

Besprechung / Compte rendu

Défis du droit de la concurrence déloyale – *Challenges of Unfair Competition Law*

JACQUES DE WERRA (ÉD.)

Schulthess Médias Juridiques SA, Zurich 2014, 204 pages, CHF 65.–, ISBN 978-3-7255-8514-4 (livre broché)

Le septième volume de la série propriété intellectuelle – *intellectual property* (www.pi-ip.ch) réunit les six contributions rédigées par les intervenants de la Journée de droit de la propriété intellectuelle consacrée aux défis du droit de la concurrence déloyale/*Challenges of Unfair Competition Law*, qui a eu lieu le 14 février 2014 à l'Université de Genève.

Comme matière transversale, le droit de la concurrence déloyale – outre sa codification dans la LCD – touche à différents domaines du droit. Dès lors, il se trouve dans un rapport de concurrence et de complémentarité avec le droit de la propriété intellectuelle avant tout. La protection de la concurrence loyale et de la bonne foi dans les rapports commerciaux constitue une condition indispensable au bon fonctionnement des droits de la propriété intellectuelle. Du fait de cette fonction spécifique du droit de la concurrence déloyale, la publication du présent livret dans cette série consacrée à la propriété intellectuelle se justifie à tous égards.

Sans vouloir prétendre à l'exhaustivité ou à l'homogénéité et avec l'unique ambition de retranscrire les réflexions originales des orateurs ainsi que de stimuler le débat sur les thèmes évoqués, les auteurs du présent livret s'approchent de la thématique de la concurrence déloyale de façons très diverses. Ainsi, le domaine du droit de la concurrence déloyale est abordé sous différents angles – celui de la mise en œuvre judiciaire ou celui du droit international privé –, selon différents ordres juridiques – les droits internal, européen, français et suisse –, et en se focalisant sur des aspects particuliers – à savoir les défis de l'Internet et des réseaux sociaux, l'évolution au niveau multilatérale ou le parasitisme. Grâce à la délimitation précise des contributions, les chevauchements en découlant restent modérés.

La contribution introductive de NUNO PIRES DE CARVALHO, directeur de la Division de la propriété intellectuelle et de la politique en matière de concurrence de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), sous le titre *Current Trends in the Multilateral Evolution of Unfair Competition Law*, expose l'évolution de la concurrence déloyale au niveau multilatéral. Il note que sur ce plan, le développement d'une notion consensuelle de concurrence déloyale s'est avéré particulièrement difficile en raison de la nature évolutive des opinions divergentes des différentes sociétés ainsi que de leurs traditions commerciales respectives, ce qui a posé des difficultés dans l'adoption de normes correspondantes. L'auteur présente les dispositions de la Convention de Paris et de l'Accord sur les ADPIC traitant de la répression de la concurrence déloyale au niveau multilatéral. Il constate un décalage entre la notion de concurrence déloyale prévue par les accords multilatéraux et celle contenue dans les droits nationaux. Cette dernière a été élargie – à la suite d'une évolution accélérée – de la fraude au parasitisme, à savoir de la condamnation d'un acte subjectivement répréhensible à la sanction d'une responsabilité objective. Selon CARVALHO, il est peu probable que ces approches divergentes s'unifient au cours des années à venir notamment en raison des particularités nationales de certains États membres de l'OMC.

Dans sa contribution *The Law Applicable to Unfair Competition in Switzerland and in the European Union*, BENEDETTA UBERTAZZI, professeur à l'Université de Macerata, Italie, donne en guise d'introduction un aperçu des normes internationales entraînant une harmonisation des droits matériels nationaux en matière de concurrence déloyale. Elle note que, malgré ces efforts d'harmonisation, des différences persistent au niveau des droits nationaux. Ensuite, l'auteure examine de près les règles pertinentes en matière de conflit en vigueur en Suisse et au sein de l'Union européenne, soit l'art. 136

LDIP dans la législation suisse et l'art. 6 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) au niveau européen. UBERTAZZI identifie les différences de compréhension de la notion de concurrence déloyale qui sous-tend ces articles ainsi que les similitudes et les décalages par rapport aux facteurs de rattachement applicables, soit le *marché affecté*, l'*intérêt d'un concurrent déterminé* et le *rapport juridique existant*.

Dans sa contribution *Le droit de la concurrence déloyale – Perspectives française et européenne*, NICOLAS BINCTIN, professeur à l'Université de Poitiers, France, donne un bref aperçu des cadres légaux mis en place dans différents pays de l'Union européenne pour combattre les pratiques déloyales. En se référant aux approches légales de l'Allemagne (qui est proche de celles de la Suisse) et du *Common law*, BINCTIN démontre l'hétérogénéité des différentes solutions nationales et notamment les particularités de la solution française. De plus, l'auteur évoque les efforts fournis par l'Union européenne en vue d'harmoniser les régimes de la concurrence déloyale au sein de ses États membres, par le biais de la directive 2005/29 définissant les pratiques commerciales déloyales interdites dans l'Union européenne, mais aussi par des apports de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de droit des marques, qui tendent à modifier le champ de mise en œuvre du droit de la concurrence déloyale.

La contribution de PIERRE KOBEL, avocat à Genève, s'intitule *Le parasitisme en droit suisse: entre Nachahmungsfreiheit (liberté d'imiter), Verwechslungsgefahr (risque de confusion) et Rufausbeutung (exploitation de la réputation)*. KOBEL constate que l'examen de la jurisprudence du Tribunal fédéral révèle qu'en dehors du champ des lois de propriété immatérielle, la loi contre la concurrence déloyale intervient essentiellement pour protéger l'apparence et le conditionnement du produit, mais de façon plus limitée s'agissant de la protection des prestations. L'auteur discute l'application à titre supplétif de la loi contre la concurrence déloyale lorsqu'un état de fait n'est protégé par aucune loi de propriété intellectuelle. Ensuite, KOBEL examine les conditions de l'application subsidiaire de la clause générale (art. 2 LCD) dans le cadre de son application supplétive en relation avec des activités parasitiques et la met en rapport avec l'art. 5 lit. c LCD. En outre, l'auteur analyse les critères de subsomption de l'exploitation de la réputation au regard de la loi contre la concurrence déloyale. Le Tribunal fédéral a élargi le champ d'application de la loi en matière de publicité comparative en y incluant la comparaison indirecte. Les décisions justifiant cet élargissement sont remises en question, et l'auteur déplore un manque de clarté de la jurisprudence, en particulier s'agissant de la qualification d'un message comme informatif ou inutilement parasitaire.

MICHEL JACCARD et LÊ-BINH HOANG, avocats à Lausanne, traitent dans leur contribution *Internet, médias sociaux, applications: terrains propices à la déloyauté commerciale?* des risques des pratiques commerciales déloyales qui résultent de l'utilisation commerciale de l'Internet. Les auteurs – notamment en ce qui concerne les mots clés comme *ambush marketing* ou *e-réputation* – réussissent à démontrer que tant le législateur que les tribunaux sont mis à contribution pour accorder l'attention adéquate à ces phénomènes. Autre le souhait d'une répression plus stricte des pratiques commerciales déloyales en Suisse par une application plus conséquente de la clause générale de l'art. 2 LCD, les auteurs plaident tout particulièrement pour une harmonisation internationale des mesures défensives disponibles.

LAURENT MUHLSTEIN, avocat à Genève, expose dans sa contribution la question de *La mise en œuvre judiciaire du droit suisse de la concurrence déloyale: pièges et stratégies* en examinant certains litiges s'y rapportant. Sur la base de ces recherches, l'auteur souligne l'importance de bien vérifier les conditions de la légitimation active ainsi que de s'assurer de la compétence à raison de la matière et du lieu. L'auteur critique le fait que – selon le législateur fédéral – le demandeur soit tenu de chiffrer sa prétention, car cette obligation semble difficile à mettre en œuvre dans l'hypothèse d'un acte de concurrence déloyale entraînant un litige sans valeur financière *stricto sensu*. Des conséquences en découlent surtout en cas de cumul d'actions. L'exigence que les prétentions soient entre autres soumises à la même procédure est source de difficultés. MUHLSTEIN examine par ailleurs les deux voies ouvertes en matière de litiges de propriété intellectuelle. S'agissant de la voie civile, les mesures (super-)provisionnelles présentent des particularités du point de vue de la personne lésée par un acte de concurrence déloyale. Concernant le choix de la voie pénale, le demandeur sera confronté au problème de délimitation entre dol éventuel et négligence consciente. Pour les années à venir, la question se pose de savoir, si dès lors que la LPM n'est pas une *lex specialis* par rapport à la LCD, les autorités judiciaires continueront à appliquer la théorie du détour (*Umwegtheorie*).

En résumé, le présent livret offre au lecteur une sélection variée de contributions spécialisées – se consacrant à des défis actuels – ainsi qu'à caractère plus général dans le domaine du droit de la concurrence déloyale. Les débutants comme les spécialistes de la thématique découvriront des contributions stimulantes et d'un intérêt à la fois dogmatique et pratique.

Esther Baumgartner, LL.M., avocate, Zurich