

Secrétariat d'Etat à l'économie
A l'att. de M. Guido Sutter
Suppléant du Chef du secteur droit
Département fédéral de l'économie
3003 Berne

Genève, le 25 août 2006
PK

Protection contre le marketing sauvage – projet d'introduction d'un article 3 lettre e^{bis} LCD

Monsieur,

A titre liminaire, l'asas souhaite vous remercier pour l'aimable concession d'un petit délai pour répondre, permettant ainsi à l'asas d'achever le travail entrepris et prendre position sur le projet mentionné ci-dessus.

L'Association suisse du droit de la concurrence (asas) a été créée le 13 décembre 1968. Elle fait partie de la Ligue internationale du droit de la concurrence, association créée en 1930, dont elle est le bras helvétique¹. L'asas a entre autres pour but d'étudier la législation suisse et étrangère concernant la concurrence en général, en ce y compris le droit des cartels, de la concurrence déloyale, des réglementations du commerce en général, des indications de provenance, de la propriété intellectuelle, etc.

L'asas fait suite au communiqué publié par le Secrétariat d'Etat à l'économie le 17 mai 2006 ouvrant une procédure de consultation concernant l'adaptation de la loi fédérale contre la concurrence déloyale aux pratiques de marketing sauvage. Elle remercie le Secrétariat d'Etat à l'économie d'avoir entamé une large procédure de consultation.

¹ www.ligue.org

1. Le marketing sauvage

1.1 Pas de définition

Comme le dit fort justement Müller, le marketing sauvage n'est pas un concept juridique, mais le résultat de pratiques de marketing. Les définitions tentées couvrent rarement la multiplicité et la variété du phénomène. Tentées par des juristes, elles sont généralement prescriptives et l'expression d'un parti pris pour ou contre lesdites pratiques. Enfin, ces définitions ne rendent pas compte des intérêts en jeu et des rapports économiques sous-jacents.

Pour s'en persuader, il suffit de considérer la liste suivante, assurément non-exhaustive et simplificatrice, de différentes pratiques qui ont été rangées sous l'étiquette d'ambush marketing ²:

- apposition d'annonces publicitaires sur des panneaux d'affichage dans les alentours du stade où se situe l'événement ;
- sponsoring effectué sur les vêtements d'athlètes participant à l'événement ;
- sponsoring des supporters d'une équipe, lequel apparaît sur les vêtements portés par lesdits supporters lors de l'événement ou en relation avec l'événement ;
- le fait pour un participant de masquer certaines références au sponsor officiel d'un événement afin de préserver les intérêts de son propre sponsor ;
- conférence de presse organisée par le sponsor d'une équipe au cours de l'événement sportif ;
- la publicité effectuée par les commerces de la ville organisatrice se référant à l'événement ;
- faire passer des publicités avant ou après la retransmission télévisuelle de l'événement ;
- un slogan publicitaire proche du slogan de l'événement ;
- toute forme de publicité par des tiers n'ayant pas directement financé l'événement³.

Dans tous ces cas, ce qui est reproché à l'entreprise utilisant de telles techniques est de tirer avantage d'un événement sans y contribuer directement.

² Pour partie, cette liste est inspirée des exemples donnés par Kendall et Curthoys, « Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act : A Retrospective », Murdoch University Electronic Journal of Law, Vol. 8 Number 2 (June 2001).

³ La liste peut être bien plus longue. En relation avec la dernière coupe du monde de football en Allemagne, une équipe de supporters hollandais a dû se défaire de ses pantalons aux couleurs de leur sponsor pour pouvoir accéder à leurs places (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/5096198.stm>).

Enfin, il faut bien entendu ajouter à cette liste, les cas de publicités qui, de façon habile, moquent les sponsors officiels, à l'instar de la désormais célèbre campagne d'American Express en relation avec les jeux de Lillehammer⁴. Du point de vue des publicitaires et agents qui les mettent au point, ces campagnes tirent généralement parti de la paresse intellectuelle des opérations de marketing visées.

1.2 Intérêts et enjeux économiques

En relation avec le marketing sauvage, les enjeux ne sont pas éthiques mais essentiellement économiques. Les quelques exemples qui précèdent montrent en effet que les intérêts des sponsors de l'événement et des sponsors de participants ne se recoupent que partiellement. Il en va de même des organisateurs et des participants, des organisateurs et du public, etc.

L'intérêt de l'organisateur consiste essentiellement à s'assurer d'un financement de base par la concession de titres de « sponsors officiels » de l'événement. A cette étiquette sont attachés divers droits, tels que le droit d'apparaître dans toutes les publications et communications officielles de l'organisateur. Pour s'assurer du dynamisme du sponsoring, il peut exiger un incentive-based sponsoring, ce qui est rarement le cas.

L'intérêt du sponsor est d'abord d'obtenir la visibilité la plus grande et la plus large possible. C'est cette visibilité accrue qui permet éventuellement de faire croître les ventes. Cet intérêt fondamental commun à toutes les démarches publicitaires et de marketing est souvent masqué par des intérêts plus secondaires mais particulièrement mis en avant dans le cadre du lobbying effectué par les organisateurs d'événements. En effet, ceux-ci évoquent souvent, voire essentiellement, l'avantage du sponsor de pouvoir ainsi se draper dans les valeurs traditionnellement attachées à l'événement, telles que le pacifisme, la sportivité, la loyauté, etc.. Les intérêts des sponsors officiels et des autres entreprises sont en fait à la fois identiques et apparemment en tous cas, en conflit.

Outre l'organisation de l'événement elle-même, **l'intérêt du public** consiste essentiellement dans les externalités positives résultant de l'événement. Il s'agit d'en obtenir des retombées économiques positives. C'est en effet généralement l'argument justifiant les budgets consacrés par les entités publiques à la construction d'une infrastructure de base soutenant le projet. L'idée est que l'économie d'une ville, d'une région, voire d'un pays bénéficiera des retombées économiques de l'événement et que le déficit causé dans les finances publiques sera compensé par une croissance économique correspondante.

Une législation sur le marketing sauvage a pour objectif essentiel d'arbitrer ces intérêts économiques divergents, à savoir les intérêts des organisateurs d'événements, de leurs sponsors, de l'économie en général et les intérêts d'autres entreprises qu'elles soient elles-mêmes sponsors de participants, d'équipes, de sportifs ou de supporters, ou non. Il faut trouver l'équilibre entre ces droits subjectifs commerciaux. Exceptionnellement, les enjeux commerciaux peuvent toucher à des droits plus fondamentaux tels que la liberté d'expression.

Cet arbitrage entre intérêts commerciaux n'est pas si simple.

⁴ "If you are travelling to Lillehammer, you'll need a passport, but you don't need a visa". De l'auteur de ce slogan, Welsh J., Ambush Marketing: What it is, what it isn't, www.poolonline.com/archive/issue19/iss19fea5.html

En fait, l'exclusivité concédée aux sponsors officiels ne garantit pas la visibilité recherchée. Elle leur garantit essentiellement de participer à l'événement – alors qu'une telle participation est aléatoire pour les autres entreprises – et de figurer sur les espaces officiels contractuellement définis. Or, il se peut que la multiplication des références faites à l'événement, notamment dans le cadre de campagnes publicitaires de tiers, contribue à sa diffusion, par la télévision notamment, et donc à la visibilité des sponsors officiels. Si une telle hypothèse devait se vérifier, les intérêts des sponsors officiels pourraient être mieux servis par la présence d'un marketing concurrent.

Les sponsors officiels et les organisateurs d'événements bénéficient aussi des activités de sponsoring de tiers effectuées en amont ou en parallèle, en relation avec des athlètes, des équipes, des supporters, etc. La contribution de ces sponsors est essentielle à la création des différents marchés économiques qui résultent des pratiques sportives notamment et à l'importance économique des événements faisant l'objet de litiges sous l'étiquette de marketing sauvage. Elle rentre pourtant souvent en conflit avec celle des sponsors officiels comme cela ressort de certaines des situations énumérées ci-dessus⁵.

On ne trouve dans la communication accompagnant le projet du SECO, aucun compte-rendu des intérêts en cause, des externalités positives créées par de tels événements et leur attribution. Le Rapport explicatif ne se prononce pas sur le fait de savoir si la création de pareils droits exclusifs en faveur des sponsors officiels (internalisation pour une minorité de toutes les externalités positives), sert mieux ou moins bien les intérêts desdits sponsors d'une part et de l'économie en général d'autre part. Les droits de propriété intellectuelle n'ont pourtant jamais été conçus comme devant permettre à une entreprise de bénéficier de toutes les externalités positives créées par l'ouvrage matériel ou immatériel⁶. Les droits de propriété intellectuelle font un arbitrage entre celles de ces externalités qui doivent aller au créateur et celles qui doivent bénéficier au public.

Du point de vue économique, l'Asas considère qu'il est incertain que la création de droits exclusifs au bénéfice des sponsors d'événement soit toujours dans le meilleur intérêt des sponsors et du public, de sorte qu'économiquement la création de droits exclusifs absolus en sus des droits de propriété intellectuelle existants semble injustifiée.

2. Le but du projet ?

Bien que le Rapport explicatif fasse essentiellement état des doléances de l'UEFA, certains passages du Rapport et les contours de la disposition proposée, révèlent une finalité apparemment plus large : le parasitisme. La disposition proposée couvre en effet l'abus de la renommée de marchandises, d'œuvres ou de prestations.

⁵ Les cas de figure peuvent être complexes : que penser du sponsor d'un athlète ou d'une équipe, fabricant de vêtements de sports, qui choisit de ne pas devenir sponsor officiel d'un événement. Est-ce que le fait de disposer de larges panneaux publicitaires en sa faveur et faisant référence à l'événement, dans la proximité ou au moment de l'événement, doit être considéré comme déloyal compte tenu notamment du fait que le sponsoring de ce fabricant de vêtements a largement contribué au développement du sport en assurant les finances des participants ?

⁶ Ainsi, le brevet est public et contribue à la connaissance en général, y compris celle des concurrents. La contribution de l'auteur bénéficie immédiatement au public par sa diffusion.

Une large partie des pratiques de marketing généralement qualifiées de sauvage ou d'embuscade, appartiennent en effet à l'ensemble plus large et plus ancien du parasitisme. Au lieu de se rattacher à un produit, un service ou une entreprise afin de profiter de son renom, l'acte illicite visé consiste alors essentiellement à se greffer à un événement. Dans un cas comme dans l'autre, le parasite n'a fait aucun des investissements méritoires. Si la prestation du sponsor officiel d'un événement sportif ne consiste pas dans du travail, une créativité particulière ou des efforts en relation avec l'événement (contrairement au parasitisme habituel), sa contribution financière permet l'événement.

Par contre, le sponsoring des athlètes, ne relève généralement pas du parasitisme. En effet, le sponsor d'un athlète, lequel fournit les vêtements ou l'équipement du sportif, n'intervient pas en parasite de l'événement. Sa contribution est attachée à son athlète ou son équipe. Si celui-ci/celle-ci gagne, il va de soi que le sponsor en profite. Cela étant, il ne bénéficie qu'indirectement de l'événement par la visibilité accrue que gagne son support. S'il ne finance peut-être pas directement l'événement, il y contribue largement en assurant les ressources des participants, athlètes, équipes, etc.

On peut regretter que le texte du projet soit aussi imprécis et le rapport explicatif si peu explicite, sur l'étendue réelle du projet, marketing sauvage/parasitisme.

En l'état, l'asas ne serait pas opposée à ce que les autorités tentent de légiférer dans le domaine du parasitisme. Comme le marketing sauvage, le parasitisme se laisse mal catégoriser. La LIDC s'était attaquée à la question lors de son Congrès à Vienne en 1957, définissant le parasitisme comme « *l'acte ou les actes d'un commerçant ou d'un industriel qui tire ou s'efforce de tirer profit des réalisations personnelles d'autrui et du renom acquis légitimement par un tiers, même s'il n'a pas toujours l'intention de nuire à ce dernier* »⁷. Le sujet étant complexe toutefois, il conviendrait de faire d'abord le tour des pratiques commerciales à ranger au titre du parasitisme, puis s'assurer de leur importance compte tenu de l'arsenal législatif déjà existant. Le rapport explicatif ne procède à aucune analyse de la sorte.

En ce qui concerne le marketing sauvage et bien que cela ne ressorte directement, ni du rapport explicatif, ni du texte proposé, l'asas estime positif que le projet ait de fait exclu de son champ d'application certains conflits entre les sponsors de l'événement d'une part et les sponsors des participants ou supporters d'autre part.

3. Examen du projet

3.1 Contenu du projet :

L'ambiguïté des buts poursuivis (parasitisme et marketing sauvage) se reflète dans le texte de l'article 3 lit e^{bis} proposé.

⁷ Dutoit B., « Réflexions comparatives sur la concurrence parasitaire en droit de la concurrence déloyale » JT 1982 p. 258, 259.

« des tiers »

Le texte se réfère à « des tiers ». Le projet ne se limite donc pas aux sponsors officiels d'un événement. Les sponsors, l'organisateur de l'événement, et qui sait, la ville, la région, le pays sont en effet des tiers. En bonne logique, la notion de tiers devrait correspondre au concept de personne physique ou juridique. Une référence aussi large se justifie si la disposition vise le parasitisme en général.

Elle l'est moins si l'objet est le marketing sauvage. Dans ce dernier cas, on devra se demander si le pluriel est une condition signifiant les sponsors officiels et l'organisateur de l'événement, ou s'il comprend le singulier et donc l'un ou l'autre des sponsors ou organisateurs. On pourra aussi se demander ou regretter qu'il ne s'agisse pas plus clairement d'une personne qualifiée, soit d'une personne ayant acquis une certaine renommée en relation avec l'événement. Cette remarque soulève une autre question qui est la nature de la renommée en cause, question qui sera abordée plus bas.

Il est intéressant de relever que contrairement au parasitisme, lequel se limite à l'activité de concurrents, le projet couvre ici des cas de figure plus larges. « Les tiers » couvrent toute entreprise qui se référerait à la réputation d'un autre, par exemple en référence à son nom. Il s'agit ici indirectement d'étendre la protection au delà du champ de protection du droit des marques lequel exige une identité ou similarité des produits. Ces situations sont très rares car il n'est pas facile de tirer parasitiquement profit du renom d'entreprises actives dans d'autres marchés. En l'absence de confusion d'ailleurs, cette forme de parasitisme sur des non-concurrents constitue d'ailleurs généralement un parasitisme plus mnémotechnique que fondé sur une appropriation de renommée. Ces cas de figure ne sont guère envisageables en relation avec des marques de haute renommée (art. 15 LM). Pourquoi ne pas alors limiter le cercle des parties protégées aux concurrents et laisser les rares cas restant à la clause générale de l'article 2 LCD.

L'Asas estime que le projet devrait définir de façon plus précise le cercle des titulaires de droit. S'il s'agit de parasitisme en général, il serait logique que seuls des concurrents soient concernés. En relation avec les événements envisagés par les initiants, il conviendrait de se référer aux sponsors officiels et aux organisateurs de l'événement.

« la renommée »

Le texte se réfère à « la renommée ». Le Rapport explicatif n'explique pas quelles trompettes il aurait ici embouchées. En relation avec le parasitisme en général, le concept est relativement évident, il s'agira de la renommée commerciale acquise par l'entreprise victime du parasitisme. En relation avec un événement sportif, on devra se demander si la renommée n'est pas d'une autre nature et ne devrait pas être attachée à l'événement sponsorisé. A défaut, le sponsor ne contribue à rien et l'analogie avec le parasite qui exploite la renommée des produits, des services et d'une entreprise, laquelle résulte des efforts consentis par cette dernière, disparaît. Or, une renommée spécifique à l'événement paraît relativement improbable : on sait que le public n'identifie pas, ou mal, les sponsors officiels et attribue des qualités identiques aux entreprises les plus connues en général, ou actives dans le domaine couvert par l'événement⁸. Si la renommée devait couvrir la réputation commerciale en général et non la réputation ou renommée en relation avec ledit événement, les pratiques de marketing sauvage dans le domaine sportif qui ne font pas référence au sponsor seraient exclues. Par contre, les campagnes de marketing du type American Express à Lillehammer tomberaient sous le coup de l'article 3 lit e^{bis} LCD. Sans être pour autant dénigrante au sens de l'article 3 al. 1 lit. a LCD, la moquerie d'un concurrent tomberait sous le coup de la LCD, pour atteinte à sa renommée. Cela semble disproportionné, peu tolérant et peu compatible avec la liberté d'expression, laquelle admet dans une certaine mesure la satire et la caricature. Il ne faut pas oublier non plus que le droit civil (articles 27 et ss. CCS) protège la personnalité du sponsor, laquelle comprend sa renommée.

« de manière à exploiter »

Cette référence n'exprime pas une exigence de causalité naturelle, laquelle serait difficile à démontrer. Elle n'exprime pas non plus une condition d'intention, également difficile à démontrer quoiqu'en principe toujours existante (le parasitisme par négligence est difficilement concevable). Elle se rapproche d'une exigence de causalité adéquate. Il faut que l'on puisse inférer des circonstances une probabilité importante que le parasitisme soit propre à permettre au parasite d'exploiter la renommée du tiers.

« de façon parasitaire »

Cette condition semble qualifier la référence. Il est toutefois difficile de lui donner un sens. L'exploitation de la renommée n'est-elle pas la définition même du parasitisme ? « de façon parasitaire » ne qualifie donc rien. Dans la mesure où cette condition n'informe pas sur des caractéristiques de l'exploitation mais exprime un jugement de valeur uniquement, elle paraît redondante, hormis une vague connotation de durée : le parasite est celui qui s'accroche. Ainsi, le comportement devrait se répéter (publicité apparaissant plusieurs fois dans un quotidien ou sur un écran). Dans une telle acception, cette condition pourrait ne pas toujours répondre aux attentes des initiants : certains événements sportifs sont très ponctuels. Dans tous les cas de figure, cette condition paraît inutile.

⁸ Voir Eckert Dunning E., article de la Tribune de Genève du 4 juillet 2006, p. 14

« *sans motif suffisant* »

S'agissant d'une condition négative, on ne saurait demander au tiers victime du parasitisme qu'il prouve que le parasite n'a pas de motifs suffisants. Il s'agit donc d'une condition libératoire à la disposition du parasite. Encore faudrait-il savoir quels motifs peuvent être suffisants. La condition doit être objectivée à l'instar de la relation entre le parasitisme et l'exploitation de la renommée. D'un point de vue fonctionnel, si le parasitisme doit être considéré comme déloyal, on voit mal ce qui pourrait le justifier. En dehors d'une interprétation fonctionnelle, on se demande si cette condition a été introduite dans le but de permettre certaines campagnes qui objectivement exploitent la renommée d'une entreprise, mais révèlent les faiblesses de ses produits également, ou pour permettre précisément à des concurrents de moquer certains sponsors. En l'absence d'explications dans le rapport, l'on ne peut que se livrer à de regrettables conjectures. Il semblerait plus efficace de mieux définir la renommée en cause, comme suggéré ci-dessus.

3.2 Etat du droit

Le projet suggère une nouvelle disposition spéciale afin de pallier les lacunes de la clause générale de la loi sur la concurrence déloyale. Le rapport explicatif ne fait toutefois pas l'analyse des cas de figure déjà couverts par des dispositions de la loi sur la concurrence déloyale et renvoie sur ce point à une publication désormais parue de Me Müller⁹. Or de nombreuses situations sont déjà couvertes par les articles 3 lit. a (dénigrement), lit. b (indications fallacieuses), lit. d (confusion), lit. e (publicité comparative). Il n'y a donc aucun besoin législatif dans toutes ces situations. Le besoin ne pourrait exister qu'en relation avec les situations exclues des dispositions spéciales, compte tenu de la réserve dont les tribunaux font désormais preuve dans l'interprétation de l'article 2 LCD. Dans la mesure où le projet allie marketing sauvage et parasitisme, il convient donc d'examiner les cas de figures se situant aux confins mais à l'extérieur de ces dispositions spéciales, essentiellement les articles 3 lit. d et e LCD¹⁰.

Méthode proposée par la jurisprudence :

Dans l'interprétation de la loi contre la concurrence déloyale, le Tribunal fédéral suggère de commencer l'analyse par les dispositions spéciales. Ce n'est que si le cas de figure ne tombe pas dans une disposition spéciale que l'on pourra envisager la clause générale.

⁹ Müller J., « Ambush Marketing – Regelungsbedarf in der Schweiz ? », SpuRt: Zeitschrift für Sport und Recht, 3/2006, p. 101 et seq.

¹⁰ La jurisprudence à laquelle il est fait référence en relation avec la clause générale est souvent antérieure à l'adoption de dispositions spéciales. Elle est même souvent antérieure à l'entrée en vigueur de la première loi sur la concurrence déloyale de 1943 (Migros, Migros c/ Henkel (ATF 58 II 451) ; Galbani c/ Migros (ATF 60 II 249)). La jurisprudence postérieure à son entrée en vigueur, voire à l'entrée en vigueur de la loi contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, tourne largement autour du débat sur l'Umwegtheorie (Chocolat Tobler c/ Rast (ATF 95 II 191), Beiersdorf c/ Migros (NIVEA) (ATF 116 II 365), Volvo c/ Herren (ATF 116 II 471)). Le rejet de cette dernière par une large partie de la doctrine, au motif notamment de l'interprétation fonctionnelle de la LCD permettant son application pour des motifs généraux indépendants des intérêts particuliers des parties en cause, conduit souvent à une simplification n'apportant guère d'éléments concrets pour l'interprétation et l'application de l'article 2 LCD. Alors qu'en bonne logique, l'interprétation fonctionnelle aurait dû limiter les cas d'application de la LCD, elle semble généralement invoquée par la partie revendiquant la protection.

En relation avec le risque de confusion, il est rare que les tribunaux aient admis des cas d'imitation ou de parasitisme dans le cadre de l'article 2 LCD. La raison principale est l'Umwegtheorie interdisant que des droits exclusifs ne soient formés en dehors des législations spéciales sur la concurrence déloyale. Ainsi, les prestations qui n'auraient pas été enregistrées comme une marque, un dessin industriel ou un brevet, doivent pouvoir être imités par des tiers. La protection de l'article 3 lit. d LCD ne peut couvrir que des droits faisant déjà l'objet d'une protection spéciale ou ne pouvant pas faire l'objet d'une telle protection spéciale. Dans les autres cas et c'est là le champ d'application réservé à l'article 2 LCD, il faut que d'autres conditions soient remplies.

La conséquence est de soumettre ces cas à des conditions ou circonstances particulières finalement plus sévères que celles définies dans la disposition spéciale correspondante, l'article 3 lit. d LCD. Paradoxalement, des affaires qui ne peuvent être sanctionnées que par des dispositions civiles sont ainsi soumises à des conditions plus strictes que les affaires relevant de l'article 3 lit. d LCD, passibles de sanctions pénales.

En plus du risque de confusion nécessaire, les circonstances suivantes ont été retenues dans le cadre de l'article 2 LCD :

- le comportement astucieux ou trompeur (hinterlistig) par lequel l'imitateur est parvenu au résultat ATF 113 II 321
- la façon systématique ou particulièrement sophistiquée par laquelle l'imitateur parvient à tirer avantage de la renommée du concurrent ATF 113 II 201, 202 (c'est notamment le cas lorsque l'imitateur imite un certain nombre de modèles ou toute une série de produits ATF 113 II 202, 104 II 334, ou toute une série de caractéristiques 103 II 216 (bonbons Disch imités par Denner, condamné parce que l'emballage de Disch avait acquis une force distinctive et que l'imitation ne s'imposait pas techniquement), dans la mesure bien entendu où l'imitateur n'a pas fait ce qu'il faut pour éviter la confusion) ; (dans l'affaire Van Cleef 105 II 297, le TF a au contraire considéré que l'imitation d'un modèle de montre Monsieur Pierre par Sarcar ne constituait pas une imitation parasitique car, dans l'esprit du public, le produit de la marque Van Cleef ne pouvait se confondre avec le produit de Sarcar).
- lorsque sans modification de la construction ou sans en limiter la fonctionnalité, on aurait pu attendre de l'imitateur qu'il choisisse une autre forme (ATF 93 II 280 c. 6).

Dans l'arrêt Volvo c/ Herren (ATF 116 II 471, 473), le Tribunal fédéral tente finalement d'arbitrer les intérêts en présence : *«Wo genau die erlaubte Verwendung fremder geistiger Leistungen aufhört und die unlautere Irreführung des Konsumenten oder die schamarotzerische Ausbeutung des Mitbewerbers beginnt, lässt sich nicht generell bestimmen, sondern ist in Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles und aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden. Abzuwägen sind dabei das Interesse des Erstherstellers and der Erhaltung seines wettbewerblichen Vorsprungs, das Interesse des Nachahmers an freier Benützung einer nicht geschützten Konstruktion oder Form sowie das Interesse der Allgemeinheit, vor Irreführung, aber auch vor ungerechtfertigter Monopolisierung einer Leistung, geschützt zu sein »* p. 474-475.

Cette démarche semble convenir au marketing sauvage, puisqu'il s'agit, comme on l'a vu plus haut, d'un arbitrage entre des intérêts économiques divergents.

Il n'existe apparemment pratiquement aucune jurisprudence aux confins de l'article 3 lit. e LCD. Tout au plus peut-on faire état de l'arrêt rendu par le TF dans l'affaire Lattoflex (ATF 102 II 292), antérieur à l'entrée en vigueur de l'article 3 lit. e LCD. Bien que la publicité comparative du fabricant de matelas Bicoflex semblait correspondre aux exigences de la jurisprudence en matière de publicité comparative, le TF a estimé que cette publicité était déloyale du fait de la référence aux produits de Lattoflex pour tirer avantage de sa réputation¹¹. Il y aurait donc tout un champ d'application de l'art. 2 LCD aux confins de l'art. 3 lit. e LCD, soit lorsque la publicité ne compare pas les produits ou les entreprises, mais y fait seulement référence. Dans ce domaine, le Tribunal fédéral n'a pas défini les circonstances ou critères permettant de conclure à la déloyauté de ladite référence.

3.3 Problème de technique législative

Le problème de la loi contre la concurrence déloyale est que les dispositions spéciales tuent la clause générale. Les intérêts couverts par les dispositions spéciales de la LCD sont multiples, ce qui ne facilite pas le travail de création jurisprudentielle dans le cadre de l'art. 2 LCD. Les dispositions spéciales ont été introduites au hasard des situations plus ou moins choquantes ou des pressions politiques. Ces cas sont passibles de sanctions pénales, conformément à l'article 23 LCD, ce qui devrait témoigner de leur gravité. En réalité, l'article 3 LCD fait office de liste d'exemples, laquelle paraît toujours plus exhaustive au fur et à mesure qu'elle s'allonge.

L'ajout d'un article 3 lit. e^{bis} ne ferait que renforcer cette tendance et paralyser plus encore les tribunaux dans l'application de l'article 2 LCD. Pourtant, le marketing sauvage ne se limite pas au parasitisme. Les situations décrites comme relevant du marketing sauvage sont extrêmement diverses et résistent à une définition unique, caractéristique qui correspond bien à la clause générale.

Enfin, le marketing sauvage ne met en jeu que des intérêts économiques relativement équivalents. Il ne s'agit pas de protéger une partie particulièrement faible. Ce manque de gravité ne justifie pas que ces pratiques fassent potentiellement l'objet de sanctions pénales. Le justifierait-il que le contenu de la disposition précise n'est pas assez clairement défini pour satisfaire au principe de la légalité.

4. Conclusions

L'Asas est d'avis que l'adoption d'une disposition spéciale dans la LCD pour lutter contre le marketing sauvage ne se justifie pas. Les cas évidents tomberont sous le coup des articles 3 lit. a, b, d, e LCD, sans parler bien entendu de la protection disponible par le biais du droit des marques et des dessins. Les autres sont par définition des cas limites dont la variété est peu compatible avec une définition légale et donc avec une disposition spéciale.

¹¹ « Sie schreibt vielmehr die offenbar als bekannt vorausgesetzten Eigenschaften der Lattoflex-Matratze ihrem Erzeugnis zu und versucht mit diesem « Gegenprodukt » die Kunst der Kaufinteressenten für sich zu gewinnen. Sie hat es augenscheinlich darauf abgesehen, den guten Ruf eines Mitbewerbers und seines auf dem Marketeingeführten Erzeugnisse der eingenen Werbung dienstbar zu machen. Das ist nach Art. 1 Abs. 1 UWG nicht zulässig » p. 296-297
Cette jurisprudence semble toutefois paradoxale. Le fait de toute publicité comparative n'est-elle pas nécessairement de se référer à la renommée, bonne ou mauvaise des produits d'un tiers ?

Economiquement, la création de droits exclusifs aussi étendus ne semble pas se justifier. Or, ce ne sont pas des valeurs éthiques qui sont en jeu mais uniquement des intérêts économiques.

Le projet présenté a un champ d'application plus large que le marketing sauvage et couvre le parasitisme dans son ensemble. Il en résulte des imprécisions de langage au détriment tant de la lutte contre le marketing sauvage que de la lutte contre le parasitisme. Si l'intention législative est effectivement de s'attaquer au phénomène du parasitisme, il convient alors de procéder à une étude beaucoup plus complète afin d'évaluer les besoins réels par rapport aux dispositions déjà existantes.

En fait, on a le sentiment que le but des organisateurs d'événements en relation avec le marketing sauvage est d'interdire aux sponsors non-officiels de contourner la loi. En cela, il est et restera nécessairement illusoire.

La clause générale de l'article 2 LCD et les actions civiles prévues aux articles 9 et ss. LCD semblent suffisantes pour lutter contre le marketing sauvage.

Pierre Kobel
Président asas