprimées en vertu même du traité par tous les moyens judiciaires ou administratifs qui, selon la législation des Etats contractants, peuvent servir à lutter contre la concurrence déloyale ou les dénominations illicites (art. 4, 1^{er} al.). Le traité ne prévoit donc pas de sanctions expresses, il fait obligation aux cocontractants de pourvoir aux moyens de droit. En Suisse, ces moyens sont en général fournis par la LCD et la LMF. Le traité saisit l'emploi de la dénomination protégée dans le domaine commercial, à savoir sur le produit ou son emballage, dans la publicité ou sur les papiers d'affaires.

Pour compléter la protection accordée aux noms de l'Etat et des cantons ainsi qu'à certaines dénominations, l'article 5 du traité stipule une interdiction générale de tromperie visant les signes distinctifs, marques, noms, inscriptions ou représentations graphiques qui contiennent directement ou indirectement des indications fausses ou fallacieuses sur la provenance, l'origine, la nature, la variété ou les qualités substantielles des produits. Le but de cette norme est de combler les lacunes éventuelles en reprenant un principe qui est à la base de la législation sur la concurrence déloyale. Cet article n'apporte rien de plus mais les négociateurs ont néanmoins estimé utile d'exprimer ce principe. Comme exemple d'indications fausses ou fallacieuses, l'article 5, 2^e alinéa mentionne les indications de provenance indirectes : représentations de lieux, de monuments, de personnages historiques, etc.

Nous relèverons encore que la qualité pour agir appartient notamment aux associations professionnelles qui possèdent ladite qualité dans leur pays d'origine (article 6). Parmi les associations suisses habilitées, nous citerons à titre d'exemples la Fédération de l'industrie horlogère suisse (FH), l'Union centrale des producteurs suisses de lait (UCPL), l'Union suisse du commerce de fromage (Käseunion) et l'Union des fabricants suisses de chocolat (Chocosuisse).

204 GRUR Int. 1981 p. 545; GRUR Int. 1967 p. 335

205 FF 1968 II 237

206 GRUR Int. 1987 p. 104

207 GRUR Int. 1982 p. 558; GRUR Int. 1981 p. 544; GRUR Int. 1967 p. 344

208 GRUR Int. 1982, p. 558

208a PIBD 1983 III p. 102

TITRE TROISIÈME

PROTECTION DES ARMOIRIES FÉDÉRALES

DE LEGE FERENDA

Chapitre 9: Critique du droit actuel

Section 24: Différences de traitement

§ 1: Remise en question du principe de l'interdiction absolue

En adoptant la LPAP, le législateur souhaitait mettre un terme aux usurpations de toutes sortes dont les armoiries suisses étaient victimes en Suisse et dans le monde en adaptant la législation helvétique à la CUP¹. Il convenait tout d'abord de protéger les emblèmes étrangers en Suisse pour obtenir la réciprocité et, ensuite, en vertu d'une logique évidente, de protéger les emblèmes suisses sur le territoire de la Confédération². Il en est résulté une interdiction absolue d'enregistrer l'emblème national comme marque et de l'utiliser sur des produits.

L'enregistrement des signes publics est réglementé à la fois dans la LMF et dans la LPAP. Pour le public et pour le juge, la situation est manifestement plus claire et plus nette si la loi spéciale, en l'occurrence la LPAP, règle la matière d'une façon aussi complète que possible plutôt que d'obliger l'intéressé à chercher les prescriptions applicables dans diverses lois et ordonnances. En outre, cette dualité est fâcheuse dans la mesure où les deux textes ne concordent pas sur tous les points.

Pour justifier le principe de l'interdiction absolue, le législateur a avancé les raisons que voici.

De même que les marques et les armoiries familiales sont des attributs de la personnalité des personnes privées, les armoiries publiques sont propriété exclusive de l'Etat et lui seul peut en disposer³.

Ensuite, l'emblème de souveraineté nationale ne doit pas servir des fins mercantiles. Cela risque de le dégrader et de froisser la dignité nationale⁴. Les marques et les indications de provenance sont suffisantes pour permettre à l'industrie suisse de distinguer sa production.

Enfin, pour garantir une protection optimale aux armoiries suisses à l'étranger en vertu de l'article 6 *ter* CUP, il est indispensable de les soumettre en Suisse au régime de l'interdiction absolue. La présence répétée même licite de tels signes sur des produits inciterait à l'utilisation illicite⁵. De plus, l'institution d'un système prévoyant des exceptions condui-

1 Bull. stén. (CE) 1931 p. 50; FF 1929 111 627 ss.

2 Bull. stén. (CN) 1930 p. 951

3 *Supra* pp. 37-38

4 *Supra* p. 38; de Claparède p. 8

5 *Supra* p. 38

rait à une insécurité juridique et placerait l'autorité compétente devant des choix difficiles ⁶.

Le législateur a toutefois limité ce régime sévère à deux cas particuliers : l'enregistrement comme marque et l'emploi sur les produits. Il a d'emblée autorisé l'utilisation de l'emblème fédéral sur les supports publicitaires et les papiers d'affaires. On considérait comme inutile et désavantageux de saisir aussi ces genres d'utilisation alors que l'article 6 *ter* CUP n'en parle point ⁷.

La LPAP remplit la fonction de texte d'application de l'article 6 *ter* CUP. Elle va pourtant au-delà de ce que ce dernier stipule. Il ne pose pas le principe de l'interdiction absolue et, au contraire, donne à l'Etat membre la compétence d'aménager des utilisations possibles de ses signes publics ⁸. Il serait tout à fait admissible pour cet Etat, au regard de l'article 6 *ter* CUP, d'autoriser par exemple le recours à ses armoiries sur des produits à condition qu'il n'en résulte aucun risque de tromperie. La disposition conventionnelle exige la condamnation de celui qui utilise les armoiries à défaut d'autorisation des pouvoirs compétents. Cette condamnation s'applique à toute personne qui ne respecte pas les dispositions pertinentes de la législation nationale. A l'intérieur de ce cadre, le législateur dispose d'une certaine liberté de manœuvre. Nul doute que des régimes plus souples que la législation suisse actuelle permettent aussi de protéger les armoiries : ainsi, l'interdiction d'usage seulement s'il y a risque d'induire le public en erreur. Toute utilisation trompeuse à l'étranger peut être incriminée en vertu de l'article 6 *ter* CUP, ce qui correspond au but poursuivi par cette disposition. Celle-ci offre aussi la possibilité d'élaborer un système nuancé en matière d'enregistrement de marques.

Dans son esprit, l'article 53, 2^e alinéa, CG ne s'oppose pas non plus de façon absolue à la simple apposition des armoiries suisses sur des produits puisque seule l'utilisation contraire à la loyauté commerciale est condamnée ⁹. Certes, l'emploi comme marque ou élément de marque est interdit. A ce propos, il sied de remarquer que cette disposition a été insérée, par égard pour la Suisse, pour lutter contre la prolifération déloyale ou blessante des armoiries suisses sur une multitude de produits étrangers. De l'esprit du texte, il découle que la CG ne s'attaque pas aux pratiques qui interviendraient en plein accord avec la loi suisse. Il ne serait pas concevable qu'un Etat soit restreint dans son pouvoir de disposer de son propre emblème de souveraineté conformément aux bonnes mœurs.

Le respect des conventions internationales, d'une part, et le droit de les invoquer, d'autre part, en vue d'assurer la protection des armoiries suisses à l'étranger, n'exigent nullement le maintien d'une loi aussi stricte que la LPAP.

L'article 3 LPAP autorise l'emploi commercial des armoiries suisses s'il n'intervient pas à titre de marque. Ainsi, ces dernières apparaissent très fréquemment dans les annonces publicitaires, sur les enseignes, prospectus, papiers d'affaires, etc. Ces pratiques sont considérées comme normales pour les consommateurs et ne blessent nullement leur sentiment national. Dans la mesure où le public est habitué à l'emploi des armoiries suisses pour la promotion des produits, on ne voit pas pourquoi il serait choqué par la présence de ce signe sur les produits eux-mêmes.

Si l'on estimait que le droit de disposition exclusif dévolu à l'Etat sur l'emblème national faisait obstacle à son utilisation commerciale par des particuliers, il aurait fallu interdire tout emploi commercial. Or, il n'en est rien au vu des exceptions prévues à l'article 3 LPAP. Au contraire, en adoptant cet article, le législateur admettait implicitement qu'une forme

6 De Claparède p. 2; GRUR 1927 p. 123

7 *Supra* pp. 46 ss.

8 *Supra* pp. 55-56

9 *Supra* p. 58

au moins d'emploi commercial est compatible avec le droit exclusif concédé à l'Etat. Si l'emploi commercial non à titre de marque ne viole pas le droit de la personnalité de l'Etat, il en va nécessairement de même de l'emploi commercial à titre de marque. La différence de traitement opérée par le législateur en rapport avec ce soi-disant droit exclusif de l'Etat est dès lors sans fondement.

En résumé, le régime sévère de l'article 2 LPAP n'est pas justifié. Le respect des conventions multilatérales de même que le besoin de protection des armoiries s'accommoderaient d'un système plus souple. Le droit exclusif de l'Etat sur son emblème de souveraineté ne fait pas obstacle à son emploi commercial. D'ailleurs, la loi actuelle admet une forme au moins d'emploi commercial sans que cela heurte le sentiment national des Suisses.

§ 2: Armoiries fédérales et services

Jusqu'à présent, nous avons examiné l'utilisation des armoiries suisses en rapport avec les produits. Nous allons maintenant constater que le traitement des services est différent.

Les services sont des prestations qu'une entreprise fournit à des tiers contre rémunération en vue de satisfaire un besoin déterminé. Comme exemples, nous citons les activités suivantes : nettoyage, publicité, réparation, organisation de voyages, information, transport, hôtellerie, opérations bancaires et d'assurance, spectacle, radio, télévision, enseignement, surveillance, santé, représentation. Les services peuvent porter sur des objets appartenant à des tiers (réparation, nettoyage) ou ne pas avoir de rapport directement avec des produits (banques, assurances, publicité, agence de voyages) ¹⁰. Le service n'a donc pour objet ni la fabrication ni le commerce de produits.

Il est indéniable que le commerce des services a pris un essor fantastique et occupe une place importante dans l'économie nationale ¹¹.

Devant la multitude des services offerts, il existe un besoin réel pour les prestataires de différencier leur offre par rapport à celle des concurrents, d'où l'existence de marques de service ¹². La marque de service est un signe verbal, figuratif ou mixte qui, dans les affaires, a pour fonction d'indiquer la provenance des services et de les distinguer des services offerts par les concurrents.

Les marques de service sont présentes sur le marché suisse mais ne sont pas protégeables selon la LMF car cette dernière prévoit la possibilité d'enregistrer des marques de produit seulement. Il sera remédié à cette situation anachronique dans le cadre de la révision en cours de la LMF. Il ne reste pour le moment aux entreprises de service éventuellement lésées par des actes d'usurpation que le recours à la LCD.

Dans la mesure où elle n'est pas liée à des produits, la marque de service, pour jouer son rôle, apparaît sur différents supports : factures, listes de prix, polices d'assurance, prospectus, papier à lettre, papiers d'affaires ¹³. Certes, la marque de service peut aussi avoir un produit comme support : marque d'une entreprise de transport apposée sur des camions, avions, bateaux, wagons, etc. ; marque d'un hôtel apposée sur les couverts, les nappes...

Pour remplir pleinement sa fonction, la marque de produit doit apparaître sur les produits qu'elle distingue ou du moins sur leur emballage et tombe dès lors sous le coup de l'article 2 LPAP. La marque de service quant à elle entraîne l'application de

¹⁰ PI 1959 p. 138; Fleury pp. 10, 180 ss. ; Schreiner pp. 118 ss. ; Mathély p. 83

¹¹ Schreiner p. 39

¹² Fleury p. 177

¹³ Schreiner pp. 80, 147

l'article 3 LPAP. Cette situation provoque un déséquilibre en ce sens qu'il n'est pas possible d'introduire les armoiries fédérales dans une marque de produit alors qu'il est possible de le faire dans une marque de service (qui ne distingue pas un produit). En effet, l'article 3 autorise tout emploi qui n'est pas effectué sur des produits.

Cette différence de traitement est injustifiée car elle privilégie le secteur tertiaire et pénalise le secteur secondaire.

Section 25: Utilisation à des fins décoratives

Selon l'article 2 LPAP, il est interdit d'apposer les armoiries fédérales sur des produits dans un but commercial, en particulier comme éléments de marques de fabrique ou de commerce.

Comme nous l'avons relevé ¹⁴, l'activité commerciale a pour objet l'échange de prestations. Toute action destinée à obtenir des tiers une contre-prestation doit être qualifiée de commerciale. Cela signifie selon nous que l'usage de l'emblème helvétique sur des produits en vue d'en permettre la vente poursuit un but commercial ^{14a}.

L'emploi de ce signe comme élément de marque constitue l'exemple type d'usage commercial. Toutefois, l'article 2 n'interdit pas seulement l'usage à titre de marque mais toute forme d'usage commercial sur les produits, car l'usage comme marque n'en constitue qu'un cas particulier.

Devant le caractère absolu de cette interdiction, la doctrine et la jurisprudence, prenant appui sur le message, estiment que l'emploi des armoiries suisses sur des produits dans un dessin purement décoratif n'est pas considéré comme une apposition dans un but commercial et échappe ainsi à la LPAP. Cette exception concerne notamment la décoration des produits des arts appliqués (gobelets, coupes, ...) et des articles de souvenir ¹⁵.

Cette position nous paraît erronée. Lorsque les armoiries apposées sur des articles servent manifestement à la décoration, on peut en déduire qu'elles ne sont pas utilisées comme marques, mais cela ne signifie pas que tout caractère commercial ait disparu. Bien au contraire, la décoration d'articles de souvenir au moyen de l'emblème suisse les caractérise et doit être considérée comme une condition essentielle de leur vente: les chances qu'un article de souvenir dépourvu d'armoiries soit vendu sont plus faibles ^{15a}.

Ainsi, l'apposition des armoiries comme marques ou comme élément purement décoratif vise dans les deux cas le même objectif: provoquer l'achat de l'objet. Il s'agit là indéniablement d'une activité commerciale et les armoiries sont donc apposées dans un but commercial. Il est faux de prétendre que l'usage décoratif n'intervient par principe pas à titre commercial.

Pour être valable, l'exception en faveur du caractère décoratif prépondérant devrait figurer expressément dans la loi car elle ne peut être déduite du texte même de l'article 2 LPAP.

En résumé, il nous paraît contradictoire d'opposer l'usage commercial à l'usage décoratif; par contre, il nous semble juste d'opposer l'usage décoratif à l'usage comme marque. Le législateur a peut-être estimé que l'usage commercial sur les produits et l'usage comme

¹⁴ pp. 41-42

^{14a} RSJ 1940 p. 181

¹⁵ *Supra* pp. 42 ss.

^{15a} RSJ 1940 p. 187

marque étaient identiques, ou il n'a voulu saisir que l'usage à titre de marque ¹⁶. Mais la lettre de l'article 2 ne confirme pas cette idée puisque celui-ci fait de l'usage comme marque un cas particulier de l'usage commercial sur les produits.

Nous devons encore évoquer le problème suivant. Dès que l'emblème helvétique figure sur un produit, c'est l'article 2 qui entre en ligne de compte à l'exclusion de l'article 3 ^{16a}. Si cet emblème poursuit un but essentiellement décoratif, il échappe à la loi sans que l'on puisse apprécier le cas sous l'angle de la tromperie car l'article 2, contrairement à l'article 3, ne prévoit rien à ce sujet. Eu égard à l'exception assez large en faveur du caractère décoratif, certains produits même fabriqués à l'étranger peuvent être mis dans le commerce munis des armoiries suisses sans être inquiétés par la LPAP. Or, il n'est pas exclu que cette utilisation décorative induise le public en erreur sur l'origine des produits. Prenons l'exemple des fameux couteaux «suisses» munis de la croix blanche et fabriqués à l'étranger.

Ces constatations nous incitent à affirmer que la rédaction de l'article 2 LPAP est peu claire et prête pour le moins à confusion quant à la portée de l'interdiction visée par le législateur.

Section 26: Emploi fait par un étranger à l'étranger

Selon l'article 3, 2^e alinéa, lettre c, LPAP, l'emploi des armoiries suisses par un étranger établi à l'étranger est réputé contraire aux bonnes mœurs et est par conséquent interdit. Le législateur a voulu en faire une infraction *sui generis* pour préserver le sentiment national des Suisses.

On peut douter de l'opportunité d'une telle disposition car l'autorité judiciaire helvétique n'a de toute façon aucun moyen d'intervenir à l'étranger. Un tribunal suisse ne peut se saisir de l'affaire que si le lieu de commission ou du résultat se trouve en Suisse (article 15 LPAP) ¹⁷.

Nous avons en plus déjà relevé le tort que le caractère absolu de cette disposition peut causer aux entreprises suisses désireuses de confier la promotion de leurs produits dans un pays étranger à un distributeur local ¹⁸. Appliqué à la lettre, cet article conteste à ce dernier le droit d'employer l'emblème helvétique même en rapport avec des produits suisses, ce qui est manifestement injustifié.

Il est possible qu'un juge étranger souhaite apprécier un cas d'utilisation des armoiries suisses dans son pays à la lumière de la législation suisse. Il suffirait que la loi suisse réserve l'utilisation des armoiries fédérales aux produits helvétiques pour que la protection de ces dernières soit raisonnablement assurée à l'étranger. L'interdiction absolue faite à tout étranger établi à l'étranger nous semble disproportionnée.

Dans ce chapitre, nous avons essayé de démontrer que la réglementation concernant l'emploi des armoiries fédérales n'est plus adaptée aux circonstances actuelles et comporte un certain nombre de contradictions que nous pourrions illustrer par l'exemple suivant.

Un étranger établi à l'étranger peut, en vertu de l'article 2 LPAP ¹⁹, apposer l'emblème

¹⁶ RSJ 1940 pp. 185-186

^{16a} *Supra* p. 43

¹⁷ *Supra* p. 47

¹⁸ pp. 47-48

¹⁹ *Supra* pp. 42 ss.

helvétique à des fins décoratives sur les articles de souvenir qu'il fabrique. Par contre, il lui est défendu par l'article 3, 1^{er} alinéa, lettre c, LPAP, du moins dans sa lettre, d'utiliser ledit emblème dans la publicité qu'il fait pour promouvoir ces articles ou, ce qui est encore plus absurde, pour promouvoir des articles de souvenir fabriqués en Suisse.

Chapitre 10: Analogie entre le nom «suisse» et les armoiries fédérales

Section 27: Nature du nom «suisse»

En tant qu'indication de provenance, le nom «suisse» est un signe distinctif au même titre qu'une marque ou qu'une raison de commerce²⁰. Toutefois, l'indication de provenance «suisse» est à la disposition de plusieurs entreprises, à savoir, sous certaines conditions, de toutes les entreprises établies en Suisse²¹. C'est donc un signe distinctif collectif, un peu à l'image de la marque collective, mais qui ne nécessite pas l'institution d'un groupement organisé pour le gérer²². Cela n'empêche évidemment pas les ayants droit à l'indication «suisse» de confier certaines missions de surveillance à leurs associations professionnelles pour augmenter les chances de protection. De plus, contrairement à la marque individuelle ou collective, cette indication de provenance est un signe arbitraire dans la mesure où l'entreprise n'a pas la possibilité de la choisir. Elle lui est imposée²³.

Comme une marque, l'indication de provenance «suisse» n'est pas protégée pour elle-même, en dehors de tout contexte, mais uniquement en rapport avec des produits ou des services. Elle crée un lien entre l'entreprise et le produit en soulignant la provenance de la marchandise par rapport aux entreprises actives dans le même secteur économique²⁴. Par conséquent, la fonction première du nom «suisse» consiste à différencier les produits ou services suisses offerts sur le marché des produits ou services identiques ou similaires étrangers. Il permet à l'entreprise d'individualiser sa production et au public de faire son choix. L'objectif recherché est de créer une relation entre la marchandise et le consommateur²⁵.

Lorsque le nom «suisse» satisfait aux conditions fixées à l'article 18 LMF²⁶, il remplit, en plus, une fonction de qualité car il évoque des notions subjectives de qualité²⁷. L'acheteur s'attend à retrouver dans ce produit suisse le niveau de qualité que le consommateur attribue généralement aux produits de cette provenance²⁸. «Ce dernier associe incontestablement un jugement de valeur aux indications de provenance... associées à une notion de qualité... C'est donc une préférence bien réelle et non artificielle que le consommateur accorde à la provenance géographique d'un produit»²⁹. En l'occurrence, le nom «suisse» établit un lien entre le produit et l'attente d'un minimum qualitatif³⁰. Il joue ici le même rôle qu'une marque réputée. De par son caractère suggestif, il assure enfin une fonction publicitaire en attirant le client et en conservant sa fidélité aux produits ainsi distingués³¹.

20 Tilmann p. 57; P1 1977 p. 167

21 Lustenberger p. 3; Tilmann p. 20; Beier p. 10; Dunant p. 450

22 Tilmann p. 20

23 Tilmann p. 57; Dunant p. 450

24 Troller p. 319; Jaon p. 22

25 Lustenberger p. 3; Tilmann p. 14; P1 1977 p. 167; *supra* p. 75

26 *Supra* pp. 75 ss.

27 P1 1977 p. 168

28 *Supra* pp. 78-79; Tilmann p. 56; Dunant p. 450; Beier p. 11

29 P1 1977 p. 167

30 Tilmann p. 57

31 Tilmann p. 14

Section 28: Nature des armoiries fédérales

Constitué d'une expression verbale, le nom « suisse » est une indication de provenance directe en ce sens qu'il désigne l'origine de manière univoque et immédiate. C'est le type même de l'indication de provenance. Toutefois, il existe également des indications de provenance qui sont composées de signes figuratifs. Dans ce cas, l'origine géographique n'est pas expressément énoncée mais est suggérée par l'association d'idées que provoque le signe ³². La force suggestive est fonction du rapport plus ou moins étroit qui existe entre le signe et un lieu ou un pays. L'étroitesse de ce lien dépend de l'impression que le signe laisse dans l'esprit du consommateur ³³. L'effet descriptif de la provenance créé par un signe figuratif peut être identique voire supérieur à celui provoqué par un mot ³⁴. Comme exemples de tels signes, nous mentionnons les armoiries publiques et les reproductions de monuments (Tour Eiffel), de monuments historiques (Château de Chillon), de personnages (Napoléon), de souverains, de paysages (Cervin), de scènes folkloriques ³⁵. Parce qu'ils n'indiquent l'origine que de manière détournée, ces signes portent le nom d'indications de provenance indirectes.

En tant que symbole de la Confédération helvétique, l'emblème suisse constitue une indication de provenance indirecte particulièrement suggestive. Nul doute que le consommateur associe sans peine cet emblème à une provenance suisse des produits ou services en rapport avec lesquels il est utilisé. Apposé sur des produits, il joue le même rôle que le nom « suisse » et exerce dès lors une fonction distinctive. Un élément figuratif peut, tout aussi bien qu'un mot, servir à distinguer. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre en considération le nombre de marques qui sont exclusivement, essentiellement ou partiellement composées d'éléments figuratifs.

L'emblème fédéral dégage une force d'attrait comparable à celle de la mention « Swiss made » et nous estimons qu'il constitue un signe distinctif analogue au nom « suisse ». Dès lors, nous sommes d'avis que ces deux notions doivent être soumises à un régime juridique similaire.

32 Tilmann p. 241 ; Beier p. 55

33 Guyet p. 26

34 Tilmann p. 15

35 Beier p. 56 ; Jaton p. 13 ; Journot p. 47 ; Guyet pp. 26-27 ; JdT 1959 p. 597

Chapitre 11 : Propositions de *lege ferenda*

Section 29: Utilisation sur les produits

Nous rejetons le principe de l'interdiction absolue d'utiliser les armoiries sur des produits, tel qu'il est prévu à l'article 2 LPAP. Ce principe est disproportionné, contradictoire et discriminatoire, et il provoque l'insécurité³⁶.

Nous préconisons l'adoption d'un régime plus souple et mieux adapté à la nature des armoiries suisses comme signe distinctif collectif. Comme elles appartiennent au domaine public³⁷, il convient d'en octroyer l'usage commercial à tous les agents économiques afin que ces derniers puissent s'en servir pour distinguer la provenance suisse de leurs produits. Cela signifie qu'il est illicite d'employer ces armoiries lorsqu'elles sont susceptibles d'induire le public en erreur notamment sur la provenance des produits. Cette restriction est nécessaire pour protéger consommateurs et producteurs mais n'est pas suffisante. Il est en effet possible d'appliquer l'emblème suisse sur un produit étranger et de l'accompagner de mentions verbales suffisamment claires au point d'exclure tout risque de tromperie. La répétition de pareilles pratiques provoque l'affaiblissement du caractère distinctif du signe et la disparition du goodwill qui lui est attaché. Toute érosion conduit à une perte de valeur.

Le seul critère de la tromperie du public est insuffisant également pour la raison suivante. Le juge étranger qui doit apprécier le caractère licite ou non de l'emploi des armoiries fédérales peut être amené, par le biais ou non de l'article 6 *ter* CUP, peu importe, à consulter la loi suisse. Il jugera alors en fonction du risque de tromperie. Vu le caractère aléatoire de cette notion au gré des jurisprudences nationales, il en résultera une protection fort inégale des armoiries fédérales à l'étranger. Par contre, la situation sera plus limpide si la loi réserve expressément lesdites armoiries aux produits suisses.

Comme le nom « suisse », l'emblème helvétique est investi d'une notion de qualité en rapport avec certains produits. En cas d'abus, le consommateur peut être induit en erreur sur la qualité du produit.

Dans certaines circonstances particulières, le public peut être trompé par la présence des armoiries suisses même sur des produits suisses, si elles donnent l'impression que le produit a subi un contrôle officiel ou satisfait à des standards ayant reçu une quelconque caution de la part de la Confédération. De tels cas devraient être assez rares mais il importe néanmoins d'en prévoir l'éventualité.

L'interdiction des utilisations abusives ne se limite pas à la reproduction des armoiries dans leurs couleurs et dimensions officielles mais s'étend aussi aux imitations³⁸. Ce principe est d'ailleurs valable pour toute forme d'utilisation illicite.

La règle que nous préconisons est donc le libre usage des armoiries suisses sur des produits, à condition que ces derniers soient suisses et qu'il n'en résulte aucun risque de tromperie sur de prétendus rapports avec la Confédération ou sur la nationalité de l'entreprise. Il est envisageable qu'une entreprise étrangère appose l'emblème helvétique sur des produits suisses de telle façon qu'il s'ensuive un danger de confusion sur la nationalité de l'utilisateur.

³⁶ *Supra* pp. 97 ss.

³⁷ De Claparède p. 2

³⁸ *Supra* pp. 38 ss.

La définition du produit suisse est ici la même que celle qui prévaut en matière d'indications de provenance directes ³⁹.

Il devient donc évident que même l'usage à titre de marque sur les produits devient autorisé. Il est à peu près certain qu'une nouvelle loi suisse sur les marques (attendue pour les années 90) introduira la marque de service et ne limitera plus la notion « d'usage à titre de marque » à l'emploi sur des produits, comme jusqu'ici, mais l'étendra à l'emploi sur des annonces et autres supports publicitaires. Le maintien de l'article 2 LPAP conduirait à un traitement différencié injustifié entre usage à titre de marque sur les produits et autres usages possibles à titre de marque (sur les annonces, prospectus, papiers d'affaires ou en rapport avec des services). Notre proposition supprime cette inégalité de traitement.

Section 30: Autres utilisations

Dans cette section, nous traitons de tous les modes d'utilisation qui se différencient du simple emploi sur les produits. Nous en avons déjà parlé à la section précédente. Ils sont en partie cités à l'article 3 LPAP : emploi sur des enseignes, des annonces, des prospectus, des papiers de commerce, et nous ajoutons tous les autres emplois en rapport avec des produits ou des services. Il s'agit d'englober tous les supports de données visuels et notamment les supports images (télévision, cinéma, cassettes).

Le droit actuel prévoit un système relativement souple à l'égard de ces emplois-là et nous proposons de poursuivre dans la même voie : l'emploi commercial des armoiries fédérales, quel qu'il soit, est autorisé, à condition qu'il soit effectué en relation avec des produits ou des services suisses et qu'il ne prête à confusion ni sur la nationalité de l'entreprise ni sur de prétendus rapports avec la Confédération. Il serait possible qu'une entreprise étrangère utilise à bon droit les armoiries fédérales pour promouvoir des services suisses. Il convient de veiller là aussi à ce que cette utilisation ne trompe pas le public sur la nationalité de l'utilisateur en question ⁴⁰. Il importe également d'empêcher un prestataire de services d'éveiller impunément l'idée, au moyen du drapeau suisse, qu'il entretient des relations privilégiées avec la Confédération. Ce risque existe notamment en rapport avec l'enseignement privé.

L'article 3 LPAP interdit l'utilisation qui déconsidère le signe protégé, par exemple la présentation des armoiries qui les tourne en ridicule. Lorsque de tels actes sont perpétrés, ils le sont généralement à des fins politiques (tracts, affiches) et échappent ainsi à la LPAP qui ne s'applique qu'aux activités commerciales ⁴¹. Nous renonçons dès lors à régler ce problème ici. Il relève du CPS et plus particulièrement de l'article 270 dont le champ d'application est singulièrement étroit ⁴² et qu'il conviendrait peut-être d'élargir à cet effet.

L'emploi fait par un étranger établi à l'étranger ne mérite pas d'être automatiquement saisi par la LPAP, comme c'est le cas actuellement, même lorsque c'est en relation avec des produits ou des services suisses ⁴³. Seules les pratiques trompeuses et les atteintes à la force distinctive du signe doivent être prises en compte.

39 *Supra* pp. 76 ss.

40 *Supra* p. 105

41 *Supra* pp. 41, 49 ss.

42 *Supra* pp. 54 ss.

43 *Supra* pp. 47 ss.

Section 31: Enregistrement des armoiries fédérales comme marques

L'abandon du principe de l'interdiction absolue en rapport avec les produits déploie évidemment des effets sur l'enregistrement des armoiries comme marques. Dans la mesure où l'on envisage un assouplissement du système, il est indispensable de l'apprécier au regard du droit des marques.

Selon les articles 3 et 14 LMF, une marque constituée exclusivement ou principalement par un élément appartenant au domaine public n'est pas valable et doit être rejetée. Nul doute que ce principe survivra à la LMF et sera repris dans la nouvelle loi sur les marques. Nul doute aussi que les armoiries fédérales appartiennent au domaine public⁴⁴. Indépendamment de la LPAP, le droit des marques fait donc obstacle à l'enregistrement d'une marque dont l'élément essentiel est constitué par les armoiries suisses. Cette solution est juste car un tel signe n'est pas monopolisable. Par contre, un signe du domaine public peut très bien figurer dans la marque comme élément secondaire. Nous connaissons cette situation notamment pour le nom « suisse ». Il existe un grand nombre de marques comprenant accessoirement le nom « suisse » ou sa traduction. De telles marques sont valables à condition qu'elles soient déposées et utilisées pour des produits suisses.

Nous proposons ce système pour l'enregistrement des marques contenant les armoiries fédérales. Ainsi, ces dernières ne seraient pas admissibles comme élément essentiel d'une marque et ne pourraient être enregistrées que pour des produits ou des services suisses.

Il serait superflu d'introduire une disposition de ce type dans une loi spéciale car la LMF est à cet égard suffisante. L'autorisation d'enregistrer les armoiries fédérales comme élément secondaire s'appliquerait indifféremment aux marques de produit, aux marques collectives et aux futures marques de service, marques de forme et marques de garantie.

Section 32: Protection juridique

De lege lata, les armoiries fédérales sont considérées comme chasse gardée de l'Etat et toute infraction est poursuivie d'office et passible de sanctions pénales.

De lege ferenda, les armoiries fédérales, comme le nom « suisse », constituent un signe à disposition des agents économiques pour distinguer leurs produits ou services. Une utilisation fallacieuse porte atteinte non seulement à l'Etat et au public mais encore et surtout aux producteurs, commerçants et prestataires de services qui ont le droit d'employer le signe distinctif. Ce dernier est investi d'un certain goodwill qu'il convient de protéger. Dès lors, il faut donner aux intéressés les actions et moyens de droit civils pour se protéger contre toute atteinte et obtenir réparation au besoin. A ce titre, nous accordons aux lésés les actions en constatation et en exécution telles qu'elles sont prévues pour les indications de provenance dans le cadre de la LMF et de la LCD ainsi que les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral selon le CO.

La qualité pour agir appartient en premier lieu aux commerçants, producteurs, prestataires de services et consommateurs, lésés dans leurs intérêts économiques, ou menacés de l'être, par une utilisation indue des armoiries fédérales. Elle est octroyée ensuite aux associations professionnelles autorisées à défendre les intérêts économiques de leurs

44 De Claparède p. 3

membres ainsi qu'aux organismes de protection des consommateurs. Le système préconisé est plus souple et plus large que le régime prévu dans la LMF (art. 27, 2^e al.) en faveur notamment du nom « suisse ». L'emblème helvétique est un signe distinctif collectif auquel on se fie pour promouvoir son activité ou choisir selon ses besoins. Il incombe d'offrir la possibilité à tous les lésés potentiels de faire cesser un abus ou de le prévenir. La qualité pour agir en matière d'indications de provenance devrait être revue dans ce sens.

L'action sera intentée au domicile ou au siège du défendeur ou au lieu où l'acte a été commis. Le lieu de commission comprend le lieu d'exécution et celui où le résultat s'est produit. Ce for n'est pas prévu par l'article 59 de la constitution fédérale mais il répond aux besoins des lésés aussi bien dans le domaine des marques que dans celui des indications de provenance. Cette solution existe d'ailleurs en droit des brevets (art. 75 LBI).

Nous prévoyons également des dispositions pénales en vue de prévenir les atteintes ou punir les infractions. La tromperie du public et l'abus de l'emblème de souveraineté de l'Etat méritent sanction. Dans la mesure où la protection de l'emblème fédéral est affaire d'Etat et constitue une question d'intérêt public, nous proposons que soit maintenue la poursuite d'office. L'usurpation des armoiries fédérales porte finalement atteinte à toute la collectivité et il est justifié que celle-ci puisse intervenir directement par l'intermédiaire de ses organes compétents. Il ne faudrait pas que des abus subsistent parce qu'aucune des personnes légitimées à introduire l'action civile ne serait disposée à agir en justice.

De *lege lata*, les infractions à la LPAP constituent des contraventions. Cette relative clémence est justifiée par le fait que certaines infractions ne trompent pas le public ni ne causent de dommage aux tiers. De *lege ferenda*, les seules infractions possibles seront celles qui visent à tromper le public. Il convient de les punir plus sévèrement en prévoyant l'emprisonnement ou l'amende. Cela signifie que l'emprisonnement durera de trois jours à trois ans (art. 36 CPS). S'agissant d'infractions commises dans un but lucratif, il nous paraît approprié, par analogie avec l'article 23 LCD, de ne pas limiter l'amende à 40000 francs suisses (art. 48 CPS) et d'en fixer le maximum à 100000 francs suisses afin d'augmenter l'efficacité des sanctions pénales.

La récidive entraînera la possibilité de doubler la peine. A cela s'ajoutent encore la confiscation et la destruction des objets munis illicitement des armoiries protégées et des instruments ayant servi à les contrefaire (art. 58 CPS). L'action sera intentée au lieu de commission de l'acte, tel que cela est prévu à l'article 346 CPS.

Section 33: Synthèse

Tout au long de ce dernier chapitre nous présentons de nouveaux principes régissant l'utilisation des armoiries fédérales à des fins commerciales (comme nous l'avons relevé⁴⁵, l'utilisation non commerciale relève du CPS) et préconisons un régime plus souple qui conduit à une simplification de la législation en la matière. La réglementation des armoiries fédérales peut dès lors tenir en une seule disposition :

« L'usage des armoiries fédérales est autorisé en relation avec des produits ou services suisses, à condition qu'il n'en résulte aucun risque de tromperie, notamment sur la nationalité de l'entreprise ou sur de prétendus rapports avec la Confédération. »

45 p. 106

Nous ne reviendrons pas sur la notion de produit suisse, nous avons déjà traité cette question ^{45a}. Il n'existe pas de définition des services suisses. Les tribunaux n'ont, semble-t-il, pas eu à se prononcer sur cette question. Cette matière subira certainement une évolution lorsque le droit suisse des marques accordera sa protection aux marques de service. L'incorporation de noms géographiques dans les marques de service, comme c'est déjà le cas pour les marques de produit, ne manquera pas de provoquer des décisions judiciaires et administratives. Pour l'heure, nous nous limitons à énumérer les critères importants qui déterminent la provenance des services : siège de l'entreprise qui fournit les services, nationalité ou domicile des personnes qui contrôlent l'entreprise, usages établis dans la branche considérée ou dans le pays en question, liens traditionnels entre l'entreprise et le lieu indiqué. Il convient d'apprécier ces critères en fonction de leur impact sur la renommée des services offerts. Cet impact dépend des cas d'espèce.

En vertu de l'identité de nature qui existe entre le nom « suisse » et les armoiries suisses, il convient d'insérer la disposition ci-dessus dans la législation sur les indications de provenance. Les règles sur la protection juridique concernant ces dernières, avec les aménagements que nous avons exposés ⁴⁶, s'appliqueront également aux armoiries suisses.

Nous sommes conscients que le risque de tromperie est couvert par la LCD. Toutefois, nous attachons de l'importance à l'existence de dispositions expresses dans le domaine que nous traitons afin de faciliter la connaissance du régime juridique par le public et surtout les autorités étrangères (judiciaires et administratives) ⁴⁷. Le rôle préventif de la loi sera d'autant renforcé. De plus, la LCD ne prévoit pas la poursuite d'office en l'occurrence. Or, toute utilisation des armoiries fédérales susceptible de tromper le public, notamment sur la nationalité de l'entreprise, mérite aussi d'être poursuivie d'office.

Nous avons volontairement restreint notre travail aux armoiries fédérales car elles sont le signe public suisse le plus célèbre et le plus exposé, et par conséquent le plus intéressant à étudier. En ce qui les concerne, nos conclusions nous amènent à proposer l'abrogation de la LPAP. Il n'était pas dans notre intention de procéder à l'étude des autres signes protégés par la LPAP ⁴⁸. Nous sommes cependant en mesure de présenter une réglementation globale à leur égard. Les armoiries cantonales doivent faire l'objet d'une disposition analogue à celle relative aux armoiries fédérales. Pour les signes et poinçons de contrôle ou de garantie officiels, il n'est pas nécessaire d'instituer des prescriptions allant au-delà de ce que le CPS prévoit en la matière (art. 246 CPS). Tous les autres signes publics suisses peuvent aussi être librement utilisés, à condition qu'il n'en résulte aucun risque de tromperie. Les abus seront poursuivis sur la base de la LCD. La différence de traitement entre, d'une part, les armoiries fédérales et cantonales, et d'autre part, les autres armoiries publiques suisses est justifiée : les premières nommées, à cause de leur notoriété et de leur rayonnement, sont beaucoup plus exposées, en Suisse et surtout à l'étranger, aux usurpations de toutes sortes. Il convient de les mettre au bénéfice d'une réglementation plus détaillée.

On pourrait faire l'économie de dispositions particulières sur les armoiries fédérales et cantonales dans la législation sur les indications de provenance, si la notion même d'indication de provenance venait aussi à englober les indications de provenance indirectes ⁴⁹ et si leur champ de protection était adapté à nos propositions : l'indication de provenance ne peut être utilisée qu'en rapport avec des produits ou des services originaires du lieu mentionné et de manière à éviter tout danger de confusion.

45a pp. 76 ss.

46 pp. 107-108

47 RSP1 1985 pp. 99 ss.

48 *Supra* p. 32

49 *Supra* p. 104

Il est toutefois un article de la LPAP qui ne peut pas être supprimé purement et simplement : l'article 10, qui assure la protection des armoiries et emblèmes des Etats étrangers. Il sert de texte d'application en Suisse de l'article 6 *ter* CUP. Il sied dès lors d'insérer une disposition correspondante dans la législation sur les indications de provenance.

Arrivés au terme de notre étude, nous en appelons au législateur. La LMF fait actuellement l'objet d'une révision totale qui porte donc aussi sur les indications de provenance. Saisissons cette occasion propice pour abroger la LPAP et définir un nouveau régime pour les armoiries publiques dans le sens de nos propositions.