



Chapitre d'actes

2017

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

Propriété intellectuelle et concurrence déloyale. Analyse du droit suisse et perspectives de droit allemand

---

Benhamou, Yaniv; de Werra, Jacques

**How to cite**

BENHAMOU, Yaniv, DE WERRA, Jacques. Propriété intellectuelle et concurrence déloyale. Analyse du droit suisse et perspectives de droit allemand. In: Propriété intellectuelle et concurrence déloyale : les liaisons dangereuses ? Andrée Puttemans, Ysolde Gendreau, Jacques de Werra (Ed.). Bruxelles. Bruxelles : Larcier, 2017. p. 183–208.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:96206>

# Chapitre 6.

## Propriété intellectuelle et concurrence déloyale

### Analyse du droit suisse et perspectives de droit allemand

**Yaniv BENHAMOU**

*Docteur en droit  
Avocat à Genève*

**Jacques DE WERRA**

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève*

<b>INTRODUCTION</b>	185
<b>SECTION I.</b> Principes et notions	185
<b>SECTION II.</b> Relation entre la propriété intellectuelle et la concurrence déloyale	189
<b>SECTION III.</b> Concurrence déloyale comme laboratoire de la propriété intellectuelle	206
<b>CONCLUSION</b>	207



## Introduction

Le droit de la concurrence déloyale constitue un corps juridique dynamique, dont l'origine est essentiellement jurisprudentielle<sup>1</sup>, protéiforme, soit de caractère fonctionnel en vue d'assurer une concurrence loyale non faussée, et tridimensionnel dans l'intérêt des concurrents, consommateurs et collectivité<sup>2</sup>. L'analyse du droit de la concurrence déloyale au sein de l'ordre juridique exige d'apprécier ses liens avec les autres domaines juridiques afin d'assurer la cohérence générale de la protection conférée par le droit de la concurrence déloyale et ses limites<sup>3</sup>.

Parmi les domaines juridiques ayant des liens avec le droit de la concurrence déloyale<sup>4</sup>, la propriété intellectuelle mérite une attention particulière. En effet, lorsqu'un bien immatériel est protégé par un droit de propriété intellectuelle qui ne réprime que certains agissements, la concurrence déloyale est facilement envisagée à titre de protection supplétive quitte à élargir substantiellement le champ d'application de ses dispositions spéciales. Lorsqu'un titulaire d'un droit de propriété intellectuelle bénéficie d'une protection, la concurrence déloyale peut être également envisagée à l'encontre d'un tel titulaire et limiter ainsi sa protection.

Pour comprendre ces liens, nous rappellerons d'abord certaines notions générales du droit de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle (section I). Nous analyserons ensuite la relation entre ces deux domaines (section II). Enfin, nous verrons comment la concurrence déloyale est devenue le laboratoire de la propriété intellectuelle (section III).

### Section I. Principes et notions

#### § 1. Liberté de copier, îlots d'exclusivité et règles de comportement

L'un des principes fondamentaux de l'approche libérale de la concurrence consacrée en droit suisse est la liberté de copier. En Suisse, ce principe est reconnu de longue date par les tribunaux. Le Tribunal fédéral (TF) l'a reconnu pour la première fois dans un arrêt « *Uhrwerk* » de 1931 concernant un fabricant de montres non protégées par un droit de propriété

1 P. JUNG, « Einleitung », in P. JUNG et Ph. SPITZ (éd.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Berne, Stämpfli Verlag, 2010, n<sup>os</sup> 8-9.

2 J. DE WERRA, « Avant-propos », in J. DE WERRA (éd.), *Défis du droit de la concurrence déloyale*, Actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 14 février 2014, Genève, Schulthess, 2014.

3 J. DE WERRA, *ibid.*

4 Cf. P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n<sup>os</sup> 10 et s. et son analyse détaillée des rapports entre la concurrence déloyale et la responsabilité civile, le droit des contrats, le droit de la personnalité, le droit des sociétés et le droit de la concurrence.

intellectuelle qui reprochait à un concurrent d'imiter son produit. Le TF a estimé le procédé d'imitation licite, en se fondant sur la nécessité pour la communauté d'avoir accès aux biens existants ainsi que sur le principe du *numerus clausus* des biens immatériels protégés<sup>5</sup>. Le TF a par la suite confirmé ce principe, en utilisant tantôt les termes de « liberté d'imitation » tantôt de « liberté de copier »<sup>6</sup>, même à l'égard de produits originaux ayant fait l'objet d'importants efforts et investissements<sup>7</sup>. Cependant, le TF rappelle que cette liberté est limitée, lorsque « des circonstances particulières font ressortir que l'on est en présence d'un procédé contraire aux règles de la bonne foi »<sup>8</sup>. Ainsi, en l'absence d'un droit de propriété intellectuelle, les innovations peuvent être librement imitées sauf s'il existe des circonstances spéciales rendant déloyal le fait d'avoir copié le produit d'autrui<sup>9</sup>.

En Allemagne, la jurisprudence a également reconnu le principe de la liberté d'imitation, en 1910 en affirmant que « *nun wird allerdings in der blossen Nachahmung – ohne das Hinzutreten besondere Umstände – ein Verstoss gegen die guten Sitten regelmässig nicht zu finden* »<sup>10</sup>. Néanmoins, les tribunaux allemands ont parfois atténué ce principe, condamnant parfois le procédé d'imitation lorsqu'il était accompagné de circonstances particulières et qualifiant le

5 ATF 57 II 457, c. 2, *Uhrwerk* : « tout progrès reprend une chose déjà existante et consiste en une imitation de ce qui est bien et en une transformation du bien en mieux ; un développement profitable n'est donc possible que si l'on peut mieux employer et mieux mettre en valeur ce qui a déjà été trouvé et créé. Les intérêts particuliers doivent céder le pas à cette exigence générale, c'est-à-dire qu'on ne peut reconnaître un droit industriel immatériel que dans certaines limites. [...] On ne peut, par emprunt au droit commun, notamment par application des principes régissant la concurrence déloyale, créer des droits de monopole plus étendus, alors que pour des motifs majeurs, le législateur les a intentionnellement exclus des lois particulières. On ne peut donc rien trouver d'illicite dans le simple fait d'imiter un produit industriel appartenant au domaine public. » (traduction proposée par A. ALBERINI, *L'exploitation de la renommée de la marque d'autrui*, Thèse, Lausanne, CEDIDAC, 2015).

6 ATF 87 II 54, c. 4, *Charnières Anuba* ; ATF 116 II 471 c. 3, *Volvo* ; ATF 126 III 315, *Rivella/Apiella*. ATF 131 III 384, *Such Spider* ; ATF 139 IV 17 c. 1.3 : « Le droit de la concurrence déloyale ne contient aucune interdiction générale de copier les prestations d'autrui, car le principe est qu'on peut librement copier » ; ATF 135 III 446, 460, *Maltesers*, 4.1 : « La LCD ne contient aucune interdiction générale de copier les prestations d'autrui ; au contraire, il existe une liberté de copier. » (traduction proposée par A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 10).

7 ATF 104 II 322, c. 5b, *Bata* : « Une imitation n'est pas en soi un acte de concurrence déloyale, même si la réalisation originale est le fruit de nombreux efforts et a occasionné des frais importants. »

8 ATF 113 II 319, c. 3.b., *Rayonnages métalliques* ; ATF 135 III 446, 460, c. 4.1, *Maltesers* : « Les prestations ne sont donc pas protégées par la LCD contre la reprise et la copie en tant que telles, mais uniquement lorsqu'existent des circonstances pertinentes en droit de la concurrence déloyale, par exemple une confusion évitable quant à la provenance des produits, le risque de confusion, un comportement astucieux ou un rapprochement systématique » (traduction proposée par A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 10).

9 TF, *sic!*, 2009, 793 c. 4.1, *Maltesers II* ; ATF 116 II 471, c. 3a, *Volvo* ; ATF 108 II 327, c. 5a, *Lego/Suchard*.

10 A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 15, citant un arrêt du Reichsgericht du 7 avril 1910, publié in RGZ 73, 294, Schallplatte.

comportement de l'imitateur de déloyal au sens de la loi allemande contre la concurrence déloyale, de manière comparable à la jurisprudence suisse<sup>11</sup>.

Sur cette base, on partira du postulat suivant : la liberté de copier peut être représentée comme un océan de liberté dont le territoire est tout ce qui se situe hors du champ des lois de propriété intellectuelle qui peuvent être représentées comme des îlots d'exclusivité. À la fois l'océan de liberté et les îlots d'exclusivité sont régis par des règles de comportement issues du droit de la concurrence déloyale, telles des règles de navigation.

## § 2. Droit de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale : différences et similitudes

Le droit de la propriété intellectuelle, régi par les lois spéciales de propriété intellectuelle, protège certains biens immatériels déterminés (en particulier les œuvres littéraires et artistiques protégées par le droit d'auteur, les inventions protégées par le droit des brevets, les signes distinctifs protégés par le droit des marques et les créations industrielles et artisanales protégées par la LDes), en octroyant au titulaire du bien un droit de propriété intellectuelle, soit un droit subjectif privé et absolu (*erga omnes*). Cela conduit à introduire un *numerus clausus* des biens juridiquement protégés et à laisser les autres à la libre disposition du public<sup>12</sup>.

Le droit suisse de la concurrence déloyale, régi par la loi contre la concurrence déloyale (LCD)<sup>13</sup>, vise une concurrence loyale non faussée (caractère fonctionnel de la loi) dans l'intérêt de toutes les parties concernées, soit en particulier les concurrents, les consommateurs et la collectivité (caractère tridimensionnel de la loi) (art. 1<sup>er</sup> LCD)<sup>14</sup>. Le champ d'application de la LCD est large car celle-ci est applicable dès qu'un comportement est apte à influencer la concurrence, un rapport de concurrence n'étant plus exigé<sup>15</sup>. La LCD est structurée avec une clause générale réprimant tout

11 A. ALBERINI, *op. cit.*, pp. 15 et s.

12 TROLLER KAMEN, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, vol. I, 2<sup>e</sup> éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 32.

13 Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241), remplaçant la loi fédérale sur la concurrence déloyale du 30 septembre 1943. Avant l'adoption de la LCD de 1986, les comportements déloyaux étaient réprimés par l'article 48a CO, considéré comme une loi générale par rapport aux lois de propriété intellectuelle considérées comme des lois spéciales.

14 Art. 1 LCD : « La présente loi vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée. » Sur le caractère tridimensionnel, cf. FF 1983 II 1037, 1091 ; TF, *sic* !, 2003 831, *Unclean Hands* ; Fl. THOUVENIN, *Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten*, Thèse, Zurich, 2005, p. 99. Sur le caractère fonctionnel, cf. FF 1983 II 1037, 1069 et 1073 ; A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 256.

15 ATF 126 III 198, 202 ; cf. aussi TF, *sic* !, 2005, 463 : « L'acte doit être dirigé contre le jeu normal de la concurrence et propre à influencer le marché ; il doit être objectivement apte à influencer

comportement contraire à la bonne foi et influant sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients (art. 2 LCD), et des dispositions spéciales réprimant certains comportements spécifiques (art. 3 à 8 LCD), notamment la création d'un risque de confusion (art. 3, *lit. d* LCD)<sup>16</sup> et l'exploitation des prestations d'autrui (art. 5, *lit. c* LCD)<sup>17</sup>. La clause générale est applicable aux cas que les dispositions spéciales de la loi ne viseraient pas<sup>18</sup>, venant ainsi en appui des dispositions spéciales<sup>19</sup>.

Le droit allemand de la concurrence déloyale s'apparente au droit suisse. Il est régi par la loi contre la concurrence déloyale du 2 juillet 2004 (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) (UWG)<sup>20</sup> qui vise « la protection des concurrents, consommateurs et autres acteurs du marché contre toute pratique déloyale, ainsi que la protection de l'intérêt de la collectivité » (§ 1 UWG)<sup>21</sup>. Il a ainsi également un caractère fonctionnel et tridimensionnel. L'UWG est également structurée avec une clause générale réprimant toute pratique commerciale déloyale (§ 3 UWG)<sup>22</sup>, applicable subsidiairement aux dispositions spéciales réprimant certains types spécifiques de comportement (§§ 4 à 7 UWG), soit en particulier les imitations de produits ou services trompant la clientèle sur l'origine des produits (§ 4), la publicité trompeuse (§ 5), la publicité comparative (§ 6) et les atteintes intolérables (§ 7).

Le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence déloyale ont ainsi une *nature différente*. Le premier octroie à l'ayant droit un véritable droit subjectif sur un bien immatériel, tandis que le deuxième consacre des normes de comportement visant à garantir une concurrence loyale et réprime certains comportements nuisibles au marché. Le droit de la concurrence déloyale a donc un objet fonctionnel, en ce qu'il se concentre sur le maintien d'une concurrence loyale et non faussée, et non une conception purement individuelle, c'est-à-dire la protection des droits subjectifs des concurrents<sup>23</sup>.

la concurrence ([réf. omises]). Il n'est en revanche pas nécessaire que l'auteur ait la volonté d'influencer l'activité économique [...]. »

16 TF, *sic!*, 2009, 793 ; JdT 2007 I 191.

17 ATF 131 III 384, SJ 2005 I 428, www.anzeiger.ch ; ATF 134 III 166, JdT 2008 I 399, www.kompendium.ch.

18 ATF 132 III 414, c. 3.1 ; TF, *sic!*, 2005, 463.

19 P. KOBEL, « Le parasitisme en droit suisse », in J. DE WERRA (éd.), *Défis du droit de la concurrence déloyale*, Actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 14 février 2014, *op. cit.*, p. 122.

20 Cette loi a remplacé la loi du 7 juin 1909.

21 Traduction libre de § 1 UWG : « *Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.* »

22 § 3 UWG : Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen : « (1) *Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig. (2) Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, sind unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen [...].* »

23 A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 256 ; FF 1983 II 1037, 1069 et 1073.

La propriété intellectuelle et la concurrence déloyale ont pourtant des *objectifs communs*. La propriété intellectuelle a pour objectif la promotion du bien-être social, en arbitrant le conflit entre les investissements consentis par le titulaire et l'accès du public à l'information<sup>24</sup>. Dans le même sens, le droit de la concurrence déloyale vise à préserver une concurrence fonctionnant bien et à maximiser le bien-être social. Les deux domaines tendent donc vers le même but<sup>25</sup>. Ce n'est que le mécanisme employé pour réaliser cet objectif commun qui diffère, la propriété intellectuelle attribuant des exclusivités sur certains biens immatériels, le droit de la concurrence déloyale se concentrant sur la surveillance des comportements des acteurs du marché<sup>26</sup>.

## Section II. Relation entre la propriété intellectuelle et la concurrence déloyale

Lorsqu'un bien immatériel est protégé par un droit de propriété intellectuelle qui réprime uniquement certains agissements, on serait tenté d'appliquer la concurrence déloyale, notamment par :

- une application *cumulative*, soit dans les cas où cette application vient soutenir la protection conférée par le droit de la propriété immatérielle (pour des motifs et sur des bases différentes)<sup>27</sup> ;
- ou *supplétive*, soit une application hors du champ des lois de propriété intellectuelle (en cas de droit de propriété intellectuelle expiré, non valable, non disponible ou n'ayant pas été sollicité)<sup>28</sup> ; ou encore
- une application « *conflictuelle* », soit lorsqu'un titulaire se voit interdire ou limiter dans l'exercice de son droit de propriété intellectuelle en raison d'un comportement déloyal.

Avant d'analyser chaque type d'application, cumulative, supplétive et « conflictuelle », il faut d'abord examiner si et dans quelle mesure la concurrence déloyale peut être invoquée concurremment aux droits de propriété intellectuelle.

24 Fl. THOUVENIN, *Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten*, *op. cit.*, p. 508 ; A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 37, souligne que le droit des marques a en plus pour objectif de protéger le consommateur contre le risque de confusion et ainsi de préserver la fonction distinctive de la marque.

25 A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 351.

26 *Ibid.*

27 P. KOBEL, « Le parasitisme en droit suisse », *op. cit.*, p. 101.

28 *Ibid.*

## § 1. Théorie du détour

### I. En droit suisse (*Umwegthese*)

Avant l'adoption de la LCD de 1946, les comportements déloyaux étaient réprimés par l'article 48 aCO considéré comme une loi générale par rapport aux lois spéciales de propriété intellectuelle (PI)<sup>29</sup>. Par conséquent, lorsqu'une disposition relevant de la propriété intellectuelle s'appliquait dans un cas concret, la LCD ne pouvait s'appliquer<sup>30</sup>. L'adoption de la LCD de 1946 a conduit à la coexistence de deux corps de règles spéciales et à rompre ce rapport de lois générales et spéciales. Ainsi, dans un arrêt de 1947, le TF a considéré qu'une application concurrente entre les lois de PI et la LCD était possible<sup>31</sup>.

Par la suite, les tribunaux suisses, soutenus par la doctrine majoritaire de cette époque, ont défendu la position connue sous l'appellation de « théorie du détour » (*Umwegthese*). En application de cette théorie, un comportement autorisé sous l'angle des lois de propriété intellectuelle (p. ex. lorsque la protection a expiré) ne peut être interdit par le détour de la concurrence déloyale<sup>32</sup>. Les partisans de cette théorie justifiaient celle-ci principalement par le principe de *numerus clausus* du droit de la propriété intellectuelle<sup>33</sup>. Ce principe n'est cependant pas absolu et la LCD trouvait application lorsqu'un comportement ne relevait absolument pas des lois de propriété intellectuelle, par exemple le fait de se mettre systématiquement dans le sillage d'un autre, d'exploiter sa renommée<sup>34</sup> ou de prendre des mesures aptes à faire naître un risque de confusion<sup>35</sup>. Ainsi, une application

29 A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 346.

30 *Ibid.*

31 ATF 73 II 110, c. 4, *Endress* ; P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n° 28 ; A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 346.

32 ATF 104 II 322, *Bata* ; P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n° 29 ; A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 347 et les nombreuses références citées en n. 1437.

33 TF, *sic!*, 2010, 797, c. 5.1, *Pneus-online* : « on ne peut, par le moyen des normes réprimant la loi sur la concurrence déloyale, interdire à autrui d'utiliser une désignation appartenant au domaine public. Chacun doit, en effet, avoir la faculté de désigner ses marchandises en se servant d'expressions qui en indiquent la nature ou les propriétés, sans en être empêché par le signe d'un autre. Sinon, on accorderait à celui-ci, par le détour de la loi sur la concurrence déloyale, une protection que la législation sur les marques lui refuse expressément. »

34 TF, *sic!*, 2010, 797, c. 5.1, *Pneus-online* : « tel est le cas si l'utilisateur est induit en erreur de façon évitable quant à la provenance du produit imité ou si l'imitateur exploite de façon parasite le renom des produits d'un concurrent (ATF 127 III 33 consid. 3b ; ATF 126 III 239 consid. 3b ; ATF 120 II 144 consid. 5b) ».

35 TF, 4A\_36/2012, c. 2.3, *Nespresso II* : « [...] on ne saurait en effet accorder à la marque litigieuse, par le détour de la LCD, une protection que la législation sur les marques lui refuse expressément. [...] Il va toutefois de soi que la LCD pourra être appliquée si la mise sur le marché des mêmes capsules procède d'un comportement déloyal, notamment si les insertions publicitaires accompagnant leur vente sont de nature à faire naître une confusion avec les éventuels slogans déjà utilisés par le concurrent. »

complémentaire de la LCD n'était envisageable qu'en présence de circonstances qui relevaient uniquement de cette loi<sup>36</sup>.

La *Umwegthese* a fait l'objet de nombreuses critiques en doctrine, au motif qu'elle ne tenait pas compte des objectifs différents de chaque loi : les lois de propriété intellectuelle protègent des biens immatériels en octroyant des droits subjectifs absolus, tandis que la LCD vise une concurrence non faussée, prohibant certains comportements considérés comme déloyaux. La LCD suppose une prise en compte d'intérêts variés (concurrents, consommateurs, collectivité) et une éventuelle violation de la LCD doit être appréciée au regard de l'ensemble des effets qu'elle produit sur la concurrence, raison pour laquelle la légitimation active est reconnue bien plus largement en droit de la concurrence que dans le domaine de la propriété intellectuelle<sup>37</sup>. Par conséquent, il semble erroné de résoudre la question de l'articulation entre la LCD et la propriété intellectuelle, en accordant la faveur à la disposition la plus spécifique, au détriment de la règle plus générale<sup>38</sup>. La LCD peut être appliquée aussi bien de façon isolée, cumulative, que complémentaire, au droit de la propriété intellectuelle. De même que les buts de la PI ne doivent pas être détournés par la LCD, les buts de la LCD ne doivent pas être annihilés par les lois de PI. Ainsi, un comportement ne doit pas rester impuni du seul fait que la propriété intellectuelle l'autorise. La loyauté des comportements s'apprécie dès lors indépendamment de la propriété intellectuelle<sup>39</sup>.

En écho à ces critiques, le TF a modifié sa jurisprudence, en admettant une application autonome des lois de propriété intellectuelle et de la LCD. Ainsi, dans l'arrêt *Brico* (2000), le TF a considéré que « [l'on] ne peut retenir, *a priori*, que le défaut de sanctions en droit des marques à l'encontre d'un certain comportement élimine absolument la possibilité de l'interdire sous l'angle de la loi contre la concurrence déloyale [...]. La jurisprudence du TF admet l'application cumulative de ces lois en considération des objectifs différents qu'elles poursuivent. »<sup>40</sup> Dans l'arrêt *Puls* (2003), le TF a confirmé l'application autonome de la LCD au regard de la LPM. Il a d'abord rappelé l'*Umwegthese* et ses critiques doctrinales, avant de se rallier à ces dernières, au motif que « la LCD a pour but de garantir une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée, dans l'intérêt de toutes les parties concernées (art. 1<sup>er</sup> LCD), et ce but ne peut être réduit à néant par

36 P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n° 29 ; A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 347.

37 P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n° 32 ; A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 348.

38 A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 348.

39 A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 349 ; P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n° 32 et les nombreuses références citées.

40 ATF 127 III 33, *Brico* (traduction proposée par A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 349, lequel relève au demeurant que le TF a modifié sa jurisprudence d'abord timidement).

le droit des marques »<sup>41</sup>. Il était dès lors admis que le droit de la propriété intellectuelle ne bénéficie d'aucune priorité sur le droit de la concurrence déloyale, dans la mesure où chacun de ces domaines du droit dispose d'un champ d'application propre<sup>42</sup>.

Par la suite, plusieurs arrêts ont confirmé cette position. Ainsi, dans l'arrêt *Maltersers* (2009), le TF n'a pas contesté l'argument de la recourante selon laquelle l'*Umwegthese* n'a plus cours, et a affirmé qu'« il est exact que le droit des marques ne constitue pas une législation ayant un rang prioritaire par rapport à la LCD. Les dispositions de la LCD ne sont pas subsidiaires par rapport à la LPM, mais elles possèdent leur propre sphère de protection [...]. On posera en principe que les conditions de protection pour chacun des droits revendiqués se jugent de façon autonome et que nulle limitation des droits intellectuels ne peut prendre place en décidant qu'une seule législation spéciale s'appliquerait à un certain objet. » Le TF a cependant modéré l'autonomie dans l'appréciation d'un comportement sous l'angle de la LCD par rapport au droit de la propriété intellectuelle en affirmant que « néanmoins, selon la jurisprudence récente du TF, il serait contraire à la cohérence de l'ordre juridique de conférer une protection au titre d'un certain droit grâce à une définition extensive de l'objet protégé sous l'empire d'une autre législation en négligeant les limites légales explicitement posées par la première loi »<sup>43</sup>.

Dans l'arrêt *Nespresso II* (2012), le TF a rappelé l'*Umwegthese* qu'il a relativisée en présence de circonstances particulières, en considérant que, si la protection des capsules par le droit des marques est exclue en raison de leur forme techniquement nécessaires (art. 2, lit. b LPM), il ne saurait être fait interdiction à un concurrent, sur la base de la LCD, de l'utiliser : « on ne saurait en effet accorder à la marque litigieuse, par le détour de la LCD, une protection que la législation sur les marques lui refuse expressément (cf. ATF 84 II 221 ss consid. 3 ; 80 II 171 ss consid. 1 ; I. Cherpillod, *Le droit suisse des marques*, 2007, 55). Il va toutefois de soi que la LCD pourra être appliquée si la mise sur le marché des mêmes capsules procède d'un comportement déloyal, notamment si les insertions publicitaires accompagnant leur vente sont de nature à faire naître une confusion avec les éventuels slogans déjà utilisés par le concurrent. »<sup>44</sup>

Les lois de PI et la LCD ne sont par ailleurs pas dans un rapport de subsidiarité, mais s'appliquent concurremment. On a toutefois pu lire dans la jurisprudence que la LCD est subsidiaire par rapport aux règles de la propriété

41 ATF 129 III 353, 358, *Puls*.

42 A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 349.

43 ATF 135 III 446, *Maltersers*, traduit au JdT 2010 I 665 ; A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 350.

44 TF, 4A\_36/2012, 26 juin 2012, c. 2.3, *Nespresso, II*.

intellectuelle et qu'elle n'intervient comme protection complémentaire qu'après avoir épuisé les lois spéciales de PI et si le comportement relève uniquement de la LCD<sup>45</sup>. Par la suite, le TF a toutefois rappelé que les lois de PI et la LCD ne sont pas en rapport de subsidiarité, mais s'appliquent concurremment<sup>46</sup>. Il a ainsi estimé que « La LCD ne revêt pas un caractère subsidiaire par rapport aux diverses lois qui protègent la propriété intellectuelle ; son but est simplement différent [...]. Dès le moment où les conditions d'application d'une disposition sont réunies et justifient la mesure prise, il n'y a plus d'intérêt à se demander si la même mesure pourrait être prise également sur la base d'une autre disposition. »<sup>47</sup> Cette jurisprudence doit être approuvée, en raison des buts différents poursuivis par ces deux normes. On peut en effet imaginer qu'un sujet de droit, en copiant illégalement une prestation protégée par la LDA (p. ex. un logiciel protégé au sens de l'art. 2, al. 3, LDA) viole la LDA, mais qu'il commette également un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 5 de la LCD. Partant, les deux voies juridiques sont ouvertes ; procédures et autorités peuvent théoriquement diverger<sup>48</sup>, mais les critères étant différents, une décision différente ne serait pas source de difficultés pour la cohérence du système<sup>49</sup>. Sur le plan pénal, la peine maximale en cas de violation de la LCD (trois ans ; art. 23 LCD) est plus importante qu'en cas de violation de la LDA (un an ; art. 67 LDA). Ainsi, celui qui violerait l'article 5 de la LCD en exploitant une prestation protégée par la LDA encourrait une peine moins grave que si la prestation n'était pas une œuvre protégée. On peut douter que le TF entende soutenir un tel résultat<sup>50</sup>.

45 ATF 118 II 459 c. 4a, *Just Elvis* : « Zur Frage, auf welche Schutznorm sich der Tonträgerhersteller in erster Linie zu berufen hat, gilt der Grundsatz, dass zunächst die sondergesetzlichen Schutzvorschriften auszuschöpfen sind. Erst danach kann sich der Betroffene auf einen ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz berufen. Ein ergänzender Lauterkeitsschutz kommt nur dann zum Tragen, wenn spezifisch wettbewerbsrechtliche Motive, die keine Parallelitäten zum sondergesetzlichen Schutz aufweisen oder klarerweise mit den lauterkeitsrechtlichen Grundsatzwertungen korrespondieren, eine Beschränkung der Nutzungsfreiheit gebieten. »

46 ATF 129 III 353 c. 3.3, *Puls* ; TC VD, *sic !*, 2008, p. 113 c. 2, *Torino* ; TF, *sic !*, 2008, 454 c. 3.2 *in fine*, *IWC* ; ATF 135 III 446, 461 s., *Maltesers* ; Fr. DESSEMONTET, in J. DE WERRA et Ph. GILLIÉON (éd.), *Commentaire Romand de la Propriété intellectuelle*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2013, art. 1 LDA, n° 34.

47 TF, 4A\_689/2012, c. 2.4-2.5, *Ferrari*.

48 Les prétentions fondées sur la LCD dont la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30.000 étant soumises au tribunal de première instance (art. 5, al. 1, *lit. d* CPC), et les prétentions fondées sur la propriété intellectuelle à l'instance cantonale unique (art. 5, al. 1, *lit. a* CPC). Par souci d'économie de procédure, la jurisprudence admet en principe une attraction de compétence en faveur de l'instance cantonale unique : ATF 92 II 315 c. 5 ; ATF 95 II 252. Les conditions d'admission de cette attraction de compétence sont toutefois discutées en doctrine et encore incertaines : R. WEY, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Zurich, Schulthess, 2013, art. 5 CPC, n° 8.

49 A. NUSSBAUMER, in V. MARTENET et P. PICHONNAZ, *Commentaire Romand de la Loi contre la concurrence déloyale (LCD)*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2017, art. 5, n° 36, citant AppH. BE, *sic !*, 2001, 613, c. 9.

50 A. NUSSBAUMER, *op. cit.*, n° 37.

## II. En droit allemand (*Vorrangthese*)

En droit allemand, la jurisprudence<sup>51</sup> et une partie de la doctrine<sup>52</sup> ont adopté une approche comparable à l'*Umwegtheorie*, connue sous l'appellation de *Vorrangthese*. Selon cette approche, les lois (spéciales) de propriété intellectuelle ont la primauté sur le droit (général) de la concurrence déloyale. Le droit de propriété intellectuelle serait une réglementation exhaustive dans son champ d'application, ce qui exclut l'application concurrente du droit de la concurrence déloyale. Par conséquent, les lois (spéciales) ont la priorité sur le droit de la concurrence déloyale et la concurrence déloyale ne peut s'appliquer que subsidiairement (en complément et seulement si les lois de PI ne réglementent pas exhaustivement la matière) (*lex specialis-Doktrin*)<sup>53</sup>. Un bien immatériel ne peut être protégé que par une loi spéciale de propriété intellectuelle (*numerus clausus*) et ne peut l'être par le détour de la concurrence déloyale (*Umwegthese*). Ainsi, dans la décision *Mac Dog* (1998) opposant le groupe McDonald à un fabricant allemand d'aliments pour chien qui apposait le nom « Mac Dog » sur certains produits, le BGH a considéré que la protection des marques de haute renommée a la priorité, autrement dit que le droit des marques épuise la matière et ne laisse ainsi plus de place aux prétentions issues du UWG ou de l'action délictuelle du § 823.1 BGB<sup>54</sup>.

La *Vorrangthese* a fait l'objet de nombreuses critiques. La *Vorrangthese* part du principe que l'imitation est licite lorsqu'elle n'est pas couverte par une loi spéciale et que le droit de la concurrence déloyale consacre une liberté d'imitation. Or, l'exclusivité octroyée par une loi de propriété intellectuelle dit simplement que le titulaire peut s'opposer à l'imitation. La concurrence déloyale ne consacre pas non plus une liberté d'imitation ; elle permet simplement de la limiter<sup>55</sup>. La *Vorrangthese* tend à considérer la concurrence déloyale comme une protection complémentaire, permettant de combler les lacunes du droit de la propriété intellectuelle. Or, les lois de propriété intellectuelle et la concurrence déloyale ont des fonctions différentes : les premières visent à protéger le titulaire contre les violations de son droit, tandis que la concurrence déloyale vise la protection des concurrents, consommateurs et autres acteurs contre une concurrence déloyale et protège ainsi l'intérêt général à une concurrence non faussée<sup>56</sup>. Un autre argument

51 GRUR, 1999, pp. 161-162, *Mac Dog* ; GRUR, 2002, 332, 336, *Abschlussstück* ; GRUR, 2007, p. 339, *Stufenleitern*.

52 KÖHLER, GRUR, 2007, p. 549, n° 3 et les références citées.

53 KÖHLER, p. 549.

54 BGH, GRUR, 1999, p. 161 – *Mac Dog*. § 823.1 oblige l'auteur de la violation à réparer le préjudice subi du lésé.

55 KÖHLER, *op. cit.*, p. 549.

56 *Ibid.*

des partisans de la *Vorrangthese* est que la concurrence déloyale serait une atteinte au droit de propriété intellectuelle, puisque le droit de propriété intellectuelle permet au seul titulaire de décider si, quand et comment agir contre toute violation, tandis que la concurrence déloyale permet à d'autres acteurs du marché d'agir contre des comportements déloyaux (§ 8 III UWG). Or, il faut rappeler que la concurrence déloyale ne vise pas que la protection des titulaires mais également des autres concurrents et consommateurs<sup>57</sup>.

Par conséquent, les différents buts légaux, conditions de protection, sanctions et compétences justifient une application autonome de l'UWG (et donc concurrente) orientée sur les buts légaux et cumulative de l'UWG en parallèle aux lois de propriété intellectuelle. Le concours cumulatif est uniquement exclu lorsqu'une disposition fait clairement apparaître la volonté du législateur de réglementer le champ de manière exhaustive.

Dans la décision *Hard Rock Café* (2013), le BGH a renoncé à la *Vorrangthese* : « Les tiers, qui ne sont pas titulaires d'un droit à la marque, peuvent faire valoir les prétentions UWG fondées sur le risque de confusion quant à l'origine du produit depuis la transposition de la directive 2005/29/CE. Il faut admettre un revirement de la jurisprudence. La jurisprudence selon laquelle la tromperie quant à l'origine d'un produit s'apprécie exclusivement selon les principes du droit des marques n'est plus actuelle depuis la transposition de l'article 6, alinéa 2, lit. a, de la directive 2005/29/CE. Les prétentions fondées sur le droit des marques et celles fondées sur la concurrence déloyale s'appliquent dorénavant concurremment. »<sup>58</sup>

### III. Résultat : application autonome et concurrente de la LCD

Les tribunaux suisses et allemands tendent au rejet, ou du moins à la relativisation, de la *Umwegthese/Vorrangthese* et à l'autonomie de la concurrence déloyale. Il est donc juste de conclure à l'autonomie de la concurrence déloyale qui n'est pas (plus) en rapport de subsidiarité avec les lois de PI et qui s'applique concurremment aux autres lois<sup>59</sup>.

57 *Ibid.*, p. 550.

58 Traduction libre de BGH, décision du 15 août 2013, I ZR 188/11, *Hard Rock Café* : « Dritte, die nicht Markeninhaber sind, können seit Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG lauterkeitsrechtliche Ansprüche wegen Herkunftstäuschung geltend machen. An der bisherigen Rechtsprechung, nach der die durch eine bestimmte Kennzeichnung hervorgerufene Irreführung über die betriebliche Herkunft allein nach den Grundsätzen des Markenrechts zu beurteilen war (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2001 – I ZR 138/99, BGHZ 149, 191, 195 f. – *shell.de*), kann aufgrund der ins deutsche Recht umgesetzten Bestimmung des Art. 6 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2005/29/EG nicht mehr festgehalten werden. Der individualrechtliche Schutz aus dem Markenrecht und der lauterkeitsrechtliche Schutz nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb bestehen nunmehr nebeneinander (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 4.211 f.). »

59 FR. DESSEMONTET, in J. DE WERRA et Ph. GILLIÉON (éd.), *Commentaire Romand de la Propriété intellectuelle, op. cit.*, art. 1 LDA, n° 34 ; MUHLSTEIN, 187.

Il faut toutefois relativiser cette autonomie et garder à l'esprit que le droit de la concurrence déloyale n'est pas totalement libéré du droit de la propriété intellectuelle puisque, comme l'a rappelé le TF encore récemment, « il serait contraire à la cohérence de l'ordre juridique de conférer une protection au titre d'un certain droit grâce à une définition extensive de l'objet protégé sous l'empire d'une autre législation en négligeant les limites légales explicitement posées par la première loi »<sup>60</sup>. Il convient donc d'appliquer chaque loi en fonction de ses conditions et buts respectifs, tout en tenant compte de la cohérence de l'ordre juridique.

L'application autonome et concurrente du droit de la concurrence déloyale conduit à se poser les deux questions suivantes :

- Permet-elle un renforcement de la position du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, autrement dit ce qui est hors champ de protection du droit de propriété intellectuelle est-il protégeable par le droit de la concurrence déloyale (ci-dessous, § 2) ?
- Permet-elle un affaiblissement de la position du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, autrement dit l'acquisition et l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle peuvent-ils être sanctionnés en raison de leur caractère déloyal (ci-dessous, § 3) ?

## § 2. Renforcement de la position du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle

En droit des marques, avant 1993, l'application concurrente de la LCD apparaissait nécessaire, puisque l'ancienne LPM ne couvrait pas les marques de service et de forme et que seule la LCD permettait donc de les protéger. À partir de 1993, avec la nouvelle LPM, la doctrine a remis en cause cette approche, au motif qu'elle permettait de contourner le principe d'enregistrement des marques<sup>61</sup>. Avec la reconnaissance d'une application autonome de la LCD par la jurisprudence, la doctrine s'est ensuite ravisée et a plaidé pour une application concurrente de la LCD<sup>62</sup>, notamment lorsqu'une marque n'était plus protégée en raison des conditions matérielles ou formelles de protection (p. ex. en cas de refus d'enregistrement, nullité ou expiration d'une marque)<sup>63</sup>. La jurisprudence a ainsi admis une application

60 ATF 135 III 446, *Maltesers*, traduit au JdT 2010 I 665.

61 D. LUCAS, « Ausstattungsrecht auf neuer Grundlage », *AJP* 1992, 1501, 1502. Pour une explication détaillée, cf. P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n° 39.

62 P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n° 40.

63 *Ibid.*, n° 41.

complémentaire dans de nombreuses décisions<sup>64</sup>, notamment en cas d'utilisation du *goodwill* issu du signe d'un tiers<sup>65</sup>, en cas d'enregistrement d'une marque à la fin de rapports contractuels, utilisée pendant lesdits rapports et créant ensuite un risque de confusion<sup>66</sup>, en cas d'utilisation d'un nom de domaine identique à la marque d'un tiers<sup>67</sup> et l'exploitation de la réputation d'une marque d'autrui<sup>68</sup>.

Un arrêt récent illustre le renforcement de la position du titulaire. Dans l'arrêt *Pneus-online* (2012), le titulaire du nom de domaine et de la marque « pneusonline.com » s'est opposé à l'enregistrement par son concurrent (Delticom) de noms de domaine similaires. Le TF a retenu que le signe « pneusonline.com » ne pouvait pas être protégé par le droit des marques en raison de son caractère descriptif, mais qu'il y avait violation de l'article 3, *lit. d* (risque de confusion) en raison des circonstances particulières. Tel est le cas « lorsque l'utilisateur est induit en erreur de façon évitable quant à la provenance du produit imité ou si l'imitateur exploite de façon parasite le renom des produits d'un concurrent »<sup>69</sup> et « le fait d'utiliser sciemment des noms de domaine très similaires à celui d'un concurrent et de créer ainsi un risque de confusion pour exploiter de manière parasitaire la réputation acquise par ce dernier »<sup>70</sup>. Ainsi, tout en déniait la protection du nom de domaine au sens du droit des marques, le TF a considéré que l'imitation était déloyale au sens de la LCD.

En droit du design, l'application concurrente de la LCD peut être utile pour protéger un design, en particulier à l'égard d'un design tombé dans le domaine public, lorsque son imitation conduirait à un risque de confusion avec autrui, ses affaires, son entreprise, ses prestations (art. 3, *lit. d* LCD), que son imitation profiterait de la renommée d'un produit concurrent (art. 2)<sup>71</sup> ou qu'une série de produits serait imitée (art. 2)<sup>72</sup>. Elle pourrait être également utile pour interdire une imitation produite de façon sournoise (art. 5, *lit. a* et *b*) ou correspondant à la reprise du résultat du travail d'autrui par des procédés techniques et sans sacrifice correspondant (art. 5, *lit. c*)<sup>73</sup>. Toutefois, même si le risque de confusion s'apprécie à l'aune des mêmes critères (impression générale laissée dans l'esprit des consommateurs),

64 P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n° 42.

65 ATF 114 II 106, *CeBIT* ; ATF 109 II 489, *Computerland*.

66 ATF 129 III 353, *Puls*.

67 TC Bâle, *sic !*, 2005, 821, c. 2c, [www.tax-info.ch/](http://www.tax-info.ch/) [www.info-tax.ch](http://www.info-tax.ch).

68 TC Berne, SMI 1991, 234, 238 s., *Kopulierende Krokodile*.

69 TF, arrêt du 8 février 2012, 4A\_474/2012, c. 5.1, *Pneus-online*.

70 TF, arrêt du 8 février 2012, 4A\_474/2012, c. 5.1, *Pneus-online*.

71 ATF 116 II 471, *Volvo-Kotflügel* ; ATF 113 II 190, 201 s., *Le Corbusier*.

72 TF, *sic !*, 2005, 23, c. 4.3, *Armbanduhren* ; ATF 116 II 365, 369, *Nivea/Jana* ; ATF 113 II 190, 201, *Le Corbusier*.

73 P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n° 44.

chaque loi peut donner un résultat différent<sup>74</sup>, chaque loi étant applicable indépendamment de l'autre, selon des conditions et des buts propres (p. ex. la LCD tient compte de toutes les circonstances)<sup>75</sup>.

En droit d'auteur, l'application concurrente de la LCD peut être utile, en particulier à l'égard de prestations dont l'individualité est incertaine (p. ex. les logiciels au sens de l'art. 2, al. 3 LDA)<sup>76</sup>, qui présentent des caractéristiques distinctives dont la reprise peut conduire à un risque de confusion (art. 3, *lit. d*)<sup>77</sup>, ou qui font l'objet d'une reprise directe (art. 5) ou systématique (art. 2)<sup>78</sup>. Dans une procédure, les prétentions issues de la LCD dispensent le demandeur de prouver les conditions de protection de l'œuvre (en particulier la condition d'individualité)<sup>79</sup>.

En droit des brevets, la LCD renforce la protection du titulaire uniquement si la reprise d'éléments techniques protégés par le brevet apparaît déloyale<sup>80</sup>, notamment en cas de reprise d'éléments trompeurs quant à l'origine du produit (art. 2), entraînant un risque de confusion (art. 3, *lit. d*), l'allusion fallacieuse à l'existence d'une protection, qui peut être sanctionnée par une amende (art. 82 LBI) et être un cas de tromperie sur la qualité d'une marchandise (art. 3, *lit. b*)<sup>81</sup> ou la reprise du résultat du travail d'un tiers sans sacrifice correspondant (art. 5, *lit. c*). Il est par ailleurs déloyal de fabriquer des produits concurrents d'une partie contractuelle pendant la durée de la collaboration<sup>82</sup>.

Sous l'angle de la procédure, la LCD renforce également la position des ayants droit de propriété intellectuelle, puisque la qualité pour agir est reconnue plus largement. À titre d'exemple, peuvent se plaindre d'agissements déloyaux les concurrents ainsi que, selon les circonstances, les consommateurs et la collectivité. De même, un preneur de licence qui n'aurait pas de droit d'action légal (art. 55, al. 4, LPM ; 75 LBI ; 62, al. 3, LDA ; 35 LDes) pourrait agir sur la base de la LCD. En effet, la jurisprudence reconnaît que le preneur de licence peut en principe actionner sur la base de l'article 2 de la LCD le tiers qui viole des droits immatériels pour lesquels il bénéficie d'une licence<sup>83</sup>.

74 TF, *sic !*, 2005, 23, c. 4, *Montres bracelets* (protection refusée à un design qui n'est pas imité).

75 P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n° 46.

76 *Ibid.*, n° 47.

77 ATF 110 IV 102, 107 s., *Harlekin-Puppen* ; P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n° 47.

78 ATF 113 II 190, 201 s., *Le Corbusier*.

79 P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n° 48, notant au passage que, contrairement aux autres droits de propriété intellectuelle, l'absence de registre en droit d'auteur rend plus délicate la preuve de l'existence d'un droit.

80 ATF 116 II 471, 473, *Volvo-Kotflügel* ; TC ZH *sic !*, 2001, 658, c. XVI. 4.2, *Schmiermittel II*.

81 BGE 82 IV 204, 206.

82 HGer SG du 29 novembre 2005 (HG.2001.31-HGK), c. II/10 ; P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n° 51.

83 TF, *sic !*, 2008, 209, c. 7.3, M6 II : alors que les lois de propriété intellectuelle reconnaissent la qualité pour agir au preneur de licence pour autant que la licence soit exclusive et que le contrat

### § 3. Affaiblissement de la position d'un titulaire de droit de propriété intellectuelle

L'application concurrente de la concurrence déloyale peut aussi conduire à l'affaiblissement de la position du titulaire de droits de propriété intellectuelle, en particulier en cas de dépôts abusifs de titre de propriété intellectuelle, pratique souvent observée en droit des marques sous l'appellation « marques défensives »<sup>84</sup> ou « marques de réserve »<sup>85</sup>.

Dans l'arrêt *Berneroberland.ch* (2000), l'auteur du comportement déloyal (Kaformatik SA), prestataire de services informatiques, avait fait enregistrer le nom de domaine « *berneroberland.ch* ». La société de tourisme bernoise (Verein Berner Oberland Tourismus) s'est alors opposée à l'utilisation de ce nom de domaine « *Berneroberland.ch* », étant précisé qu'auparavant Kaformatik SA avait enregistré le nom de domaine « *spiez.ch* » et s'était vue confier le mandat de conception du site internet de la ville de Spiez en contrepartie de la cession du nom de domaine correspondant. Le TF a retenu un comportement déloyal au sens de l'article 2 de la LCD au motif qu'« il s'agissait pour elle de pousser les intéressés à lui confier la conception de leurs sites Internet en contrepartie de la cession des noms de domaine correspondants [...] Ainsi a-t-elle cédé l'adresse "spiez.ch" à la commune de Spiez, contre mandat correspondant. C'est dans le même esprit que le nom de domaine "berneroberland.ch" a été enregistré, et non par hasard ou parce que la défenderesse a son siège dans cette région. La défenderesse a donc créé un risque de confusion avec des organismes touristiques, et en particulier avec le demandeur, afin de s'assurer un avantage dans la concurrence qui règne pour acquérir des mandats, et elle a cherché par là à influencer les rapports avec ses concurrents et les acquéreurs possibles de ses services. »<sup>86</sup>

Dans l'arrêt *Puls* (2003), l'auteur du comportement déloyal (Puls Media AG) avait, après la fin d'une collaboration contractuelle, déposé et utilisé la marque de sa concurrente (la SSR ; Société suisse de radiodiffusion et télévision) qui ne

---

de licence ne l'exclue pas (art. 55, al. 4 LPM ; 75 LBI ; 62, al. 3 LDA ; 35 LDes), la jurisprudence en matière de LCD semble reconnaître la qualité pour agir au preneur de licence dès lors que la violation peut « influencer sur les rapports entre le preneur de licence et ses clients (arrêt 4A\_55/2007 du 29 août 2007 consid. 7.1, in *sic !*, 3/2008 p. 209) ».

- 84 I. CHERPILLOD, « Marques défensives, de réserve, et dépôts frauduleux », *sic !*, 2001, 359 : « Les marques défensives [sont] celles qui sont déposées dans le but d'élargir la sphère de protection d'une marque que le déposant utilise effectivement. »
- 85 I. CHERPILLOD, *op. cit.*, *sic !*, 2001, 359 : « Les marques de réserve [sont] celles que leur déposant veut enregistrer sans ferme intention de les utiliser ; il peut donc s'agir de dépôts faits en vue d'une éventuelle utilisation dans un avenir indéfini, voire de dépôts effectués pour empêcher des tiers d'utiliser les marques en question ».
- 86 ATF 126 III 239, JdT 2000 I 543, *Berneroberland.ch* (traduction libre).

jouissait pas de sa marque « Puls » pour cause de défaut d'usage. Nonobstant l'absence de marque au bénéfice de la SSR, le TF a retenu le comportement déloyal de Puls Media AG au sens de l'article 2 de la LCD, au motif que « la LCD a pour but de garantir une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée [...] et ce but ne peut être réduit à néant par le droit des marques »<sup>87</sup>.

Dans l'arrêt *C'est bon la vie* (2005), l'auteur du comportement déloyal (Nestlé) avait déposé et utilisé la marque « c'est bon la vie ! », qui était précédemment utilisée par un concurrent (une entreprise locale), pour des produits de boulangerie. Le TF a retenu le comportement déloyal de Nestlé au sens de l'article 2 de la LCD, au motif « Que la défenderesse [Nestlé] ait déposé comme marque, notamment pour des produits de boulangerie, le slogan "c'est bon la vie !" utilisé depuis des années par la demanderesse, et ce immédiatement après avoir été sommée par celle-ci de ne plus en user, fait présumer l'existence d'une intention déloyale [...]. »<sup>88</sup>

Dans l'arrêt *Gmail* (2008), l'auteur du comportement déloyal (une société allemande) titulaire d'une marque allemande « G-mail [...] und die Post geht richtig ab », a, après l'introduction d'un service de messageries « gmail » par une société américaine, déposé une marque suisse pour le même signe et a tenté de négocier la cession de sa marque. Le TF a retenu un comportement déloyal, en rappelant que le caractère abusif d'un dépôt de marque ne peut pas être simplement déduit d'une offre de vente faite par le titulaire de la marque à un tiers mais que, si c'est le fait de pouvoir négocier un prix de vente, ou de renforcer sa position de négociation qui a motivé le dépôt de la marque, l'enregistrement est nul, et ce, indépendamment d'une disproportion manifeste entre la valeur objective de la marque et le prix de vente<sup>89</sup>.

Dans l'arrêt *Pneus-online* (2010), comme le relève Schlosser, le fait que la défenderesse ait enregistré les noms de domaine litigieux après l'échec de pourparlers menés en vue d'un éventuel partenariat a pu jouer en sa défaveur. Il est donc possible que des circonstances autres que celles mises en avant par le TF (risque de confusion, exploitation parasitaire de la réputation) aient influencé la décision de manière sous-jacente<sup>90</sup>.

Ces arrêts ont retenu un comportement déloyal compte tenu des circonstances, en particulier l'existence de rapports contractuels préalables, l'enregistrement immédiatement après la sommation du concurrent ou l'intention présumée d'obtenir un avantage. Ces arrêts avaient en commun que l'enregistrement visait un certain effet de blocage (*Sperrwirkung*)<sup>91</sup>.

87 ATF 129 III 353, c. 3.3 Puls.

88 TF, 4C.431/2004, c. 3.3, « *C'est bon la vie* ».

89 *sic !*, 2008, 732, c. 2.2.

90 Note SCHLOSSER, *sic !*, 2010, 801.

91 Au sujet de la problématique des dépôts abusifs de marque, cf. I. CHERPILLOD, *op. cit.*, *sic !*, 2000, 359.

Il est intéressant de relever que le droit suisse ne prévoit pas de disposition spéciale pour les dépôts abusifs et que c'est par le biais de la clause générale de la concurrence déloyale (soit de la bonne foi en affaires) qu'il est possible de les appréhender (art. 2 LCD), voire sous l'angle de l'abus de droit (art. 2, al. 2, C. civ.)<sup>92</sup>. Le droit européen comporte en revanche une disposition spéciale qui régit les dépôts abusifs de marques. L'article 4, alinéa 2, de la directive (UE) 2015/2436 du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques dispose : « Une marque est susceptible d'être déclarée nulle si sa demande d'enregistrement a été faite de mauvaise foi par le demandeur. Un État membre peut aussi prévoir qu'une telle marque est refusée à l'enregistrement. » Le droit allemand prévoit également des dispositions spéciales pour ce type d'agissements (§ 8 Abs. 2 Nr. 10, § 37 Abs. 3 MarkenG). Le dépôt abusif de marques est ainsi sanctionné lorsqu'un tiers enregistre une marque pour des produits ou services identiques ou pouvant conduire à un risque de confusion avec le signe d'autrui au bénéfice d'une protection non formelle et qu'il connaît. À titre d'exemple, selon le tribunal allemand des brevets (BPatG), l'enregistrement est abusif lorsqu'il a pour seul but d'empêcher un tiers dans ses activités commerciales, ce qui correspond à un motif absolu d'exclusion qui doit être analysé d'office par l'Office des brevets et des marques<sup>93</sup>. On relèvera enfin que les systèmes suisse et allemand visant à réprimer les dépôts abusifs se distinguent du fait que le droit suisse offre une légitimation active plus large et l'appréhension d'autres biens que les marques (notamment les brevets et les noms de domaine), tandis que le droit allemand offre une certaine prévisibilité avec des conditions plus claires et une analyse d'office par l'Office des brevets et des marques.

#### § 4. Domaines de recoupement entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence déloyale

La concurrence déloyale est facilement envisagée à titre de protection supplétive quitte à élargir substantiellement le champ d'application de la propriété intellectuelle, en particulier pour protéger l'apparence des produits au sens de l'article 3, *lit. d* (risque de confusion) et *lit. e* (exploitation de la réputation) (*Ausstattungsschutz*) de la LCD et les prestations au sens de l'article 5, *lit. c*, de la LCD (reprise sans sacrifice correspondant)

92 Pour une décision où l'article 2 du Code civil a été appliqué dans le cas d'une marque enregistrée aux seules fins de bloquer un concurrent : TF, SJ 1985 34. Citée par I. CHERPILLOD, *op. cit.*, *sic l.*, 2000, 364.

93 Beschluss vom 08.12.2010 (Az. 26 W (pat) 63/07).

(*Leistungsschutz*)<sup>94</sup>. La clause générale de l'article 2 de la LCD permet aussi d'appréhender diverses situations non couvertes par les dispositions spéciales de la LCD ou par les lois de PI. L'application de ces dispositions met en évidence les domaines de recoupement avec la propriété intellectuelle, et questionne ainsi la manière dont il faut les interpréter.

### I. Protection de l'apparence (*Ausstattungsschutz*)

L'apparence au sens de l'*Ausstattungsschutz* est la façon par laquelle un agent économique se présente sur le marché par l'apparence, l'image, le conditionnement du produit<sup>95</sup>. Elle couvre tout signe ou produit distinctif d'une source ou encore l'utilisation d'une image véhiculée par une autre<sup>96</sup>. La protection suppose donc la distinctivité de l'apparence dont la protection est recherchée ; autrement dit, que l'acheteur moyen concerné voie dans l'*Ausstattung* la désignation d'une origine particulière, d'un producteur déterminé<sup>97</sup>. Elle peut être essentiellement appréhendée sous l'angle de l'article 3, *lit. d* (règle de confusion) et *lit. e* (règle de réputation).

L'article 3, *lit. d*, de la LCD (risque de confusion) considère comme déloyal celui qui prend des mesures de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les œuvres, les prestations ou les affaires d'autrui. Le risque de confusion est une notion unique à tout le droit des signes distinctifs<sup>98</sup>. Sa portée en droit de la concurrence déloyale est différente et suppose la prise en compte d'éléments qui lui sont propres<sup>99</sup> : en concurrence déloyale, ce n'est pas le risque de confusion qui doit être empêché comme tel, mais l'exploitation par un agent économique aux fins de s'approprier le résultat du travail d'autrui ou d'améliorer sa position économique sans efforts et aux frais du concurrent<sup>100</sup>. Cela conduit à une interprétation restrictive de la notion de risque de confusion. Ainsi, dans l'arrêt *Volvo* (1990), opposant un vendeur de pièces de carrosserie identiques à certains modèles de la marque, le TF a rejeté le risque de confusion, au motif que le vendeur indiquait le modèle de véhicule correspondant sans tenter de les faire passer pour des pièces de marque. Ce procédé n'était ainsi pas apte à tromper le consommateur au sujet de la provenance des marchandises<sup>101</sup>.

94 P. KOBEL, « Le parasitisme en droit suisse », *op. cit.*, p. 105.

95 *Ibid.*, p. 108.

96 *Ibid.*, p. 110, citant les exemples de : « la Rolls-Royce des montres, le champagne des eaux ».

97 *Ibid.*

98 ATF 128 III 353, 359, *Montana*.

99 ATF 130 III 645, *Armbanduhren*.

100 P. KOBEL, *op. cit.*, p. 113.

101 ATF 116 II 471, 473, *Volvo*. Cf. P. KOBEL, *op. cit.*, p. 115, citant également un récent arrêt confirmant cette interprétation restrictive du risque de confusion : TF, arrêt du 20 décembre 2006, 4C.332/2006, *sic !*, 2007, 384, 385, *Rama Cremefine*.

L'article 3, *lit. e*, de la LCD (exploitation de la réputation) considère comme déloyal celui qui compare, notamment de façon parasitaire, ses prestations avec celles d'autrui. L'exploitation de la réputation suppose un rapprochement ou un transfert d'image. Ainsi, dans l'arrêt *IWC c. WMC* (2008), le TF a retenu une exploitation de la réputation car l'usage de WMC (fabricant de montres) permettait un réel transfert d'image avec les montres IWC<sup>102</sup>. Au contraire, dans l'arrêt *Maltersers* (2009), le TF a retenu l'absence de transfert car les boulettes de chocolat Kit Kat se voulaient équivalentes à celles de Maltesers et ne visaient ainsi aucun « transfert de valeurs » dans l'esprit du public<sup>103</sup>.

## II. Protection des prestations (*Leistungsschutz*)

La protection des prestations (*Leistungsschutz*) relève de l'article 5 de la LCD qui couvre tout type de prestations, telles que les idées scientifiques, inventives ou pratiques, les produits, les formes esthétiques, les bases de données, et autres objets qui ne seraient pas protégés par des lois spéciales de propriété immatérielle. Il n'y a pas de protection des prestations comme telles, mais uniquement en présence de certaines circonstances déloyales, en particulier lorsque les moyens mis en œuvre aux fins de la reprise d'une prestation apparaissent déloyaux<sup>104</sup>.

Si cette protection des prestations (*Leistungsschutz*) semble de prime abord utile à titre de protection supplétive des lois de propriété intellectuelle, notamment pour les bases de données, produits ou idées qui ne remplissent pas les conditions de protection du droit d'auteur, l'examen de la jurisprudence du TF révèle qu'il est difficile de la mettre en œuvre, du moins sur la base de l'article 5 de la LCD.

L'article 5, *lit. a* et *b*, de la LCD protège le résultat du travail matérialisé dans des offres, des calculs ou des plans, et porte sur la déloyauté des moyens utilisés pour reprendre la prestation d'un tiers<sup>105</sup>. L'article 5, *lit. c*, de la LCD sanctionne celui qui reprend et exploite comme tel le résultat du travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché grâce à un procédé technique de reproduction (p. ex. le *scanning*, la photocopie, le surmoulage, la réimpression, le repiquage de supports d'enregistrements ou de programmes informatiques)<sup>106</sup> et sans sacrifice correspondant (ce qui suppose une comparaison entre les prestations des deux parties : d'une

102 TF, arrêt du 8 février 2008, 4A\_467/2007, c. 4.3, *IWC/WMC*.

103 ATF 135 III 446, 460, *Maltersers*.

104 P. KOBEL, *op. cit.*, p. 121.

105 *Ibid.*, p. 118.

106 *Ibid.*, p. 119.

part, la dépense hypothétique que le repreneur aurait dû consentir pour obtenir le produit concerné et, d'autre part, l'éventuel amortissement que l'investisseur a pu récupérer sur son investissement)<sup>107</sup>.

Ainsi, dans l'arrêt *Such Spider*, la défenderesse utilisait un logiciel d'indexation (Such Spider) pour reprendre telles quelles et publier sur son site (www.anzeiger.ch) les annonces immobilières de sites concurrents, mais indexées et filtrées selon ses propres mots-clés et une reprogrammation constante. Le TF a refusé d'appliquer la LCD, en particulier l'article 5, *lit. c*, au motif que le repreneur a fait des « investissements qui ne sont pas minimes » en raison de l'adaptation constante du programme Such Spider et de l'indexation par mots-clés<sup>108</sup>. De même dans l'arrêt *Kompendium*, la défenderesse exploitait une base de données sous le nom « oddb.org » contenant des renseignements relatifs aux médicaments et reprenant par téléchargement les textes (informations scientifiques et cliniques) du Compendium Suisse de Médicaments du demandeur. Le TF a refusé d'appliquer la LCD, en particulier l'article 5, *lit. c*, au motif que le demandeur avait amorti l'essentiel des frais de création du Compendium au moment de la reprise et qu'il n'y avait donc pas lieu de comparer ces frais avec ceux du repreneur<sup>109</sup>. La jurisprudence révèle ainsi la difficulté à mettre en œuvre cette protection et confirme qu'aucune de ces dispositions ne consacre de protection généralisée des prestations<sup>110</sup>.

Se pose enfin la question de la limitation temporelle de la protection des prestations. Puisque l'on ne saurait par le biais de la LCD concéder de droits exclusifs éternels sur des prestations, toute protection au sens de l'article 5 de la LCD implique une limitation dans le temps<sup>111</sup>. Différentes solutions ont été envisagées, notamment celle de fixer une limite temporelle à la durée des rapports de concurrence effectifs entre les parties<sup>112</sup>, au temps nécessaire pour amortir les coûts<sup>113</sup> ou à la durée du droit de propriété intellectuelle

107 *Ibid.*, p. 120.

108 ATF 131 III 384, 392, c. 4.4.2, *Such Spider* : « programmation d'un système pour reprendre les données présentes dans des bases appartenant à autrui et pour les préparer, du moins lorsque le résultat du travail d'autrui est d'abord démembré et réassemblé différemment [investissement qui] n'est pas minime au point que la reprise et l'exploitation de la prestation d'autrui se fassent telles quelles ».

109 ATF 134 III 166, JdT 2008 I 399, c. 4.3 : « Une disproportion évidente entre les investissements du demandeur et ceux du défendeur n'existe plus, lorsque le demandeur a pu amortir ses coûts. À ce moment la protection légale de l'article 5, *lit. c* LCD cesse, et il n'est plus illicite de reprendre la prestation. »

110 FF 28 II 1037, 1078-1080 ; P. KOBEL, *op. cit.*, p. 121.

111 P. KOBEL, *op. cit.*, p. 120.

112 Fr. PERRRET, « La protection des prestations », in *La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*, Lausanne, CEDIDAC, 1988, p. 55.

113 C. BAUDENBACHER, art. 5 UWG, n° 75.

correspondant<sup>114</sup>. Dans le cadre de l'article 5, *lit. c*, de la LCD, la solution à retirer quant à la durée est de limiter à la protection de l'investissement, au temps nécessaire pour amortir les coûts correspondants<sup>115</sup>.

### III. La clause générale

La clause générale, en tant que clause de sauvegarde par rapport aux dispositions spéciales, reste l'instrument « à tout faire » dans les mains du juge qui peut ainsi adapter et appliquer le droit de la concurrence à des situations sans cesse différentes et renouvelées en présence de circonstances particulières<sup>116</sup>. Elle présente toutefois certains risques de dérive. Elle rappelle de prime abord le droit commun de la responsabilité civile, en tant qu'elle prohibe tout comportement qui « contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi » (art. 2 LCD) et semble ainsi fonctionner sur un mécanisme de violation caractérisée par une faute. La bonne foi ne s'entend toutefois pas dans le sens général de faute ou au sens de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil<sup>117</sup>, mais comme une notion objective, spécifique à la concurrence déloyale renvoyant aux « bonnes mœurs dans les affaires » et à la « morale dans les affaires »<sup>118</sup>. Le risque serait que le juge appréhende le comportement dans les affaires entre concurrents par un examen moral et subjectif de la bonne foi (au lieu d'un examen impartial et objectif de la morale) au détriment du principe de liberté économique<sup>119</sup>. Un autre risque serait qu'il considère nombre de situations comme déloyales et institue par là un monopole d'exploitation que le droit de la propriété intellectuelle ne prévoit pas, étant précisé que ce risque a été évité dans les jurisprudences *Such Spider* et *Kompendium*<sup>120</sup>.

114 ATF 118 II 459, *Just Elvis*. Cette limitation est compréhensible vu la théorie de l'*Umweg* et pour éviter de concéder une prestation excédant le droit d'auteur, mais ne peut être à notre avis érigée en principe général.

115 P. KOBEL, *op. cit.*, p. 121.

116 *Ibid.*, p. 122.

117 Art. 2, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. »

118 C. BAUDENBACHER, art. 2 LCD, n° 16. Cf. aussi l'article 10*bis*, alinéa 2, de la Convention de Paris : « Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. »

119 Cf. M. JACCARD et B. HOENG BINH, in J. DE WERRA (éd.), *Défis du droit de la concurrence déloyale*, Actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 14 février 2014, *op. cit.*, p. 155.

120 *Supra*.

### Section III. Concurrence déloyale comme laboratoire de la propriété intellectuelle

L'examen de la jurisprudence révèle que la clause générale a permis d'adapter le droit de la concurrence à toutes sortes de situations qui n'étaient pas appréhendées par des dispositions spéciales de la concurrence déloyale ni par les lois de propriété intellectuelle. Ces développements ont parfois ensuite fait l'objet d'une réglementation codifiée, que ce soit par le biais de la concurrence déloyale établissant des catégories d'actes de concurrence déloyale devant être sanctionnés ou par le biais de règles de propriété intellectuelle, illustrant le rôle de catalyseur de la concurrence déloyale.

Comme catalyseur d'une codification au sein de la concurrence déloyale, on mentionnera en particulier la protection des prestations au sens de l'article 5 de la LCD (*Austattungsschutz*). Cette protection a d'abord été consacrée par la jurisprudence, avant d'être codifiée en droit de la concurrence déloyale aux fins de la sécurité juridique, voire du comblement de lacunes. Par le passé, la jurisprudence a jugé déloyale une invention non brevetée mais dont les composantes avaient été divulguées à un tiers dans le cadre d'un contrat d'entreprise au motif de « circonstances particulières » déloyales, ou encore l'imitation de tissus décoratifs aperçus lors d'une manifestation, au motif que l'imitateur les avait obtenus en procédant, sous un faux prétexte, à une commande d'échantillons<sup>121</sup>. Comme l'indique justement Kobel : « Comme souvent en matière de LCD, ces développements jurisprudentiels firent ensuite l'objet d'aménagements législatifs. Ces arrêts ont ainsi été remplacés par les articles 5, *lit.* a et b LCD, portant respectivement sur l'exploitation du résultat du travail confié et sur l'exploitation du résultat du travail par celui qui sait que ce résultat lui a été rendu accessible de façon induue. Enfin, confronté aux lacunes du droit d'auteur notamment en matière de protection des logiciels, le législateur profita d'introduire avec la LCD un article 5, *lit.* c, LCD portant sur la reprise du résultat du travail d'un tiers par des moyens techniques. »<sup>122</sup>

Comme catalyseur d'une codification au sein de la propriété intellectuelle, on mentionnera en particulier la protection des marques de haute renommée (art. 15 LPM). Celle-ci permet à un titulaire d'une marque de haute renommée d'interdire un usage qui « menace le caractère distinctif de la marque, exploite sa réputation ou lui porte atteinte » et n'est pas limitée au respect du principe de spécialité (à l'inverse de ce qui prévaut à l'art. 3, al. 1<sup>er</sup>, LPM). Cette protection a été insérée au sein de

121 P. KOBEL, *op. cit.*, p. 117 et les arrêts cités.

122 *Ibid.*, pp. 117-118.

la propriété intellectuelle et confère ainsi au titulaire un droit absolu sur sa marque. Sa nature juridique reste toutefois controversée en doctrine. En tant que disposition du droit des marques, cette protection devrait avoir pour but la répression des comportements provoquant un risque de confusion. La majorité des auteurs considère pourtant qu'elle relève du droit de la concurrence, non du droit des marques, puisque l'article 15 de la LPM ne tend pas uniquement à protéger la force distinctive du signe contre un risque de confusion ou sa dilution, mais plus largement la réputation du signe. C'est donc bien contre la déloyauté et le parasitisme du comportement incriminé que le titulaire doit être protégé, ce qui implique une protection allant au-delà de la simple similarité des signes et des produits et services<sup>123</sup>.

## Conclusion

La relation entre le droit de la concurrence déloyale et la propriété intellectuelle est intéressante à plus d'un titre, notamment en raison de la similitude des deux domaines : la propriété intellectuelle et la concurrence déloyale poursuivent un objectif commun (garantir et maximiser le bien-être social), seul le mécanisme employé est différent (exclusivité sur certains biens pour le premier, normes de comportement pour le second)<sup>124</sup>.

Cette relation conduit à envisager le droit de la concurrence déloyale comme moyen de protection supplétif à la propriété intellectuelle pour élargir la protection conférée par l'exclusivité ou au contraire comme moyen pour la restreindre. En reprenant les images d'océan (liberté de copier) et d'îlots (exclusivité), le droit de la concurrence déloyale peut servir tantôt à renforcer les îlots, tantôt à les attaquer. On perçoit donc une certaine tension entre les champs de protection de chaque loi. Pour résoudre cette tension, les tribunaux considèrent aujourd'hui que chaque domaine est autonome par rapport à l'autre et s'applique concurremment à l'autre. Il convient donc d'appliquer chaque domaine en fonction de ses conditions et buts respectifs, tout en tenant compte du besoin de cohérence

123 Chr. WILLI, *MSchG. Markenschutzgesetz*, art. 15, n<sup>os</sup> 4 et 22 ; G. LAREDO, *sic !*, 2006, p. 79 et s. Cf. Ph. GILLIÉRON, in J. DE WERRA et Ph. GILLIÉRON (éd.), *Commentaire Romand de la Propriété intellectuelle*, *op. cit.*, art. 1 LPM, n<sup>o</sup> 34, et art. 15 LPM, n<sup>o</sup> 2, ajoutant que l'article 15 LPM doit être interprété au regard de la protection conférée en particulier sous l'angle des art. 2 et 3, *lit. e* LCD, qui tend à s'élargir vu la jurisprudence récente du TF dans les affaires *IWC/WMC* (*sic !*, 2008, p. 454) et *Botox/Botoina II* (*sic !*, 2008, p. 907). Cf. A. ALBERINI, *L'exploitation de la renommée de la marque d'autrui*, *op. cit.*, p. 206, regrettant le choix du législateur d'avoir intégré la protection des marques de haute renommée dans la législation sur les marques puisqu'elle relève du droit de la concurrence.

124 A. ALBERINI, *op. cit.*, p. 351.

de l'ordre juridique, par exemple en s'inspirant des réflexions émises dans l'autre domaine pour apprécier un comportement donné<sup>125</sup>.

De cette tension émane également un besoin d'inventivité constant : la concurrence déloyale, en particulier sa clause générale, apparaît comme un véritable laboratoire du développement de la propriété intellectuelle<sup>126</sup> puisqu'elle permet à la jurisprudence d'appréhender toutes sortes de situations et au législateur d'observer puis de codifier, si besoin, certains développements jurisprudentiels, soit par le biais de la concurrence déloyale sanctionnant des comportements particuliers, soit par le biais de règles de propriété intellectuelle. On peut, en fin de compte, concevoir le domaine de la concurrence déloyale comme un catalyseur de codification de la propriété intellectuelle ou, selon le Professeur Fezer, comme une « Fontaine de jouvence de la propriété intellectuelle »<sup>127</sup>.

---

125 E. PAHUD, « Zur Kritik an der Umwegtheorie », *sic !*, 2004, 804. Dans ce sens, Fl. THOUVENIN, *Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten*, *op. cit.*, pp. 528 et s. ; P. JUNG, « Einleitung », *op. cit.*, n° 43.

126 François Dessemontet parle lui de « l'atelier de la propriété intellectuelle » : Fr. DESSEMONTET, in R. VON BÜREN et L. DAVID, Bd. I/1, 7 : « *Werkstatt des geistigen Eigentums* ».

127 K.-H. FEZER, *UWG-Kommentar*, Einl., n° 96 : « *Jungbrunnen des Immaterialgüterrechts* ».