

13^e Journée du droit de la concurrence
09.11.2022

Risque de confusion ou parasitisme : comment gagner un procès au moyen de la LCD ?

Présentation de décisions récentes en la matière

Maud Fragnière

1. Introduction

2. Risque de confusion

Otto's III

3. Parasitisme

Echinaforce

Ingwerer / Summerer

4. Conclusion

1. Introduction (1)

Principe : **liberté d'imitation**

- tout un chacun peut fabriquer et vendre son produit de la manière la plus simple et la plus économique possible, même si ce faisant il rapproche sa marchandise de celle d'un tiers
- peu importe que l'imitation du produit d'un tiers revienne à tirer profit de ses efforts, de son travail et de sa réclame

ATF 108 III 327 (« Lego III »)

1. Introduction (2)

Exceptions

- lois spéciales (LPM, LDes)
- LCD (caractère déloyal de l'imitation en raison de circonstances particulières)

1. Introduction (3)

Circonstances rendant l'imitation déloyale

- tromperie évitable sur l'origine des produits (risque de confusion)
- exploitation de la réputation (parasitisme)
- comportement astucieux
- entrave systématique

ATF 135 III 446 (« Maltesers II »)

2. Risque de confusion (1)

LCD 3 I d

Agit de façon déloyale celui qui prend des mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les œuvres, les prestations ou les affaires d'autrui.

2. Risque de confusion (2)

Autres fondements de la protection des signes distinctifs :

(1) droit des marques (art. 3 et 13 LPM)

(2) droit des raisons de commerce (art. 946, 951 et 956 CO)

(3) droit au nom (art. 29 CC)

2. Risque de confusion (3)

La notion de risque de confusion est la même dans tout le droit des signes distinctifs.

ATF 127 III 160 c. 2a «Securitas»

2. Risque de confusion (4)



TF 4C-169/2004 du 08.09.2004, sic! 2005 p. 221 ss, « Limmi II »

2. Risque de confusion (5)

Conditions de la protection :

- (1) le lésé dispose d'un signe doté de force distinctive...
- (2) ... prioritaire...
- (3) ... avec lequel le signe de l'usurpateur crée un risque de confusion

2. Risque de confusion (6)

Otto's III



TF 4A_152/2020 du 26.10.2020

2. Risque de confusion (7)

Otto's III



- marque depuis 1979

- pas d'usage en CH

- marque depuis 1998

- usage en CH depuis 1978

2. Risque de confusion (8)

Otto's III

LPM → péremption

2. Risque de confusion (9)

Otto's III

LCD → risque de confusion

2. Risque de confusion (10)

Otto's III

- en cas d'homonymie, il y a lieu de procéder à une balance des intérêts
- le premier usager peut en interdire l'usage au titulaire de la marque

3. Parasitisme (1)

LCD 3 | e

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, compare, **de façon [...] parasitaire** sa personne, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations ou ses prix avec celles ou ceux d'un concurrent ou qui, par de telles comparaisons, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents.

UWG 3 | e

[...] **in anlehnender Weise** [...]

3. Parasitisme (2)

La « comparaison de façon parasitaire de marchandises » de l'article 3 al. 2 let. e LCD comprend leur **présentation** ou leur **emballage**.

3. Parasitisme (3)

Le parasitisme est **indépendant de tout risque de confusion.**

TF 4A_467/2007 et 4A_469/2007 du 08.02.2008,
sic! 2008 p. 454 s., « IWC / WMC »

3. Parasitisme (4)

IWC (International Watch Co.)



WMC (International Watch Group)



«Fabrikation feiner Markenuhren»

TF 4A_467/2007 et 4A_469/2007 du 08.02.2008, sic! 2008 p. 454 s.,
« IWC / WMC »

3. Parasitisme (5)



3. Parasitisme (6)



ATF 135 III 446



HGer ZH, 26.11.1996,
sic! 1997 p. 65 ss

3. Parasitisme (7)

2 critères :

- 1) La reprise des éléments caractéristiques du produit / de l'emballage / de la publicité concurrente ne peut s'expliquer que comme une **volonté de « s'appuyer sur » la réputation** dudit concurrent
- 2) Cette reprise est objectivement apte à susciter une **association d'idées** auprès des consommateurs

3. Parasitisme (8)

Echinaforce



HGer AG, 12.10.2021 (mesures provisionnelles)

3. Parasitisme (9)

Echinaforce

Exigence de réputation ?

Sondage d'opinion (expertise privée)

≠ moyen de preuve

= simple allégation de partie, mais particulièrement *substantiiert*, selon les circonstances

Ici : degré de preuve requis (mesures provisionnelles → vraisemblance suffit) + fait que réputation peut avoir un sens très large ont conduit à la prise en compte du sondage d'opinion.

3. Parasitisme (10)

Echinaforce

Réputation



Produit jouit d'une certaine renommée (degré de connaissance) et d'une réputation de produit naturel.

3. Parasitisme (11)

Echinaforce



La reprise combinée de plusieurs éléments de présentation essentiels, de surcroît disposés les uns par rapport aux autres de manière très similaire, est parasitaire.

3. Parasitisme (12)

Echinaforce



3. Parasitisme (13)

INGWERER / SUMMERER



liqueur gingembre

Ingwerer
Gingwerer
Meisterer
Meistererer



liqueur gingembre-citron

Summerer

HGer BE, HG 19 89, 24.02.2020

3. Parasitisme (14)

INGWERER / SUMMERER

Exigence d'imposition ? → Non.

Tout au plus, un certain degré de connaissance auprès du public cible (cela peut être très local).

3. Parasitisme (15)

INGWERER / SUMMERER

Réputation



- qualificatifs élogieux dans les médias
 - « Geheimtipp »
 - « Trendgetränk »
 - « Kultgetränk »
 - « Highlight »
 - « Typisches Berner Getränk »

- croissance exponentielle des ventes

3. Parasitisme (16)

INGWERER / SUMMERER

Arguments de la défenderesse :

- le produit n'est pas nouveau sur le marché
- image négative (ce qui est vendu comme un produit local est en réalité produit à l'étranger)
- éloges dans les médias → *native advertising*

3. Parasitisme (17)

INGWERER / SUMMERER

Tribunal de commerce de Berne :

- produit suffisamment nouveau pour boomer dans les ventes
- produit bien fabriqué localement (! déclaration de partie !)
- *native advertising* non indiqué comme tel interdit

→ retenu aussi bien la bonne réputation que la renommée

3. Parasitisme (18)

INGWERER / SUMMERER



Ingwerer
Gingwerer
Meisterer
Meistererer



~~Sumerer~~

4. Conclusion

Évolution actuelle de la jurisprudence vers plus de protection de l'innovation... ?

DES QUESTIONS ?

Merci de votre attention !

Maud Fragnière
Kasser Schlosser avocats SA
Avenue de la Gare 5
CP 251 – 1001 Lausanne
fragniere@ksavocats.ch

