



association suisse du droit de la concurrence
schweizerische vereinigung für wettbewerbsrecht
associazione svizzera del diritto della concorrenza
swiss association of competition law

[Groupe suisse de la LIDC – Ligue internationale du droit de la concurrence]

Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle
Division du droit et international
A l'att. du Dr. Felix Addor, vice-directeur
65, Stauffacherstrasse
3003 Bern

Genève, le 10 avril 2008
PK/sc

Procédure de consultation en relation avec la révision de la loi fédérale pour la protection des armoiries de la Suisse et autres signes publics et la loi sur la protection des marques (projet Swissness)

Messieurs,

Par courrier du 3 décembre 2007, l'ASAS a été aimablement invitée à prendre position sur le projet mentionné ci-dessus, ce dont nous vous remercions. Nous vous prions de bien vouloir excuser le retard avec lequel nous vous répondons et espérons que notre prise de position sera néanmoins prise en considération.

1. Remarques préalables

L'ASAS apprécie l'idée consistant à protéger l'indication suisse et à instaurer plus de clarté, de transparence et de sécurité juridique dans le domaine des indications géographiques. S'il est pour partie le résultat d'un effet de mode :

- l'intérêt pour la Suisse répondant à une tendance dans le design consistant à revisiter une esthétique et des valeurs pour partie.
- le projet cherche également à répondre aux besoins d'une industrie de pointe dans des secteurs technologiques clés. Ainsi, la prise en considération des coûts de recherche et développement dans la règle des 60% paraît a priori une mesure intéressante (encore faut-il savoir si la recherche peut avoir une nationalité et si celle-ci ne dépend pas de la gestion de la recherche laquelle peut être localisée dans un pays). Le projet, se garde aussi de tout protectionnisme limitatif en poursuivant des objectifs multiples, la promotion de certaines industries suisse, la promotion d'un concept en vue de négociations internationales, la protection des consommateurs.

Cela étant, le résultat paraît un peu plus mitigé. Peut-être en raison de l'héritage résultant de la situation actuelle, en raison de la multiplicité des objectifs poursuivis, le projet est complexe et peut-être un peu confus. L'ASAS pense ici à :

- la subsistance de règles cantonales en ce qui concerne les appellations cantonales, voir communales,
- la différence dans les critères entre les armoireries applicables sur des produits entièrement fabriqués en Suisse (art. 8 al. 3p-LPASP) et les indications de provenance relevant de la loi sur la protection des marques soumises à la règle des 60% (art. 48 p-LPM),
- la subsistance d'ordonnances dérogeant au régime légal (art. 50 lpm),
- la présence d'exceptions aux règles sur les indications de provenance (art. 48 al. 5p-LPM)
- la possibilité de conditions supplémentaires aux critères de reconnaissance d'indications de provenance (art. 48a al. 4b-lpm),
- le maintien de la double possibilité d'enregistrer des indications de provenance en tant que marque collective ou en tant que marque de garantie (art. 22a, b, c p-LPM),
- le traitement de ces deux types de marque dans des dispositions communes de sorte que leur différence devient incertaine (art. 22a, b,c p-LPM),
- la relation peu claire entre l'enregistrement de marques individuelles composées comportant une indication géographique et les marques collectives ou de garanties enregistrées portant sur une indication géographique,

qui entraînent d'une insécurité juridique peu satisfaisante.

Paradoxalement peut-être, l'ASAS n'est pas favorable à la variante « simple » proposée en relation avec les marques de garantie visant à circonvenir aux exigences du registre. Le registre a en effet une double fonction nécessaire de transparence et de vérification des conditions au niveau de l'admission. Par ailleurs, cette vérification contribue à la crédibilité du système, laquelle sera un argument dans la négociation en vue d'une meilleure reconnaissance internationale des appellations d'origine et indications de provenance.

2. Commerce international

Bien qu'il soit plus connu dans le public sous le terme de « Suissitude » ou « Swissness », le projet vise à raison plus loin que la seule protection du mot suisse et des producteurs suisse. Si le projet vise au renforcement de certains secteurs de l'économie suisse en donnant des moyens juridiques aux producteurs suisse de confirmer leurs avantages comparatifs dans différents domaines, le projet prend intelligemment en considération les intérêts des producteurs étrangers. L'ASAS relève à ce sujet le choix en faveur du pays d'origine dans le cadre de la reconnaissance des indications géographiques étrangères (art. 22 c et 48 al. 6 p-LPM). Le projet cherche également à promouvoir les intérêts des producteurs suisse dans le cadre de négociations internationales en introduisant les indications de provenance étrangère dans une liste des indications de provenance qui sera gérée par l'IPI et en offrant la possibilité de déposer des marques de garantie et marques collectives en vue de leur éventuel enregistrement international. Cela étant, certaines voix à l'intérieur de l'ASAS doutent de l'efficacité du système d'enregistrement de marques de garantie et de marques

collectives. Ils pensent notamment que le risque de création de monopoles n'est pas exclu par le simple fait que ces marques autorisent des droits exclusifs sur des dénominations appartenant au domaine public.

3. **Aspects du droit de la concurrence**

Les droits de propriété intellectuelle peuvent constituer des barrières d'entrée sur le marché. Il peut en aller notamment ainsi de la création de marques, de marques collectives, et même selon les circonstances, de marques de garantie. En l'espèce, ces risques ont été largement levés par la clarification figurant à l'art. 21 al. 2 bis p-LPM selon laquelle tout tiers qui en remplit les conditions peut faire usage de la marque de garantie. Cette clarification est complétée par l'interdiction de rémunération figurant à l'art. 23 al. 3bis p-LPM. Malheureusement, le projet n'indique pas clairement si la même règle s'applique aux marques collectives, ce que le Message semble laisser entendre (« la marque autorise uniquement le titulaire à interdire à un tiers d'utiliser dans le commerce l'indication de provenance si l'usage n'est pas conforme aux critères d'utilisation effectivement définis par les utilisateurs », Message, p. 33). En effet, ce droit d'utiliser toute marque de garantie ou collective portant sur une indication de provenance, semble préserver l'accès au marché de tiers dont les produits répondent aux conditions figurant dans le cahier des charges et les conditions des appellations d'origines ou indications géographiques. Cela étant, le projet ne règle pas l'enregistrement de marques individuelles composées comprenant un élément appartenant à une marque de garantie ou collective. Cette faculté existant dans le droit actuel, il conviendrait de la confirmer expressément ou de l'exclure pour donner ainsi la priorité aux marques de garantie.

Du point de vue du droit de la concurrence, la présence de marques de garantie et de marques collectives, met au défi la traditionnelle distinction entre concurrence « intra-brand » et concurrence « inter-brand ». En effet, cette marque s'ajoute à la marque des concurrents, de sorte que sur le plan de la marque de garantie ou de la marque collective, ceux-ci se trouvent en concurrence à l'intérieur de la marque et de la catégorie de produits, alors que du point de vue de leur marque individuelle ceux-ci se trouvent directement en concurrence. L'enregistrement d'une marque collective vise à protéger les investissements effectués en relation avec un produit particulier contre les free riders et à permettre aux producteurs d'augmenter leurs prix en fonction de la garantie de qualité que constitue la marque collective. Cette protection ayant lieu au niveau de la marque collective, il y a un risque sérieux d'atténuation de la concurrence entre les participants au groupement. En définissant les caractéristiques et le cahier des charges auquel les marques de garantie ou collectives doivent répondre, les participants au groupement se mettent d'accord sur un certain nombre de critères qui sont précisément des paramètres de la concurrence. Il est donc particulièrement important que la concurrence entre marques individuelles subsiste au niveau des prix, le risque de fixation des prix n'étant pas éliminé par la règle instituée à l'art. 23 al. 3bis p-LPM interdisant au groupement de prélever une rémunération pour l'usage de la marque de garantie ou collective. Peut-être qu'une mesure d'accompagnement appropriée serait que chaque groupement qui souhaiterait enregistrer une marque collective ou de garantie reçoive une petite formation en droit de la concurrence et mette en place un programme de conformité (compliance program). Ces aspects du droit de la concurrence concernent non seulement les consommateurs, mais les concurrents dont la compétitivité internationale doit être maintenue. La faculté d'enregistrer des marques de garantie ou

collective ne doit pas réduire la concurrence mais doit la stimuler en vue de meilleurs produits, tant pour le marché national que pour l'exportation.

4. **Révision de la loi pour la protection des armoiries de la Suisse et autres signes publics**

L'ASAS accueille favorablement la suppression de la différence de traitement entre produits et services ainsi que la possibilité d'appliquer la croix suisse sur des marchandises et des emballages.

C'est avec raison que le projet dispose aux art. 9 et 11 p-LPASP que tout usage de la croix suisse n'est pas nécessairement une indication de provenance géographique. Ce n'est que lorsque les drapeaux ou emblèmes sont considérés par les milieux intéressés comme une référence à la provenance des produits ou services que les conditions des articles 47 et ss. de la loi sur la protection des marques sont applicables. On pourrait toutefois se demander si le fardeau de la preuve ne devrait pas être inversé en ce sens que l'utilisation des drapeaux, emblèmes, signes nationaux seraient présumés constituer une indication géographique laquelle doit répondre aux conditions des articles 47 et suivant p-LPM, à moins qu'il soit démontré que les milieux intéressés ne voient pas dans ces signes une référence à la provenance des produits ou services.

5. **Révision de la loi sur la protection des marques**

- 5.1 Conformément à l'art. 48 al. 2 p-LPM, 60% du prix de revient doit être réalisé au lieu de provenance. Ce seuil paraît raisonnable. Cela étant, l'ASAS est partagée entre la nécessité de répondre aux situations particulières et le besoin d'avoir une réglementation cohérente, fondée sur des concepts clairs. La multiplication d'exceptions, dans des ordonnances (autorisée par l'art. 50 lpm), conformément à l'art. 48 al. 5 p-LPM, paraît discutable. Il y a un risque que l'on assiste à un florilège de situations exceptionnelles plus ou moins justifiées, lesquelles risquent de porter ombrage à la crédibilité du projet. Le projet devrait limiter les exceptions et tenter d'en définir les contours et les conditions.
- 5.2 L'ASAS trouve tout-à-fait satisfaisant que les frais de recherche et développement puissent être pris en considération dans les frais de production pertinents au sens de l'art. 48 p-LPM. Une telle faculté devrait toutefois être expressément mentionnée dans la loi. Celle-ci pourrait également mentionner expressément l'exclusion des frais de distribution.
- 5.3 L'art. 48 al. 3 p-LPM définit des conditions additionnelles pour différentes catégories de produits. Il serait utile que les catégories de produits soient définies. Ces catégories sont-elles exhaustives ? Cas échéant, il conviendrait de confirmer si sous l'étiquette « produits industriels », sont compris tous les produits autres que les produits naturels et produits naturels transformés.
- 5.4 En tout cas dans sa version française, l'art. 48 al. 4 p-LPM paraît peu clair. A la réflexion, l'ASAS comprend qu'il s'agit ici de conditions plus restrictives qui viendraient s'ajouter aux conditions des alinéas 2 et 3. Il ne s'agit pas de créer des exceptions aux alinéas 2 et 3. Cela devrait ressortir du texte de la disposition.

- 5.5 L'art. 48 al. 5 p-LPM première phrase est également peu compréhensible. On ne voit pas quels sont les critères qui seraient à la fois fixés aux alinéas 2 à 4 et qui devraient être définis de cas en cas en fonction de la compréhension des milieux intéressés. En ce qui concerne les alinéas 2 et 3, les critères sont définis (même si l'on pourrait souhaiter une meilleure définition de la catégorie des produits). Il se peut que le projet souhaite se référer ici aux critères figurant dans le cahier des charges. Si tel est le cas, les alinéas 4 et 5 devraient utiliser la même terminologie et se référer au cahier des charges dans son ensemble. Si tel n'est pas le cas, et que des critères particuliers pourraient être exigés en sus des conditions définies aux alinéas 2 et 3, alors il conviendrait que la loi soit plus explicite. A l'instar des possibilités d'exception à laquelle il a déjà été fait référence, ces conditions supplémentaires créent une importante insécurité juridique.
- 5.6 L'ASAS suggère que l'une des exceptions traditionnelles en Suisse, celle résultant de l'absence de matières premières, soit spécifiée dans la loi. Cette exception devrait être définie en termes suffisamment précis pour assurer le respect de la sécurité du droit.
- 5.7 L'ASAS se demande s'il ne faudrait pas prévoir à l'art. 48 al. 6 p-LPM une possibilité de contester l'indication de provenance étrangère. La présomption qui est posée dans cette disposition semble irréfutable.
- 5.8 L'ASAS a le sentiment que l'art. 49 al. 1 lit. b) p-LPM n'est pas fondé sur des critères objectifs et nécessaires. Cette disposition semble ne pas se justifier.
- 5.9 L'art. 50a al. 8 p-LPM est difficilement compréhensible. A sa lecture, on ne peut déterminer s'il s'agit de l'enregistrement subséquent d'une marque individuelle composée comprenant une indication géographique en conflit avec une marque de garantie ou collective, ou de l'enregistrement subséquent d'une autre marque de garantie ou collective. Logiquement, il ne devrait pas s'agir à l'art. 50 a al. 8 du projet de l'enregistrement subséquent de marques de garantie, de sorte que l'art. 50 a al. 8 p-LPM est la seule reconnaissance implicite de la possibilité d'enregistrer des marques individuelles subséquentes. Il convient que le projet soit plus clair et explicite sur les possibilités d'enregistrement restantes. Comme cela a déjà été mentionné, il conviendrait de clarifier expressément dans le projet la relation entre des marques de garantie ou collectives enregistrées et des marques individuelles composées subséquentes comprenant une indication géographique.
- 5.10 Dans la mesure où des marques de garantie et des marques collectives peuvent être enregistrées, se posera la question de la portée de ces marques. En principe, en droit suisse, le risque de confusion est unique et le même dans l'ensemble du droit des signes distinctifs. L'introduction de marques collectives et de garantie en relation avec des indications géographiques semble confirmer, contrairement à la jurisprudence, que le risque de confusion est un concept à géométrie variable. Si tel est le cas, il conviendrait peut-être de revoir les critères définis à l'art. 31 al. 1 ter p-LPM afin de spécifier, comme le fait en partie le message, qu'il devrait s'agir de produits très proches, confinants à l'identique.
- 5.11 Le projet prévoit la constitution d'un nouveau registre spécial ce qui permet une meilleure transparence et donc un accès facilité à l'information. Il conviendrait que l'ensemble des registres existants soit intégré sous la responsabilité de l'IPI.

- 5.12 En lieu et place de la règle proposée à l'art. 50a al. 6 p-LPM se référant à un délai au 1^{er} janvier 1996 probablement inspirée des ADPICS, l'ASAS suggère que le projet se réfère simplement à la bonne foi.
- 5.13 L'ASAS regrette que les articles 63 lpm et 64 al. 1 p-LPM ne comprennent aucun droit de plainte des associations de consommateurs.

Gallus Joller
Membre du Comité ASAS

Pierre Kobel
Président ASAS