

Indications de provenance «Suisse»: analyse de la jurisprudence récente et réflexions de lege ferenda

THOMAS WIDMER*

Quelles sont les conditions à respecter, de lege lata et de lege ferenda, pour pouvoir commercialiser en Suisse un produit «Made in Switzerland» ou portant une marque contenant une indication de provenance suisse? L'auteur analyse deux décisions rendues par la juridiction pénale de Bâle-Ville en 2009 et 2012, ainsi que le projet «Swissness», actuellement débattu au sein du parlement fédéral.

Welche Bedingungen müssen respektiert werden, de lege lata und de lege ferenda, damit ein Produkt als «Made in Switzerland» oder unter einer Marke, die eine Herkunftsangabe beinhaltet, in der Schweiz vermarktet werden kann? Der Autor analysiert zwei Entscheidungen des Strafgerichts des Kantons Basel-Stadt aus den Jahren 2009 et 2012 sowie die «Swissness»-Vorlage, die zurzeit im Bundesparlament diskutiert wird.

- I. Introduction
 - II. La décision du 20 juillet 2009
 - III. La décision du 11 septembre 2012
 - IV. Réflexions de lege ferenda au regard du projet «Swissness»
- Résumé / Zusammenfassung

I. Introduction

La juridiction pénale de Bâle-Ville a rendu, le 20 juillet 2009 puis le 11 septembre 2012, deux décisions, à présent définitives, relatives à l'utilisation de l'indication de provenance «Switzerland» en lien avec des produits cosmétiques.

Ces décisions, partiellement contradictoires, précisent la jurisprudence saint-galloise qui constituait, jusqu' alors, la référence en la matière.

II. La décision du 20 juillet 2009

Saisie d'un recours formé à l'encontre d'une décision de classement, rendue par le Ministère Public cantonal, d'une plainte formée pour usage d'indications de provenance inexactes (art. 64 LPM), la Chambre des recours du Tribunal pénal de Bâle-Ville a rendu, le 20 juillet 2009, une décision¹ intéressante à plus d'un titre.

La Chambre des recours s'est penchée sur la question de savoir si la commercialisation en Suisse de produits cosmétiques sous les marques «Juvena of Switzerland» et «La Prairie Switzerland» était conforme à la LPM, sachant que ces produits étaient intégralement fabriqués (mélange des substances chimiques, traitement de la solution, remplissage, emballage, achat des matières premières, transport)² à l'étranger mais que la recherche et le développement étaient réalisés en Suisse.

La Chambre des recours a tout d'abord retenu que les marques précitées constituaient des indications de provenance au sens des articles 47 et 48 LPM³.

Pour mémoire, la jurisprudence fédérale⁴ indique à cet égard que lorsqu'une marque contient un nom géographique ou se compose exclusivement d'un nom géographique, elle incite normalement le lec-

* Avocat, Genève.

1 Décision de la Chambre des recours du Tribunal pénal de Bâle-Ville du 20 juillet 2009, recours n° 42/2007 et 43/2007, cause n° S06 0928, ci-après la «Décision du 20 juillet 2009», voir [décision intégrale sur sic-online 4/2013](#), T. Widmer, Indications de provenance «Suisse»: analyse de la jurisprudence récente et réflexions de lege ferenda, n. 1.

2 Décision du 20 juillet 2009 (n. 1), consid. 8.

3 Décision du 20 juillet 2009 (n. 1), consid. 2.5.

4 Voir, en autres, TAF du 31 juillet 2012, B-6402/2011, consid. 3.1 et 3.2.

teur à penser que le produit vient du lieu indiqué. Une telle marque est donc habituellement comprise comme une indication de provenance.

La Chambre des recours s'est ensuite demandée si l'adjonction, sur les produits en question, des mentions «made in USA» ou «developed in Switzerland, made in Germany» était de nature à «corriger» l'indication de provenance «Switzerland» et à renseigner le consommateur sur la provenance réelle des produits.

La Chambre des recours a répondu à cette question par la négative, rejetant par-là les conclusions d'un avis de droit rédigé par l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (ci-après: IFPI) à la demande du Ministère Public cantonal⁵:

«Car un correctif tel que «made in USA» ne changerait rien au fait, même s'il était apposé sur le devant de l'emballage en grands caractères, que l'indication de provenance contenue dans la marque est inexacte.»

Un tel raisonnement est conforme à la doctrine⁶:

«Une forme assez subtile d'appropriation d'une dénomination géographique consiste en l'adjonction de la véritable origine («Fromage suisse fabriqué en Belgique») ou d'une mention délocalisante («Joghurt type suisse»). Les auteurs de pareilles pratiques estiment que le nom réputé perd son caractère géographique et peut donc être utilisé pour des produits d'autres provenances.

Nous estimons que de telles adjonctions ne suffisent pas à corriger la fausse indication. L'expression prise dans son entier (nom géographique plus adjonction) reste trompeuse. Le consommateur ne jette qu'un regard distrait sur l'étiquetage d'une marchandise et il ne prêtera attention qu'au nom célèbre et non au correctif. La véritable origine doit apparaître au premier coup d'œil sinon le risque de tromperie subsiste.»

L'on peut également relever qu'un raisonnement similaire avait été tenu par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 15 mai 19347 déjà, s'agissant de l'utilisation de formules telles que «type», «genre» ou «à la façon»:

«L'acheteur moyen qui examine le produit superficiellement considère le nom comme une indication de provenance conforme à la vérité et n'accorde aucune importance à la mention complémentaire. Ainsi, le risque que des confusions aient lieu existe bel et bien, ce qui est précisément voulu dans la plupart des cas.»

Quoi qu'il en soit, la Chambre des recours a jugé que l'apposition des marques «Juvena of Switzerland» et «La Prairie Switzerland» sur des produits vendus en Suisse devait donc respecter les conditions posées par l'article 48 LPM, lequel prévoit que «la provenance d'un produit est déterminée par le lieu de fabrication ou par la provenance des matières de base et des composants utilisés».

Afin d'interpréter cette disposition, la Chambre des recours s'est référée à la jurisprudence saint-galloise⁸ – rendue en application de l'ancienne Loi sur les marques – qu'elle a citée en ces termes⁹:

«Sont des produits suisses les produits originaux indigènes et les produits intégralement fabriqués dans le pays.

S'il s'agit de produits qui ne sont que partiellement fabriqués en Suisse, alors la règle impose en général que la quote-part suisse des coûts de fabrication (à savoir les matières premières, les produits semi-finis, les accessoires, les salaires et les frais généraux de fabrication à l'exclusion des frais de distribution) représente au moins 50%.

Cette proportion de 50% ne doit toutefois pas être la seule caractéristique à prendre en considération pour déterminer la provenance suisse, dans la mesure où la provenance des composants essentiels

5 Décision du 20 juillet 2009 (n. 1), consid. 2.4, in fine. Traduction libre.

6 J.-D. Pasche, La protection des armoiries fédérales et de l'indication «suisse», thèse, Neuchâtel 1988, 78.

7 ATF 60 II 249, 256. Traduction reprise du document rédigé par l'IFPI intitulé «La protection des indications de provenance suisses, des armoiries suisses et du signe de la Croix-Rouge, Guide pour les représentations suisses à l'étranger» (dont il est fait mention plus bas), 26.

8 Décision rendue le 24 avril 1968 par le Tribunal de commerce de Saint-Gall, mentionnée notamment dans le Message du 18 novembre 2009 relatif à la modification de la loi sur la protection des marques et à la loi fédérale sur la protection des armoiries de la Suisse et autres signes publics (Projet «Swissness»), FF 2009, 7711 et ss, 7727, note de bas de page n° 5.

9 Décision du 20 juillet 2009 (n. 1), consid. 3.2 a. Traduction libre.

et des procédés de fabrication qui confèrent à un produit ses caractéristiques essentielles ainsi que, dans les cas limites, la provenance de la propriété intellectuelle incorporée dans le produit, ainsi que les particularités de la branche concernée, doivent être considérés à leur juste valeur.»

La Chambre des recours s'est également référée¹⁰ à un arrêt du Tribunal fédéral de 1963¹¹ qui, dans le cadre de l'utilisation d'une dénomination de provenance en lien notamment avec des produits pharmaceutiques, avait décrété ce qui suit (italique):

«En l'espèce, la marque litigieuse contient le nom italien de Berne. L'acheteur suisse moyen en conclura que le produit désigné par elle est fabriqué à Berne (...)

La recourante le conteste en exposant que la marque en cause est destinée à des préparations fabriquées avec l'accord et d'après les prescriptions et recettes de l'Institut sérologique suisse, à Berne (...)

Que la recourante ne peut utiliser la marque litigieuse pour des produits fabriqués en Italie, cela ressort également de l'art. 18 al. 3 LMF. Cette disposition interdit en effet de munir un produit d'une indication de provenance qui ne correspond pas à la réalité. *Or la provenance d'une marchandise se détermine d'après le lieu d'où elle vient elle-même, non d'après l'idée qui préside à sa fabrication.»*

La Chambre des recours s'est ensuite attelée à déterminer si cet arrêt du Tribunal fédéral de 1963 était toujours d'actualité. Pour ce faire, elle a notamment passé en revue¹² deux ouvrages de doctrine qui estiment que cette jurisprudence est dépassée, avant d'examiner¹³ un arrêt saint-gallois rendu le 13 janvier 2003¹⁴ ainsi que la position de l'IFPI¹⁵, qui soulignent qu'en sus de la condition selon laquelle la quote-part suisse doit représenter 50% des coûts de fabrication s'ajoute l'exigence que le processus essentiel de fabrication du produit se déroule en Suisse¹⁶:

«Il était énoncé qu'indépendamment de la règle des 50%, le procédé de fabrication principal devait encore et toujours s'être déroulé en Suisse. En particulier, la mise en place et le contrôle de standards de qualités ne pouvaient pas remplacer cette exigence.»

En guise de conclusion préliminaire, la Chambre des recours a ainsi retenu¹⁷ que les principes dégagés par l'arrêt du Tribunal fédéral de 1963 susmentionné étaient toujours applicables, de sorte que lorsqu'un produit est intégralement fabriqué à l'étranger il ne peut être considéré comme un produit de provenance suisse.

En outre, la Chambre des recours a indiqué¹⁸ que la solution de *lege ferenda* serait identique.

Pour mémoire, suite au postulat adopté en été 2006¹⁹, le Conseil fédéral a soumis au parlement, fin 2009, un projet de modification de la LPM et de révision totale de la loi fédérale sur la protection des armoiries, appelé projet «Swissness».

Ce projet a notamment pour but de renforcer les conditions d'usage dans le commerce de l'indication de provenance «Suisse» («Made in Switzerland» ou «produit suisse», par exemple), qui représente une valeur ajoutée importante pour le consommateur.

Dans ce cadre, la Chambre des recours a relevé dans sa décision du 20 juillet 2009 que le Conseil fédéral avait exposé dans son «Rapport explicatif sur la protection de l'indication de provenance «Suisse» et de la croix suisse» du 28 novembre 2007²⁰ que l'article 48, alinéa 3, lit. c du projet «Swissness» prévoyait l'exigence minimale d'une étape de fabrication «proprement dite» au lieu de la prove-

10 Décision du 20 juillet 2009 (n. 1), consid. 3.2 b.

11 ATF 89 I 49 = JdT 1963 I 603; voir également l'arrêt du Tribunal cantonal neuchâtelois du 7 juillet 1969, RJN 1966 I 5.

12 Décision du 20 juillet 2009 (n. 1), consid. 3.2 b.aa.

13 Décision du 20 juillet 2009 (n. 1), consid. 3.2 b.bb. Traduction libre.

14 Arrêt «Swiss Etui».

15 IFPI, document intitulé «La protection des indications de provenance suisses, des armoiries suisses et du signe de la Croix-Rouge, Guide pour les représentations suisses à l'étranger», 26. Ce document est disponible dans sa teneur du 22 septembre 2005 à l'adresse internet suivante: https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/f/j1070101f.pdf.

16 IFPI (n. 15), 26.

17 Décision du 20 juillet 2009 (n. 1), consid. 3.2 b.ee.

18 Décision du 20 juillet 2009 (n. 1), consid. 3.2 cc.

19 Postulat n° 06.3174 déposé le 24 mars 2006 par Anita Fetz, disponible en ligne à l'adresse internet suivante:

http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20063174.

20 Rapport explicatif sur la protection de l'indication de provenance «Suisse» et de la croix suisse du 28 novembre 2007, 47.

Le Rapport est disponible en ligne: http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/15_17/Bericht.pdf.

nance; un produit dont seuls la recherche et le développement sont réalisés en Suisse ne pouvant dès lors pas être considéré comme un produit suisse.

La Chambre des recours a conclu son raisonnement²¹ comme suit:

«Selon la situation juridique actuelle, le lieu de fabrication des produits qui ne sont que partiellement produits en Suisse se détermine d'après la pratique saint-galloise. La proportion suisse des coûts de fabrication doit être d'au minimum 50%, sans quoi on ne peut pas parler d'un produit suisse. Ce qui fait foi sont les procédés manuels de fabrication. La valeur ajoutée purement intellectuelle ne doit, de lege lata, pas être prise en compte.

Par conséquent, pris seul, le lieu où un produit a été conçu et développé ne peut pas être déterminant par rapport à sa provenance.»

Les produits litigieux étant fabriqués entièrement à l'étranger, la Chambre des recours a annulé la décision de classement du Ministère Public cantonal et a renvoyé le dossier à ce dernier, dans le but de déterminer quelles sont les personnes qu'il convenait de poursuivre²² sur la base des articles 48 LPM et 64 («Usage d'indications de provenance inexactes»).

III. La décision du 11 septembre 2012

Faisant suite à la décision du 20 juillet 2009 précitée, le Ministère Public cantonal a remis au Tribunal pénal de Bâle-Ville, le 26 avril 2010, un acte d'accusation d'une seule page, «tout juste recevable» aux dires du Tribunal.

Sur cette base, le Tribunal pénal de Bâle-Ville a rendu, le 11 septembre 2012, une nouvelle décision²³.

Aux termes de son analyse, le Tribunal est tout d'abord rapidement passé sur l'exigence de la quote-part suisse minimale de 50% des coûts de fabrication: la détermination des coûts supportés en Suisse étant impossible à effectuer *in casu* et l'unique expertise comptable au dossier, produite par l'accusé, mentionnant des coûts de fabrication en Suisse de l'ordre de 75%, le Tribunal a considéré²⁴, en application de l'adage *in dubio pro reo*, que cette première condition était remplie.

S'agissant de la seconde condition à remplir pour satisfaire aux exigences de la LPM en matière d'indications de provenance, le Tribunal s'est basé²⁵ sur une majeure différente de celle appliquée par la Chambre des recours dans la décision du 20 juillet 2009 précitée, s'appuyant pour cela sur un ouvrage de doctrine²⁶:

«Ainsi, les produits cosmétiques sont à classer parmi les produits industriels, dont l'origine se détermine par rapport au lieu où la marchandise ou ses composants importants ont acquis les propriétés/qualités essentielles à leur commercialisation.

Lors de processus de fabrication ayant été effectués en plusieurs étapes et en différents endroits, l'endroit où la marchandise a acquis ses propriétés essentielles et celui de sa finalisation peuvent diverger.»

L'on ne trouve ici plus trace de l'arrêt du Tribunal fédéral de 1963 dont la Chambre des Recours avait fait grand cas – cet arrêt n'étant au demeurant pas même cité dans cette décision du 11 septembre 2012 – pas plus que de l'exigence selon laquelle une étape de fabrication manuelle se déroule en Suisse.

Le Tribunal pénal de Bâle-Ville s'est ainsi focalisé sur la notion de «propriétés/qualités essentielles» et a estimé à cet égard²⁷ que celles-ci s'acquerraient, s'agissant de produits cosmétiques, grâce à la recherche et au développement, qui étaient tous deux en l'espèce effectués en Suisse:

21 Décision du 20 juillet 2009 (n. 1), consid. 8. Traduction libre.

22 Décision du 20 juillet 2009 (n. 1), 21.

23 Décision du Tribunal pénal de Bâle-Ville du 11 septembre 2012, ci-après la «Décision du 11 septembre 2012». Cette décision est publiée in: sic! 4/2013, 233 ss, «Juvena of Switzerland».

24 Décision du 11 septembre 2012 (n. 23), sic! 4/2013, 235.

25 Décision du 11 septembre 2012 (n. 23), sic! 4/2013, 235. Traduction libre.

26 Ch. Willi, Markenschutzgesetz – Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, MSchG 48 N 7.

27 Décision du 11 septembre 2012 (n. 23), sic! 4/2013, 236. Traduction libre.

«En résumé il faut retenir qu'il n'est pas adapté aux réalités de production concrètes, s'agissant des produits cosmétiques en cause, de considérer uniquement comme fabrication l'étape de production de la solution qui a eu lieu à l'étranger.

En l'espèce, il faut plutôt se référer à la recherche et au développement ainsi qu'aux autres étapes de fabrication essentielles, à la lumière desquelles le lieu de fabrication des produits cosmétiques incriminés se trouve en Suisse.»

Le Tribunal a ainsi limité l'application de la jurisprudence saint-galloise aux biens dont la fabrication manuelle joue un rôle central²⁸:

«D'ailleurs, l'ancienne jurisprudence saint-galloise ne se rapporte qu'à la production de marchandises dont la fabrication manuelle était centrale pour la désignation de la provenance, comme par exemple des stylos, des foulards ou des étuis.»

La commercialisation des produits litigieux sous les marques «Juvena of Switzerland» et «La Prairie Switzerland» n'a par conséquent pas été considérée comme une violation de la LPM, de sorte que l'accusé ait été acquitté des charges retenues contre lui.

IV. Réflexions de *lege ferenda* au regard du projet «Swissness»

Comme indiqué ci-dessus, le projet «Swissness» a été initié par l'adoption d'un postulat en été 2006, suite auquel le Conseil fédéral a rédigé un «Rapport explicatif sur la protection de l'indication de provenance «Suisse» et de la croix suisse».

Aux termes de ce document, le Conseil fédéral précisait notamment que l'article 48, alinéa 3, lit. c. du projet «Swissness» avait pour but de prévoir une exigence minimale d'une étape de fabrication «proprement dite» au lieu de la provenance.

Deux ans plus tard, le Conseil fédéral présentait au parlement le projet législatif suivant (italique)²⁹:

«Article 48c

Autres produits, notamment industriels

¹ La provenance des autres produits, notamment industriels, correspond au lieu où sont réalisés au minimum 60% de leur prix de revient.

² Sont pris en compte dans le calcul visé à l'al. 1:

(...)

b. les coûts de recherche et de développement

(...)

⁴ L'indication de provenance doit en outre correspondre au lieu où s'est déroulée l'activité qui a conféré au produit ses caractéristiques essentielles. *Dans tous les cas, une étape significative de la fabrication du produit doit y avoir été effectuée.*»

Le sens de cette disposition a été précisé comme suit par le Conseil fédéral dans son Message du 18 novembre 2009³⁰ (italique):

«L'al. 4, deuxième phrase, concerne les produits pour lesquels l'activité ayant donné au produit ses caractéristiques essentielles n'est pas une étape de fabrication au sens strict. Dans ce cas une exigence minimale doit être respectée: une étape significative de la fabrication proprement dite du produit doit être effectuée au lieu de la provenance. *Par exemple, si la recherche et le développement sont les activités qui donnent au produit ses caractéristiques essentielles, une étape significative de la fabrication doit en outre être effectuée au lieu de la provenance.*

(...)

²⁸ Décision du 11 septembre 2012 (n. 23), sic! 4/2013, 236. Traduction libre.

²⁹ FF 2009, 7847 et ss.

³⁰ Message du 18 novembre 2009 relatif à la modification de la loi sur la protection des marques et à la loi fédérale sur la protection des armoiries de la Suisse et autres signes publics (Projet «Swissness»), FF 2009, 7711 et ss, 7771.

La notion d'étape significative doit garantir un *lien physique réel* entre le produit et le lieu de la provenance et donc éviter la réalisation du critère par une étape d'importance secondaire.

(...)

Pour un produit industriel tirant ses caractéristiques essentielles avant tout de la recherche et du développement, les critères suivants doivent être remplis: 1) 60% du prix de revient doivent être réalisés en Suisse; 2) l'activité de recherche et de développement doit se dérouler en Suisse; 3) la condition supplémentaire de l'étape significative de fabrication doit être réalisée dans notre pays.»

Au vu de ce qui précède, il est probable que l'issue juridique du litige qui a occupé le Tribunal pénal de Bâle-Ville aurait été différente *de lege ferenda*, sur la base du projet «Swissness», et ce en raison de l'absence d'un «lien physique réel» entre la Suisse et les produits cosmétiques vendus sous les marques «Juvena of Switzerland» et «La Prairie Switzerland».

Cette conclusion *de lege ferenda* confirme le bien-fondé du postulat qui a donné naissance au projet «Swissness», dans la mesure où ce postulat avait précisément pour but d'interdire à l'avenir la commercialisation en Suisse de produits portant la marque «Juvena of Switzerland»³¹:

«L'entreprise Juvena, qui appartient à la société allemande Beiersdorf, assure sa production en Allemagne. Elle commercialise néanmoins ses produits sous le nom de «Juvena of Switzerland». Induire ainsi les consommateurs en erreur nuit à l'image de la marque «Suisse».

(...)

(...) la Commission suisse pour la loyauté ouvre grand la porte à l'implantation en Suisse de holdings étrangères, qui engageraient un designer ou un développeur, produiraient le reste en Chine et feraient valoir, à tort ou à raison, que le design et le développement représentent plus de la moitié des coûts. Cette démarche menace les PME et les derniers emplois industriels suisses.

(...)

A cet égard, le Conseil fédéral est chargé d'examiner les mesures législatives, et éventuellement d'autre nature, qui pourraient être adoptées pour protéger plus efficacement la marque Made in Switzerland et de présenter un rapport à ce sujet.»

Résumé

Un produit cosmétique dont la composante intellectuelle (recherche et développement) provient de Suisse mais qui est intégralement fabriqué (mélange des substances chimiques, traitement de la solution, remplissage, emballage, achat des matières premières, transport) à l'étranger peut-il être vendu sur le territoire helvétique sous une marque contenant une indication de provenance suisse («Juvena of Switzerland» ou «La Prairie Switzerland», par exemple)?

De lege lata, la Chambre des recours du Tribunal pénal de Bâle-Ville a tout d'abord répondu à cette question par la négative, aux termes d'une décision de 2009 qui, basée essentiellement sur l'ATF 89 I 49, a consacré l'exigence selon laquelle au moins une étape de la fabrication manuelle du produit se déroule en Suisse pour satisfaire aux conditions de l'art. 48 LPM.

Cette décision, qui n'a pas fait l'objet d'un recours, a toutefois été contredite par une décision ultérieure rendue par le Tribunal pénal de Bâle-Ville le 11 septembre 2012, qui s'est quant à lui focalisé sur la notion de «propriétés essentielles» et a estimé que celles-ci étaient, s'agissant de produits cosmétiques, acquises grâce à la recherche et au développement, activités réalisées en Suisse in casu. Ce Tribunal a également jugé que le fait que la fabrication «proprement dite» (manuelle) des produits en cause ait lieu intégralement à l'étranger n'empêche pas de considérer que lesdits produits sont d'origine suisse.

De lege ferenda, en application du projet «Swissness», il est probable que l'issue juridique du présent litige aurait été identique à la décision de la Chambre des recours du Tribunal pénal de Bâle-Ville de 2009, dans la mesure où l'art. 48c al. 4 du projet prévoit qu'une étape significative de la fabrication

31 Postulat n° 06.3174, déposé le 24 mars 2006 par Anita Fetz (n. 19).

«proprement dite» du produit doit impérativement se dérouler en Suisse, ce afin de conserver un lien physique réel entre le produit et la Suisse.

Zusammenfassung

Kann ein Kosmetikprodukt, dessen intellektuelle Komponente (z. B. Forschung und Entwicklung) aus der Schweiz stammt, das jedoch vollständig im Ausland hergestellt wird (Vermischung der chemischen Substanzen, Verarbeitung der Lösung, Abfüllung, Verpackung, Transport, Kauf der Rohstoffe) auf schweizerischem Territorium unter einer Marke, die eine schweizerische Herkunftsangabe beinhaltet (z. B. «Juvena of Switzerland» oder «La Prairie Switzerland»), verkauft werden?

De lege lata hat die Rekurskammer des Strafgerichts des Kantons Basel-Stadt diese Frage zunächst verneint. Dies gestützt auf einen Entscheid aus dem Jahre 2009, welcher, im Wesentlichen basierend auf BGE 89 I 49, festlegte, dass mindestens eine Phase des manuellen Herstellungsprozesses des Produkts in der Schweiz stattfinden muss, damit die Voraussetzungen gemäss Art. 48 MSchG erfüllt sind.

Diesem Entscheid, der nicht weitergezogen wurde, hat das Strafgericht des Kantons Basel-Stadt mit seinem späteren Entscheid vom 11. September 2012 widersprochen. Dieser Entscheid konzentriert sich auf den Begriff «wesentliche Eigenschaften» und hält fest, dass diese wesentlichen Eigenschaften im Falle von Kosmetikprodukten durch Forschung und Entwicklung erlangt werden, nämlich jene Aktivitäten, die in casu in der Schweiz vorgenommen wurden. Das Gericht befand weiter, dass die Tatsache, dass der «eigentliche» (manuelle) Herstellungsprozess der zu beurteilenden Produkte ausschliesslich im Ausland stattfand, der Beurteilung der Schweizer Herkunft der Produkte nicht entgegensteht.

De lege ferenda, unter Anwendung der Swissness-Vorlage, erscheint es wahrscheinlich, dass der Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits gleich wie der Entscheid der Rekurskammer des Strafgerichts des Kantons Basel-Stadt aus dem Jahre 2009 sein wird, weil Art. 48c Abs. 4 der Vorlage vorsieht, dass eine bedeutende Phase des «eigentlichen» Herstellungsprozesses des Produkts zwingend in der Schweiz stattfinden muss, um eine tatsächlich physische Verbindung zwischen dem Produkt und der Schweiz zu erhalten.