

Besprechung | Compte rendu

Magda Streuli-Youssef (Hg.)
Lauterkeitsrecht (SIWR V/1)

Helbing Lichtenhahn Verlag, 3. Aufl., Basel 2020, LIX + 479 Seiten, CHF78.00,
 ISBN 978-3-7190-3841-0

Les praticiens de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence le savent depuis longtemps: les ouvrages de la série SIWR ne sauraient manquer à leur bibliothèque. Rédigés par des experts avisés, ceux-ci fournissent en effet un éclairage didactique et critique sur les domaines commentés. Le volume V/1, consacré à la LCD, ne fait pas exception à la règle. Seulement, sa deuxième édition datait de 1998. Or, en l'espace de vingt ans, la LCD a été remaniée de manière considérable: plusieurs nouvelles dispositions ont vu le jour, certaines dispositions ont subi des modifications substantielles (comme l'art. 8) et d'autres ont été supprimées. En outre, la jurisprudence s'est étoffée et la doctrine n'a pas été inactive.

Une réédition du volume V/1 s'imposait dès lors. C'est à MAGDA STREULI-YOUSSEF que revient l'immense mérite de s'être attelée à cette tâche et d'avoir réuni autour de ce projet éditorial des auteurs décisifs, qui ont livré un travail remarquable et font de ce commentaire un outil indispensable pour toute avocate et tout juge amenés à se pencher sur une problématique de concurrence déloyale.

Le livre s'ouvre sur un commentaire des articles 1 et 2 par MARKUS KAISER et MICHAEL NOTH (partie A N 1–284). Leur texte très fouillé est d'une grande clarté et éclaire de façon convaincante les thèmes souvent ardues que soulèvent ces deux dispositions. On se réjouira en particulier de ce que les auteurs dépassent la critique (certes légitime) de l'*Umwegthese*, pour affirmer qu'il demeure nécessaire de préserver la cohérence du système légal (N 70); l'interprétation de la LCD ne saurait en effet aboutir à des solutions qui seraient en contradiction avec les objectifs poursuivis par les lois spéciales (cf. I. CHERPILLOD, *Le droit suisse des marques*, Lausanne 2007, 55). De manière fort utile, KAISER et NOTH abordent par ailleurs la question du droit international privé, notamment en lien avec les actes commis sur Internet (N 85–95); paru après la clôture de rédaction du livre, l'arrêt «Merck» – qui apporte des réponses essentielles en la matière – n'a pas pu être mentionné (ATF 146 III 225 ss).

Des théories en matière de concurrence, KAISER et NOTH retiennent les enseignements suivants: d'abord, la concurrence doit garantir une information correcte sur les coûts et les propriétés des produits; ensuite, elle doit protéger les innovations tout en favorisant les imitations (N 114). Leur

analyse les amène à soutenir que l'approche fondée sur la moralité en affaires et l'approche fonctionnelle s'appliquent toutes deux (N 116, N 132–137); cette opinion nuancée mériterait d'être davantage considérée par les tribunaux, qui attachent parfois une importance excessive à l'approche morale au détriment de l'approche fonctionnelle.

Evoquant la relation entre la clause générale et les dispositions spéciales (N 182–211), KAISER et NOTH critiquent la subsidiarité instaurée dans l'ATF 133 III 431 ss, «Auf zu neuen Taten», et estiment que ces normes devraient être prises en considération en parallèle (N 206). Si la critique peut apparaître convaincante sur le plan du raisonnement, je reste pour ma part attaché à l'approche du TF aux termes de laquelle certains états de fait sont décrits de manière si précise dans les dispositions spéciales que ces dernières délimitent les frontières entre ce qui est loyal et déloyal (consid. 4.3).

Enfin, KAISER et NOTH passent en revue un certain nombre de comportements que la jurisprudence et la doctrine rattachent à la clause générale (N 212–284). Leur commentaire est une mine d'or pour le praticien, d'autant qu'il est présenté de manière spécialement didactique. On appréciera en particulier l'analyse de différentes sous-catégories de l'imitation: création d'un risque de confusion par l'imitation d'éléments distinctifs, reprise de la prestation d'autrui sans sacrifice correspondant, parasitisme inutile, imitation servile, etc. (N 217–226). Les auteurs arbitrent pour chacun de ces cas les intérêts qui s'affrontent – liberté d'imitation versus protection des investissements – pour aboutir à des solutions pragmatiques et claires. On pourra parfois préférer d'autres réponses (comme à propos des marques abandonnées – N 236 – où la déloyauté pourrait être admise plus largement que ce qui est suggéré), mais le plus souvent, les développements convainquent.

Le livre se poursuit avec le commentaire de l'article 3 (partie B N 1–476) par MAGDA STREULI-YOUSSEF (pour l'introduction et les lettres a à n) et BENNO FISCHER-SIDDIQUI (pour les lettres o à u). Il convient tout d'abord de saluer le choix éditorial consistant à commenter les différentes catégories légales, lettre après lettre, plutôt que de ranger les comportements dans des catégories générales comme le faisait l'édition précédente (cf. N 6), car le praticien trouvera plus rapidement les informations recherchées.

Par rapport à la deuxième édition, MAGDA STREULI-YOUSSEF a enrichi son commentaire (partie B N 1–289) en prenant non seulement en compte les développements récents de la jurisprudence et de la doctrine, mais en n'hésitant pas, par

Compte rendu par **RALPH SCHLOSSER**, docteur en droit,
 LL.M., avocat à Lausanne.

moments, à revenir sur certaines analyses et à modifier ou nuancer les opinions défendues précédemment. On reconnaît là l'indépendance d'esprit et la franchise de l'autrice – qui contribuent grandement à la valeur de ses contributions.

STREULI-YOUSSEF commente de manière détaillée et critique les différents comportements visés par les dispositions qui lui sont dévolues: dénigrement, induction en erreur, risque de confusion, publicité comparative, etc. (N 19–289). De façon constante, l'autrice refuse de prendre pour argent comptant les principes énoncés par les autres (tribunaux ou auteurs), ce qui l'amène par exemple à nuancer la règle selon laquelle le droit suisse ne connaît pas d'exception des «unclean hands» (N 31–34). Le Tribunal fédéral sait d'ailleurs qu'il peut trouver chez STREULI-YOUSSEF des enseignements précieux, comme le montre un récent arrêt dans lequel la Haute Cour renvoie à un passage que l'autrice consacre aux mises en demeure injustifiées (N 45 cité par le TF dans un arrêt du 27 octobre 2021, 4A_265/2021 consid. 6.3, «Laserflüssigkeitsstrahlenkungsverfahren»).

Le risque de confusion est avantagement traité à l'aide d'une systématique originale, en ce que STREULI-YOUSSEF divise le sujet selon que la LCD s'applique cumulativement à des lois spéciales (N 107–139), de manière complémentaire (N 140–156) ou de manière exclusive (N 157–159). En ce qui concerne l'application complémentaire de la LCD, STREULI-YOUSSEF aborde notamment la question de la collision de signes de nature différente (N 152–153), en soutenant de manière convaincante que la priorité d'usage devrait l'emporter en règle générale; ce principe a du reste été récemment confirmé par le Tribunal fédéral (TF du 26 octobre 2020 consid. 10, «Otto's II»).

En lien avec l'exploitation des prestations d'autrui, STREULI-YOUSSEF aborde à son tour la problématique de l'articulation entre LCD et lois spéciales (N 160–181). Elle y défend des thèses qui nuancent en partie celles que KAISER/NOTH consacrent au même sujet, notamment en ce qui concerne la copie servile. Le fait que divers participants à un ouvrage collectif puissent être amenés à développer des analyses contrastées sur les mêmes thèmes n'est nullement dérangeant et peut même se révéler bénéfique à un sain débat. Tout au plus peut-on regretter l'absence de confrontation explicite avec les thèses divergentes ou à tout le moins de renvois internes mettant en lumière les discordances.

Forte de sa longue expérience d'avocate, STREULI-YOUSSEF sait bien qu'un conflit se résout rarement au moyen d'une seule réglementation. Elle en vient dès lors à se pencher sur des dispositions légales contenues dans d'autres lois que la LCD, comme par exemple les articles 6a et 40a–g CO qu'elle commente dans la foulée de son analyse de l'art. 3 al. 1 let. h LCD sur les méthodes de vente agressives (N 242–247). Le praticien lui en saura gré.

L'ensemble des dispositions commentées par BENNO FISCHER-SIDDQUI (art. 3 al. 1 let. o–u) sont postérieures à la parution de la précédente édition du volume V/1 de la série SIWR. Sa contribution fouillée sur ces normes (partie B N 290–476) est dès lors hautement bienvenue. L'auteur fait montre d'un esprit systématique et rigoureux, qui l'amène

en particulier à s'intéresser aux travaux législatifs afin de mieux comprendre les objectifs poursuivis au moyen de ces nouvelles dispositions légales. Par ailleurs, FISCHER-SIDDQUI a le mérite de consacrer plusieurs analyses poussées à la question des conséquences des actes déloyaux sur la validité des contrats touchés (N 345–348, N 372–375, N 430–433, N 467–469).

Le talent d'une éditrice se manifeste notamment par sa capacité à rassembler les bons auteurs. Pour commenter les dispositions de la LCD qui se situent aux confins du droit de la concurrence déloyale et du droit du travail (art. 4 et 7), on pouvait difficilement envisager choix plus judicieux que celui de DANIEL ALDER, qui est à la fois un grand connaisseur de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale et un spécialiste de droit du travail. Sans surprise, c'est de main de maître qu'ALDER traite de l'article 4 LCD sur l'incitation à violer ou à résilier un contrat (partie C N 1–33) et de l'article 7 LCD sur l'inobservation des conditions de travail (partie C N 285–293).

Ce qui vient d'être dit au sujet du talent de l'éditrice à trouver les contributeurs appropriés vaut également au sujet d'OLIVER M. KUNZ. Son expertise en matière de propriété intellectuelle et de criminalité économique en faisait en effet la personne idéale pour commenter l'article 4a sur la corruption active et passive (partie C N 34–103). Ces compétences se manifestent en particulier dans l'accent placé sur des questions pratiques d'importance, telles que les sanctions civiles et pénales d'une violation de l'art. 4a (N 90–94) et les conséquences sur les contrats concernés (N 93).

Le commentaire de l'article 5 est assuré par un autre praticien reconnu, LUCA DAL MOLIN (partie C N 104–248). L'auteur livre une analyse à la fois approfondie et pratique de cette norme. DAL MOLIN se penche notamment de manière détaillée sur la notion de résultat du travail. A ce propos, il soutient de manière convaincante que, contrairement à ce que suggère le Message, il convient en principe de renoncer à des exigences quantitatives s'agissant des efforts ou des dépenses requis (N 125). On peut également se rallier à l'opinion selon laquelle le résultat du travail n'a pas nécessairement à consister dans un secret de fabrication ou d'affaires (N 129), mais l'on regrettera que l'auteur omette d'exiger que le résultat du travail revête un certain degré de confidentialité, comme le fait la doctrine apparemment dominante (cf. mon article Les secrets économiques dans les relations de travail, les collaborations et les procès civils, in: J. de Werra [éd.], La protection des secrets d'affaires, Genève 2013, 78 et les références citées en note 64). Certes, en présence d'une clause contractuelle stipulant une interdiction d'exploiter, l'art. 5 let. a et b pourrait trouver application même si le résultat du travail appartient au domaine public (N 169), mais il faudra probablement le plus souvent interpréter une telle clause comme sous-entendant que l'interdiction ne vaut que pour autant et aussi longtemps que le résultat du travail est confidentiel (comme le stipulent la plupart des NDA). L'avis selon lequel l'entrée sur le marché du résultat du travail serait indifférente pour l'application de l'art. 5 let. a et b (N 139) mériterait dès lors être nuancé

(cf. sur cette question mon article La protection des secrets économiques, in: F. Clément/P.-F. Vulliemin [éd.], *Entreprise et propriété intellectuelle*, Lausanne 2010, 87–99).

DAL MOLIN livre également un commentaire fort utile de l'article 5 let. c (N 204–248). Sauf erreur, il s'agit là de la première analyse de cette norme parue postérieurement à l'article remarqué de FLORENT THOUVENIN sur le sujet (Art. 5 lit. c UWG reloaded, sic! 2018, 595 ff.) et dans lequel cet auteur propose une lecture inédite de l'article 5 let. c, devant en permettre une application plus large que celle préconisée par les tribunaux. DAL MOLIN se déclare sensible à l'approche de THOUVENIN (N 233), ce dont on peut selon moi se féliciter.

L'article 6 LCD sur la violation des secrets de fabrication et d'affaires est traité par OLIVER M. KUNZ (partie C N 249–284). A nouveau, la lectrice et le lecteur bénéficient ici du regard d'un praticien expérimenté, qui soulève des questions concrètes pour y répondre de manière explicite. KUNZ procède en particulier à une balance entre les intérêts du maître d'un secret à sa préservation et ceux des acteurs économiques à scruter les produits et services de leurs compétiteurs (N 266). Cette appréciation le conduit par exemple à soutenir de manière convaincante que les achats tests ne sont en principe pas proscrits (N 267) contrairement à ce que suggérait le TF dans un arrêt relativement ancien (ATF 90 II 51 ss consid. 6, «Stoffmuster»). Plus loin, KUNZ s'appuie sur l'arrêt «Auf zu neuen Taten» (ATF 133 III 431 ss consid. 4.5) pour affirmer que les connaissances apprises dans le cadre d'une relation contractuelle peuvent en principe être librement exploitées (N 269); si l'article 6 ne trouve certes pas application en pareilles circonstances, il convient toutefois selon moi de réserver une possible invocation de l'art. 5 let. a (dont le TF avait écarté l'application dans le cas d'espèce, faute d'allégations et de preuves idoines).

L'article 8 relatif aux conditions générales est commenté par EVA MAISSEN (partie C N 294–362), grande connaisseuse du sujet pour y avoir consacré sa thèse et diverses autres publications. MAISSEN commence par rappeler que l'article 8 fait figure de corps étranger dans la LCD, en ce qu'il est imprégné avant tout de considérations de nature contractuelle (N 296–297). Au demeurant, comme l'explique l'autrice (N 296), les autres instruments de contrôle des conditions générales (adhésion, interprétation) sont ancrés dans le Code des obligations plutôt que dans la LCD. De manière méritoire, MAISSEN aborde également ces outils complémentaires du contrôle des conditions générales (N 302–321), ce qui fait de son commentaire un texte complet, qui offre au praticien une véritable marche à suivre pour contrôler la licéité d'une clause comprise dans des conditions générales. L'autrice s'y montre par moments critique, notamment lorsqu'elle s'en prend de manière convaincante à l'approche selon laquelle la mise en évidence d'une clause permettrait

d'échapper à la théorie de l'insolite (N 315). Dans son commentaire des éléments constitutifs de l'art. 8, MAISSEN nous guide agréablement et efficacement au travers de ce qu'elle nomme elle-même l'épais brouillard qui règne en la matière (N 323).

Le livre se clôt par un chapitre consacré à la légitimation et aux dispositions procédurales (art. 9–13a). Ce chapitre est rédigé, comme dans la précédente édition, par un avocat qui figure sans conteste parmi les plus expérimentés en la matière: GEORG RAUBER (partie D N 1–151). L'auteur commence par montrer avec pertinence à quel point la casuistique de la Commission suisse pour la loyauté est décisive, car les membres de cette autorité jouissent d'une expérience considérable dans le domaine considéré, qui dépasse souvent celle des juges des tribunaux ordinaires (N 19). RAUBER livre par ailleurs des réflexions utiles en lien avec les complexes internationaux (N 45–51). L'auteur passe en revue les différentes actions à la disposition du lésé, en particulier les actions réparatrices (N 98–121). Il y évoque la méthode de l'analogie à la licence, qu'il propose d'appliquer dès le moment où il est établi que le demandeur aurait accordé une licence au défendeur (N 107); il n'est à vrai dire pas certain que cette approche soit compatible avec la jurisprudence (ATF 132 III 379 ss, «Milchschaumer»), qui exige que le contrat aurait pu être conclu entre les parties, ce qui suppose à mon avis qu'il soit également établi que l'auteur de la violation aurait cherché à conclure une licence avec le lésé. On se ralliera volontiers à RAUBER lorsqu'il soutient – avec la doctrine dominante – que l'action en enrichissement illégitime peut trouver application quand bien même elle n'est pas explicitement citée à l'art. 9 al. 3 LCD (N 113); le Tribunal fédéral a d'ailleurs appliqué les articles 62 et suivants CO dans une affaire de violation de brevet (TF du 12 avril 2006, 4C.290/2005 consid. 3.1, «Rohrschelle») alors que la loi sur les brevets d'invention n'y renvoie pas non plus explicitement. On trouve encore dans la contribution de RAUBER des réflexions précieuses en lien avec la sauvegarde des secrets dans le cadre du procès; RAUBER y soutient de manière pertinente qu'un tribunal ne saurait utiliser un moyen de preuve au détriment d'une partie sans que celle-ci ait pu prendre connaissance de son contenu essentiel et se soit vue accorder la possibilité de s'exprimer à son sujet (N 151), ce qui revient à appliquer par analogie les articles 28 PA et 56 al. 3 LTF comme le proposent certains auteurs (cf. R. STÄUBER, *Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess*, Zürich 2011, 193).

Pour conclure, je ne puis que répéter ce qui ressort des développements qui précèdent: la troisième édition du tome V/1 de la série SIWR est un ouvrage essentiel que les magistrats comme les avocates ne pourront se dispenser de consulter lorsqu'ils ou elles seront confrontées à une problématique de concurrence déloyale.