

Une opinion scientifique minoritaire ne heurte pas forcément la LCD

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, 25 août 1998, affaire Hertel c. Suisse (59/1997/843/1049)

En 1994, le Tribunal fédéral a considéré comme contraire à la LCD l'article d'un scientifique affirmant la nocivité pour la santé humaine de l'absorption d'aliments préparés à l'aide de fours à micro-ondes. Une telle ingérence est «prévue par la loi» dans la mesure où il était prévisible que la publication incriminée était susceptible de constituer un acte de «concurrente» au sens de la LCD. Les autorités suisses disposent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un «besoin social impérieux» et prendre une telle interdiction. Même si cette marge est particulièrement indispensable en matière commerciale, elle doit cependant être relativisée lorsque c'est la participation d'un individu à un débat touchant à l'intérêt général qui est en jeu et non pas son discours strictement «commercial». En l'espèce, la mesure d'interdiction incriminée n'était pas «nécessaire dans une société démocratique»; elle a violé la Convention.

En fait (résumé):

M. Hertel est diplômé en sciences techniques de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich. Il est également l'auteur d'une thèse soutenue à l'Institut des sciences vétérinaires de cette même ville. Après sa retraite, il poursuit à titre privé des recherches. En collaboration avec un professeur de l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL), M. Hertel réalisa une étude des effets sur l'homme de l'ingestion d'aliments préparés au four à micro-ondes. Un rapport de recherche fut rédigé, daté de juin 1991, dans lequel les auteurs concluaient notamment que les «conséquences mesurables chez l'homme induites par des aliments traités aux micro-ondes présentent, au contraire de ceux qui n'ont pas subi ce traitement, des modifications du sang qui semblent indiquer le stade initial d'un processus pathologique tel qu'il se présente lors du déclenchement d'un état cancéreux.»

Le trimestriel *Journal Franz Weber* consacra une partie de son dix-neuvième numéro (janvier, février et mars 1992) aux effets de l'utilisation des fours à micro-ondes sur la santé humaine. En couverture figurait une image de la Faucheuse tendant une main vers un four à micro-ondes avec pour titre «Le danger des micro-ondes: la preuve scientifique». Outre l'éditorial de M. Franz Weber sur ce thème, le trimestriel contenait un article signé René d'Ombresson, intitulé «Four à micro-ondes: danger pour la santé. Des preuves scientifiques irréfutables». Le chapeau de l'article était ainsi rédigé: «Une étude scientifique démontre les dangers pour la santé des aliments irradiés sous micro-ondes et donne raison au *Journal Franz Weber*. A la casse, au ruclon, les fours à micro-ondes! Le traitement qu'ils font subir aux aliments est à ce point pervertissant qu'il provoque une altération de la formule sanguine de qui s'en nourrit, conduisant à l'anémie et à la précancérose. Telles sont les conclusions d'une étude rigoureuse conduite par un professeur de l'EPFL (...) et un chercheur indépendant, déterminés à répondre une fois pour toutes à la ques-

tion cruciale, les fours à micro-ondes sont-ils nocifs ou non?» L'article se poursuivait par un résumé vulgarisé de la recherche et se terminait par un exposé de l'étude litigieuse. Un dessin représentant un four à micro-ondes dans la vitre duquel apparaissait la tête de la Faucheuse «illustre» en outre chaque page de l'article. Dans une déclaration du 27 janvier 1992, le professeur de l'EPFL se distança des «informations fallacieuses concernant les aliments traités ou préparés dans les fours à micro-ondes présentées dans le *Journal Franz Weber*». Il indiqua que les chiffres publiés, la description de l'expérience préliminaire effectuée, bien que corrects, ne permettaient pas de tirer des conclusions quelconques en relation avec des influences négatives des aliments traités aux micro-ondes et une prédisposition de l'apparition de tel ou tel état pathologique. Le 7 avril 1992, le Président du tribunal de district de Vevey rejeta une requête de mesures provisionnelles à l'encontre de M. Weber déposée par l'Association suisse des fabricants et fournisseurs d'appareils électrodomestiques (FAE). En date du 14 avril 1992, M. Weber fit une déclaration selon laquelle les deux auteurs de l'étude ne pouvaient être tenus responsables ni de la forme ni du contenu de l'article paru dans le *Journal de Franz Weber*. La FAE demanda toutefois à M. Hertel de publier une déclaration selon laquelle il ne tiendrait plus de propos déloyaux sur les fours à micro-ondes. Ce dernier ne répondit pas. Le 7 août 1992, ladite association déposa alors devant le tribunal de commerce du canton de Berne une requête fondée sur la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) et tendant à ce qu'il soit fait interdiction à M. Hertel, sous peine de sanctions pénales, d'affirmer que les aliments préparés dans les fours à micro-ondes sont dangereux pour la santé et provoquent dans le sang de ceux qui les consomment des altérations traduisant un trouble pathologique et donnant une image qui pourrait passer pour le début d'un processus cancérogène et d'utiliser, dans des publications et dans des discours publics concernant les fours à micro-ondes, l'image de la mort, que celle-ci soit représentée par un squelette encapuchonné et

muni d'une faux ou par un symbole analogue. Par jugement du 19 mars 1993, le tribunal de commerce accueillit favorablement la requête. Le Tribunal fédéral confirma dans un arrêt du 25 février 1994 (n.d.l.r.: ATF 120 II 76) le jugement du tribunal de commerce. M. Hertel saisit la Commission le 13 septembre 1994 en alléguant une violation des articles 6, 8 et 10 de la Convention. Dans son rapport du 9 avril 1997, cette dernière conclut, par dix voix contre cinq, qu'il y avait eu violation de l'article 10 et, à l'unanimité, qu'aucune question distincte ne se posait sous l'angle des articles 6 § 1 et 8 de la Convention.

En droit:

I. Sur la violation alléguée de l'article 10 de la Convention

(...)

1. «Prévue par la loi»

32. Le requérant conteste que l'ingérence litigieuse fût «prévue par la loi». Selon lui, n'étant pas un acteur du marché des appareils électroménagers, il ne pouvait raisonnablement prévoir qu'en communiquant son rapport d'étude au Journal Franz Weber il était susceptible de commettre un acte de concurrence déloyale au sens de la loi du 19 décembre 1986. La question de l'ampleur du champ d'application de celle-ci serait d'ailleurs controversée.

33. Le Gouvernement réplique que la mesure frappant le requérant repose sur les articles 2, 3 et 9 de la loi du 19 décembre 1986 et sur l'interprétation que le Tribunal fédéral donne de ces dispositions. Il en ressortirait que même une personne qui ne se trouve pas dans une «situation de concurrence avec des fournisseurs ou des acheteurs» de tels biens peut agir de façon «déloyale» au sens de ladite loi dès lors qu'elle commet un «acte de concurrence», c'est-à-dire un acte propre à influencer le marché; l'«intention subjective» de parvenir à cette fin ne serait pas pertinente. La diffusion des assertions litigieuses étant de nature à produire un «impact objectif» sur le commerce des fours à micro-ondes, M. Hertel ne pourrait soutenir qu'il n'était pas prévisible que l'interdiction de l'article 9 le frapperait.

34. La Commission parvient à la même conclusion.

35. La Cour rappelle que l'on ne peut considérer comme une «loi» au sens de l'article 10 § 2 qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue. La certitude, bien que souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique (voir, par exemple, l'arrêt Sunday Times c.

Royaume-Uni (n° 1) du 26 avril 1979, série A n° 30, p. 31, § 49).

36. En l'espèce, l'article 2 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 («LCD») contient une clause générale selon laquelle est «déloyal et illégitime» non seulement toute pratique commerciale mais aussi tout comportement «qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients». Par ailleurs, l'article 3, qui énumère certains agissements déloyaux, précise notamment qu'«agit de façon déloyale celui qui (...) dénigre autrui, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes (...)» (...).

La LCD ne restreint donc pas son champ d'application aux seuls agents économiques: les tiers au marché tel M. Hertel sont aussi concernés. Si des doutes devaient subsister quant à la volonté expresse du législateur à cet égard, ceux-ci s'effaceraient à la lecture du message du Conseil fédéral à l'appui du projet de ladite loi (message du 18 mai 1983, FF 1983 II 1037). Il en ressort en effet que les auteurs du projet entendaient, à l'instar du législateur de 1943, assurer la protection de la concurrence en tant qu'«institution» plutôt que des seuls «concurrents». Le message précise d'ailleurs ce qui suit (chapitre 241.2, relatif au commentaire du projet d'article 2): (...). Le message ajoute (chapitre 241.31, relatif au commentaire du projet d'article 3 a.): (...).

37. Le Tribunal fédéral avait du reste déjà, à l'époque des faits de la cause, indiqué que l'existence d'une «relation de concurrence» entre l'auteur de l'acte en litige et la personne qu'il lèse ne constitue pas une condition de l'application de la loi du 19 décembre 1986 et avait ainsi jugé qu'un journaliste peut, par ses propres exposés ou par la reproduction de ceux d'autrui, se rendre coupable d'infractions à certaines de ses dispositions (arrêt du 18 mars 1991; Arrêts du Tribunal fédéral suisse (ATF) 117 IV 193).

38. La Cour reconnaît en conséquence qu'il était «prévisible» que la communication du rapport d'étude litigieux au Journal Franz Weber et la publication consécutive de celui-ci étaient susceptibles de constituer un acte de «concurrence» au sens de la LCD. Ceci étant, il lui suffit, pour conclure que l'ingérence était «prévue par la loi», de constater que l'article 3 LCD précise qu'«agit de façon déloyale celui qui, notamment (...) dénigre autrui, ses marchandises, ses services, ses œuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes (...)» et que l'article 9 dispose que «celui qui, par un acte de concurrence déloyale, subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général ou celui qui en est menacé, peut demander au juge (...) de l'interdire, si elle est imminente» (...).

II. But légitime

39. - 41. (...)

42. La Cour observe que la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 «vise à garantir, dans

l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée» (article premier; ...) et permet à celui qui, du fait d'un «acte de concurrence déloyale», subit ou est «menacé» de subir une «atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelles, ses affaires ou ses intérêts économiques en général», de demander au juge d'interdire celle-ci (article 9; ...). C'est en application de ces dispositions que les juridictions internes accueillirent la requête de l'Association suisse des fabricants et fournisseurs d'appareils électrodomestiques qui imputait à M. Hertel un acte de concurrence déloyale de nature à porter préjudice aux intérêts de ses membres. Il n'est donc pas douteux que la mesure en cause tendait à la «protection (...) des droits d'autrui».

3. «Nécessaire dans une société démocratique»

43. M. Hertel voit dans l'interdiction qui le frappe une mesure disproportionnée. Elle aboutirait à une protection démesurée des intérêts économiques des membres de l'association plaignante au prix de la censure de ses travaux de recherche et de sa participation au débat scientifique relatif aux questions de santé publique que pose l'utilisation des fours à micro-ondes.

44. Selon le Gouvernement, l'ingérence dans la liberté d'expression du requérant vise, dans l'intérêt de toute la société, à garantir une concurrence loyale et libre. Elle répondrait de ce fait à un besoin social impérieux.

Les juridictions suisses n'auraient ordonné l'interdiction litigieuse qu'après avoir soigneusement mis en balance les intérêts en présence: d'une part, celui de l'Association suisse des fabricants et fournisseurs d'appareils électrodomestiques («FAE») ainsi que des consommateurs d'être protégés contre la propagation d'allégations fallacieuses relatives aux fours à micro-ondes, et, d'autre part, celui du requérant de diffuser les informations de son choix. L'article litigieux présenterait en effet le requérant comme un «expert»; illustré de surcroît de l'image choquante de la mort, il affirmerait qu'il est scientifiquement prouvé que l'usage des fours à micro-ondes est dangereux pour la santé humaine. Eu égard au fait que le Journal Franz Weber s'adresserait non à des spécialistes mais à des lecteurs profanes et serait tiré à plus de cent mille exemplaires, un large public aurait ainsi pu être convaincu de l'existence d'une certitude en la matière. Or non seulement la question serait fortement controversée, mais en plus les recherches effectuées par le requérant manqueraient du sérieux nécessaire à leur qualification de «scientifiques». Ces circonstances justifieraient l'ingérence litigieuse, par ailleurs modérée: M. Hertel resterait libre non seulement de poursuivre ses recherches dans le domaine des micro-ondes mais aussi d'en publier et diffuser les résultats dans des sphères non économiques tels que les milieux scientifiques ou académiques. Il y aurait lieu en outre de prendre en compte les propos choquants tenus par l'intéressé en 1989 et reproduits dans le numéro 8 du Journal Franz Weber, selon lesquels les fours à micro-ondes seraient «pires que les

chambres à gaz de Dachau».

Vu enfin la marge d'appréciation dont disposeraient les Etats contractants dans le domaine de la concurrence déloyale, l'article 10 n'aurait pas été violé.

45. La Commission parvient à la conclusion contraire.

46. La Cour rappelle les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence, tels qu'elle les a dernièrement exposés dans les arrêts Grigoriades c. Grèce et Zana c. Turquie (arrêts du 25 novembre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VII, p. 2589, § 44, et pp. 2547-8, § 51 respectivement):

i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent: ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (arrêts Handyside c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, § 49, Lingens c. Autriche du 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 26, § 41, et Jersild c. Danemark du 23 septembre 1994, série A n° 298, p. 26, § 37).

ii. L'adjectif «nécessaire», au sens de l'article 10 § 2, implique un «besoin social impérieux». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une «restriction» se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable: il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était «proportionnée au but légitime poursuivi» et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent «pertinents et suffisants» (arrêt Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 2) du 26 novembre 1991, série A n° 217, p. 29, § 50). Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (arrêt Jersild précité, p. 26, § 31).

47. Les autorités suisses disposaient ainsi d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un «besoin social impérieux» de faire au requérant l'interdiction dont il s'agit. Pareille marge d'appréciation est particulièrement indispensable en matière commerciale, spécialement dans un domaine aussi complexe et fluctuant que la concurrence déloyale (voir les arrêts Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne du 20 novembre 1989, série A n° 165, p. 20, § 33, et Jacobowski c. Allemagne du 23 juin 1994, série A n° 291-A, p. 14, § 26). Il y a toutefois lieu de relativiser l'ampleur de celle-ci lorsqu'est en jeu non le discours strictement «commercial» de tel individu mais sa participation à un débat touchant à l'intérêt général, comme par exemple à la santé publique; or en l'espèce on ne saurait nier l'existence d'un tel débat, portant sur les effets des micro-ondes sur la santé humaine (d'ailleurs seules étaient en cause les conclusions de la recherche effectuées par M. Hertel telles qu'exposées dans le numéro 19 du Journal Franz Weber et non l'objet desdites recherches). En cela, la présente espèce diffère substantiellement des affaires Markt Intern et Jacobowski précitées. La Cour entend en conséquence procéder à un examen attentif de la proportionnalité des mesures litigieuses au but poursuivi. A cet égard, il lui revient de faire la balance des exigences de la protection des droits des membres de la FAE avec la liberté d'expression de M. Hertel.

48. La Cour observe que le requérant s'est borné à transmettre une copie de son rapport d'étude au Journal Franz Weber: il n'a participé ni à la rédaction du numéro 19 dudit périodique ni au choix de son illustration, et n'en a eu connaissance qu'après sa parution. Cela ressort de la déclaration de M. Weber du 14 avril 1992 (...) et ne fut mis en cause ni par le tribunal de commerce du canton de Berne ni par le Tribunal fédéral: selon les deux juridictions, la responsabilité du requérant trouvait sa source dans le fait qu'en communiquant son rapport au Journal Franz Weber, il se serait accommodé d'une exploitation simpliste et outrancière de celui-ci - laquelle aurait été prévisible eu égard au périodique dont il s'agit - et que, par la suite, il aurait repris à son compte l'article litigieux (...).

Du texte dudit numéro 19 se rapportant aux fours à micro-ondes, le requérant n'est ainsi l'auteur ou le coauteur ni de l'intitulé de la page de couverture (...), ni de l'éditorial (celui-ci est signé Franz Weber; ...), ni des pages 3 à 10 (elles sont signées René d'Ombresson; ...). Seules peuvent lui être attribuées, à l'exclusion des titres et sous-titres qui y figurent, les pages 5 à 10 qui contiennent un extrait du rapport dont il est question (...). Or la Cour constate qu'il n'y est nulle part expressément proposé que les fours à micro-ondes fussent interdits, détruits ou boycottés et que le requérant n'y reprend pas les propos qu'il avait tenus en 1989 et qui avaient été publiés dans le numéro 8 (avril, mai et juin 1989) du Journal Franz Weber. En outre et surtout, la thèse du requérant relative aux effets nocifs sur la santé

humaine de l'ingestion d'aliments préparés au four à micro-ondes y est exposée d'une manière bien plus nuancée que le Gouvernement ne le laisse entendre; cela tient notamment à l'usage répété du mode conditionnel et au choix de formules non affirmatives. A cet égard, les dernières lignes dudit extrait, qui synthétisent les conclusions que le requérant tire de ses expériences, sont particulièrement parlantes: s'il est écrit que les résultats obtenus «montrent des altérations qui témoignent de troubles pathogènes», il est précisé quant à d'éventuels effets cancéreux que lesdits résultats donnent une image qui «pourrait» correspondre au début d'une évolution cancéreuse et qui «mérite attention»; de la même manière il n'est pas affirmé que l'ingestion d'aliments irradiés est nocive pour l'homme du fait de l'induction d'un rayonnement indirect par le biais des aliments, mais suggéré qu'il «pourrait» en aller de la sorte (...).

49. Il n'en reste pas moins que la diffusion de tels propos pouvait avoir un effet négatif sur les ventes desdits fours en Suisse et il n'est pas inopportun de relever à cet égard que le Journal Franz Weber est publié à plus ou moins cent vingt mille exemplaires, ce qui n'est pas négligeable. Il y a lieu néanmoins de relever que ce périodique n'a pas une vocation généraliste puisqu'il traite surtout de questions touchant à l'environnement et à la santé publique et qu'il est très essentiellement distribué par abonnement; il touche donc vraisemblablement un lectorat spécifique si bien que l'impact des idées qui y sont exposées mérite d'être relativisé. Tel fut d'ailleurs le point de vue du président du tribunal du district de Vevey (...). La Cour note en outre qu'en l'espèce il n'est pas prétendu que la publication litigieuse ait eu une influence concrète sur le commerce des fours à micro-ondes et qu'elle ait causé un dommage effectif aux membres de la FAE. Faisant application de la LCD, le tribunal de commerce du canton de Berne et le Tribunal fédéral se sont en effet contentés du constat de la plausibilité d'une telle influence. Le premier en particulier s'est limité à la considération suivante (traduction de l'allemand; ...):

«(...) Il y a (...) lieu, dans chaque cas, de vérifier si le comportement de l'intéressé influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. (...). Même s'il n'y a pas de preuve certaine d'un rapport entre baisse du chiffre d'affaires concernant les fours à micro-ondes et comportement du [défendeur], il est manifeste que les allégations et publications incriminées en l'espèce sont de nature à réduire les ventes de fours à micro-ondes et à nuire, en conséquence, aux entreprises liées au demandeur. Il y donc lieu de conclure à l'existence d'une aptitude objective à influencer sur les rapports de concurrence.»

50. Il ressort de ce qui précède que M. Hertel n'a pas participé au choix de l'illustration du numéro 19 du Journal Franz Weber, que les propos qui lui sont véritablement imputables sont plutôt nuancés et qu'aucun élément ne permet de conclure à un impact substantiel desdits propos sur les intérêts des membres de la FAE. En dépit de ceci, les juridictions suisses ont fait interdiction au requérant d'affirmer que les aliments préparés dans les

fours à micro-ondes sont dangereux pour la santé et provoquent dans le sang de ceux qui les consomment des altérations traduisant un trouble pathologique et donnant une image qui pourrait indiquer le début d'une évolution cancérogène, et d'utiliser l'image de la mort en association avec les fours à micro-ondes.

On ne peut que relever un décalage entre cette mesure et le comportement auquel elle se propose de répondre. Il en ressort une impression de déséquilibre que concrétise l'ampleur de l'interdiction dont il s'agit. A cet égard, s'il est vrai que celle-ci porte uniquement sur des affirmations bien précises, il n'en reste pas moins que lesdites affirmations ont trait à la substance même de la thèse défendue par le requérant. La mesure en cause a ainsi pour effet de censurer partiellement les travaux de ce dernier et de limiter grandement son aptitude à exposer publiquement une thèse qui a sa place dans un débat public dont l'existence ne peut être niée. Peu importe que l'opinion dont il s'agit est minoritaire et qu'elle peut sembler dénuée de fondement: dans un domaine où la certitude est improbable, il serait particulièrement excessif de limiter la liberté d'expression à l'exposé des seules idées généralement admises.

La circonstance que les juridictions suisses ont expressément réservé la liberté de M. Hertel de poursuivre ses recherches n'enlève rien à ce constat. Quant à la possibilité dont il disposerait d'en présenter les résultats en dehors de la «sphère économique», elle ne transparaît pas avec évidence des décisions litigieuses; le cas échéant, la large portée de la LCD empêcherait d'y voir une atténuation marquée de l'importance de l'ingérence dont il est question.

Au surplus, en cas de non respect de l'interdiction, le requérant encourt une sanction pouvant aller jusqu'à une privation de liberté.

51. Eu égard à ce qui précède la mesure litigieuse ne saurait passer pour «nécessaire» «dans une société démocratique». Partant, il y a eu violation de l'article 10.

II. Sur les violations alléguées des articles 6 § 1 et 8 de la convention

(...)

Par ces motifs, la cour

1. Dit, par six voix contre trois, qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention ;

2. Dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner les griefs tirés des articles 6 § 1 et 8 de la Convention;

(...). ■

ANMERKUNGEN:

Im Entscheid Hertel gegen die Schweiz hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) festgestellt, dass das in Anwendung von Art. 3 lit. a UWG gegenüber einem Umweltbiologen ergangene Verbot zu behaupten, Mikrowellenspeisen seien gesundheitsschädlich, Art. 10 der EMRK (Meinungsfreiheit) verletzt. Der Gerichtshof hat damit die Erwägungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte im gleichen Fall bestätigt (vgl. *medialex* 3/97, S. 158 f.). Er anerkannte zwar, dass im UWG eine hinreichend

präzise gesetzliche Grundlage besteht und die geltend gemachten Eingriffsinteressen, der Schutz eines funktionierenden wirtschaftlichen Wettbewerbs, grundsätzlich Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit zulassen. Im konkreten Fall erachtete der Gerichtshof indessen ein Äusserungsverbot als unverhältnismässig. Folgende Umstände erleichterten dem Gerichtshof diese Entscheidung: (1) Die inkriminierten Äusserungen waren von einer ideellen, gesundheitspolitischen Motivation getragen und zogen keine voreiligen Schlüsse; (2) die fraglichen Äusserungen wurden in einer Publikation veröffentlicht, die sich an ein spezielles Publikum richtet; (3) für die von den Vorinstanzen als krass empfundene Aufmachung war der Autor nicht verantwortlich; (4) eine konkrete wirtschaftliche Schädigung im Sinne einer Verschlechterung der Wettbewerbsposition von Mikrowellen-Herstellern war nicht nachgewiesen. Vor allem aber gewichtete das Gericht die Freiheit der Diskussion von im Allgemeininteresse stehenden Themen (im vorliegenden Fall die öffentliche Gesundheit) eindeutig höher als die Interessen allfällig betroffener Wirtschaftssubjekte oder das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wirtschaftswettbewerb.

Mit diesem nicht unerwarteten Entscheid wird deutlich, dass in Zukunft bei der Interpretation des UWG stärker auf den Gehalt der Meinungsäusserungsfreiheit Rücksicht zu nehmen ist. Das Urteil ist von grundsätzlicher Bedeutung für die Schweiz, verlangt es doch eine längst fällige Korrektur der Rechtsprechung im Sinne einer verstärkt verfassungskonformen Interpretation des Lauterkeitsrechts. Zwar können den Erwägungen nur wenige Hinweise entnommen werden, in welche Richtung die Praxis anzupassen ist. Folgende Schlussfolgerungen drängen sich indessen auf: Bei wirtschaftsfernen Äusserungen, die von einer ideellen Motivation getragen sind, namentlich bei der Diskussion allgemein interessierender Themen, verlangt die EMRK eine sehr zurückhaltende Anwendung der Sanktionen des UWG, da die grundrechtlichen Interessen in der Regel überwiegen. Ein ungehinderter öffentlicher Diskurs über im Allgemeininteresse stehende Themen muss möglich bleiben. Ist daher die Gefahr einer Benachteiligung von Wirtschaftssubjekten durch eine ideelle Äusserung gering, so entfällt eine Anwendung lauterkeitsrechtlicher Sanktionen. Die Interessen der Wirtschaft, insbesondere die Interessen partikulärer Wirtschaftssubjekte, können somit nicht generell über die Meinungsfreiheit gestellt werden. Erforderlich ist vielmehr eine Abwägung der Interessen bzw. die Auflösung eines Grundrechtskonkurrenzverhältnisses bei der Interpretation des UWG. Demgegenüber fallen wirtschaftsnahe Äusserungen, insbesondere die Werbung, unter den Ermessensspielraum, welchen die EMRK-Mitgliedsstaaten in wirtschaftlichen Fragen haben.

Es bleibt abzuwarten, welche Konsequenzen die Gerichtspraxis aus dem Hertel-Urteil zieht. Unumgänglich erscheint jedoch eine Einschränkung des funktionalen Ansatzes des Wettbewerbsrechtes, d.h. eine tendenzielle Einengung des Geltungsbereiches des UWG. Das Urteil setzt somit dem schrankenlosen Funktionalismus Grenzen und zwingt zu verfassungsrechtlich gebotenen Differenzierungen. Ohne eine konkrete Eignung ideeller Äusserungen zur Wettbewerbsbeeinflussung ist im Lichte der Verfassung und der EMRK eine Anwendung von UWG-Sanktionen nicht mehr zu vertreten. Die bloss Gefährdung wirtschaftlicher Interessenpositionen rechtfertigt eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit bei Themen von allgemeinem Interesse nicht mehr. Auch bei einer tatsächlichen Benachteiligung von Wirtschaftssubjekten durch eine ideell motivierte Äusserung kann im Rahmen einer Güterabwägung das allgemeine Interesse an einem öffentlichen Diskurs gesellschaftlich relevanter Themen die Interessenpositionen der betroffenen Wirtschaftssubjekte überwiegen. Damit ist es nicht mehr zulässig, Träger der Meinungs- und Pressefreiheit in völlig undifferenzierter Weise den Regeln des wirtschaftlichen Wettbewerbs zu unterwerfen. Vielmehr erscheinen sie aus verfassungsrechtlicher Sicht in der Regel als «Dritte», die ausserhalb des Anwendungsbereiches der UWG stehen. Wirtschaftsnaher Äusserungen, insbesondere Äusserungen als Teil des wirtschaftlichen Wettbewerbes, bleiben demgegenüber unverändert vom UWG erfasst. Dies gilt auch für sehr undifferenzierte, verzerrende ideelle Äusserungen sowie für scheinbar ideelle Äusserungen, die in der Absicht erfolgen, den Wettbewerb zu beeinflussen. Dies alles legt nahe, entweder im Rahmen der Gerichtspraxis oder einer Gesetzesrevision in Anlehnung an die deutsche Regelung das Kriterium der Wettbewerbsabsicht zur Abgrenzung lauterkeitsrechtlich irrelevanter Grundrechtsäusserungen von lauterkeitswidrigen Beeinflussungen des Wettbewerbs einzuführen.

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

Gesamthaft führt das Strassburger Hertel-Urteil zu einer dringend notwendigen Korrektur der schweizerischen Lauterkeitspraxis. Es macht klar, dass die Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit nicht unter dem Vorbehalt der Geltung des Lauterkeits-

rechtes steht, sondern das Lauterkeitsrecht grundrechtlich gebotene Einschränkungen erfährt. Dies zwingt die Gerichtspraxis zu Differenzierungen, was zu begrüßen ist.

RA DR. URS SAXER, ZÜRICH