

Mémoire de réponse

adressé à

la 1^{ère} Cour de droit civil du Tribunal fédéral

par

Jil Tratsch et Kultart SA

Représentées par la team n°4 du Swiss Moot Court

contre

Henry Tank et Pro Arte Basel

Représentés par X.

concernant

le jugement de la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville

Team 4

(Langue maternelle française)

RECOMMANDE

Tribunal fédéral

1^{ère} Cour de droit civil

29, Av. du Tribunal fédéral

Case postale, 1000 LAUSANNE 1

XX, le 19 novembre 2012

Madame la Présidente,
Mesdames et Messieurs les juges,

Au nom et par mandat de Mme Jil Tratsch et de la société Kultart SA, intimés, nous avons l'honneur de vous adresser le présent mémoire de réponse dans la cause Jil Tratsch/ Kultart SA contre Henry Tank/ Pro Arte Basel.

I. Conclusions

Mme Jil Tratsch et la société Kultart SA concluent à ce qu'il plaise au Tribunal Fédéral :

1. Confirmer le jugement du Tribunal d'appel de Bâle-Ville,
2. Rejeter les demandes de M. Henry Tank et de l'association Pro Arte Basel,
3. Condamner M. Henry Tank et l'association Pro Arte Basel aux dépens de l'instance, comprenant une participation équitable aux frais d'avocat des intimés.

II. Recevabilité

Les défenderesses ne contestent pas la recevabilité du recours en ce sens qu'il en remplit toutes les conditions.

III. Problèmes liés à l'application de la LCD

A. La primauté de l'art. 17 Cst. sur l'art. 3 LCD

Comme l'a retenu à juste titre la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville, le droit à la liberté d'expression prime celui découlant de la concurrence déloyale. En effet, selon l'art. 16 Cst. la liberté d'opinion et d'information sont garanties de façon générale. De manière plus spécifique, l'art. 17 Cst. érige la liberté des médias au rang de droit fondamental. La notion de médias est à interpréter de façon large : sous la dénomination « autres formes de diffusion », le législateur a voulu étendre cette liberté aux nouveaux moyens de communication (présents et futurs) dont Internet fait partie¹. En l'espèce, Mme Tratsch étant journaliste indépendante et faisant partie des professionnels sélectionnés par la société Kultart SA pour publier des articles sur son site internet, l'art. 17 al. 2 Cst. lui confère le droit d'exprimer ses opinions au travers de son travail et interdit tout contrôle d'une autorité sur le contenu de celui-ci².

De tous temps, la liberté de la presse a été reconnue comme l'un des piliers d'une société qui se veut démocratique. Il s'agit d'ailleurs d'un principe déjà consacré en 1789 à l'article XI de la Déclaration des droits de l'homme ainsi qu'en 1798 à l'article 7 de la Constitution de la République helvétique. En effet, au XVIIIème siècle déjà, la liberté d'exprimer son opinion dans une société était le signe d'une démocratie vivante et en bonne santé³ : Châteaubriand lui-même décrivait la liberté de la presse comme « celle de nos libertés qui les vaut toutes », tandis que Montesquieu la considérait comme inhérente à un régime démocratique.

Le Tribunal fédéral, au travers de sa jurisprudence, tend à confirmer l'importance et la nécessité d'une presse libre, critique et indépendante⁴. Cette démarche apparaît cohérente dans un contexte socio-culturel toujours plus enclin à favoriser les libertés individuelles. C'est pourquoi l'application de la LCD aux médias constituerait un pas en arrière dans l'évolution de notre démocratie. Par ailleurs, lors de la révision de la LCD (contrairement à celle du CC en 1983), le parlement fédéral ne visait pas les médias⁵ : sa possible application à ces derniers ne prend pas en compte la nécessité d'une presse libre dans le maintien d'un débat public critique sur des questions d'ordre économique

¹ AUBERT / MAHON, p. 163.

² ZÖLCH / ZULAUF, p. 28.

³ CHAPPUIS, n° 132.

⁴ ATF 137 I 8, JdT 2011 I 117 ; ATF 137 I 209 (non traduit): „Vielmehr hat der ungehinderte Fluss von Informationen und Meinungen in einem demokratischen Rechtsstaat eine wichtige gesellschaftliche und politische Bedeutung.“ ;

⁵ BARRELET, p. 454.

et culturel⁶. C'est donc avec un malaise certain que ces médias se voient menacés dans leur liberté d'expression par une loi aux desseins exclusivement économiques.

Pour une partie de la doctrine, l'application de la LCD aux médias est comparable à une épée de Damoclès sur la tête des journalistes⁷ et serait malheureusement apte à engendrer une autocensure de ces derniers⁸. Il convient donc d'interpréter la LCD de manière conforme à la liberté des médias et de n'admettre que de manière restrictive et scrupuleuse l'application de cette loi à ces derniers. De plus, cette restriction fondée sur la LCD ne visant en réalité que les critiques négatives ou déplaisantes, les médias seraient censés se contenter de flatter ou tout du moins se cantonner à l'hypocrisie du politiquement correct : en effet, jusqu'ici la flatterie abusive ou l'éloge fanatique ne constituent pas un acte répréhensible et à l'inverse de l'allégation inutilement blessante, l'allégation inutilement laudative est un concept ignoré par la LCD⁹.

B. L'art. 10 CEDH : protection supplémentaire de la liberté d'expression

La liberté d'expression est également garantie par la CEDH en son article 10. Ce dernier se compose de deux alinéas. Le premier énonce le principe fondamental de la liberté d'opinion et de la liberté de recevoir et de communiquer des informations, et cela, sans qu'il y ait ingérence des autorités publiques. En effet, selon la jurisprudence de la CourEDH: « la liberté d'expression vaut non seulement pour les informations, les idées accueillies avec ferveur [...] mais aussi pour celles qui heurtent, choquent [...] une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique»¹⁰. Le deuxième alinéa, quant à lui, fixe les limites dans lesquelles l'Etat peut malgré tout restreindre cette liberté.

Il s'agit ainsi de déterminer si la protection d'une concurrence loyale est un motif suffisamment pertinent au sens dudit alinéa 2 qui énumère les situations dans lesquelles une atteinte à la liberté d'expression est admissible. Cette énumération est par ailleurs exhaustive¹¹. Cependant, avant de déterminer si, en l'espèce, la restriction est susceptible d'être couverte par l'une ou l'autre de ces

⁶ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, p. 283.

⁷ NZZ Felber, p.12.

⁸ ZÖLCH / ZULAUF, p.106 : « Il en résulte un risque « d'autocensure » voire de report sur la presse d'une fonction de police du droit de la concurrence. » ; NZZ Heinrich, p.15 : Peter Heinrich qualifie la LCD de *Presse-Maulkorb*. ; CHAPPUIS, p. 194.

⁹ CHAPPUIS, p. 202.

¹⁰ Handyside c/Royaume-Uni.

¹¹ LECLERC, p. 111.

hypothèses, il faut se demander si cette restriction est nécessaire dans une société démocratique¹². Selon la jurisprudence de la CourEDH¹³, l'adjectif « nécessaire » au sens de l'al. 2 implique un « besoin social impérieux ». La vérification de ce critère de nécessité implique d'effectuer une pesée des intérêts en présence¹⁴.

In casu, la restriction de la liberté d'expression de Mme Tratsch serait disproportionnée, les intérêts en présence étant, d'une part, le droit fondamental de l'intimée de s'exprimer afin d'accomplir son métier sans risquer une censure des autorités et, de l'autre, l'intérêt du recourant, M. Tank, à ne pas voir ses œuvres critiquées par les médias. La disproportion créée par une restriction à la liberté d'expression en faveur de la protection de la concurrence loyale a d'ailleurs déjà été condamnée par les juges strasbourgeois dans l'arrêt Hertel : ils ont estimé que la Suisse avait violé l'art. 10 CEDH en se rendant coupable d'une atteinte à la liberté d'expression ne répondant pas à un besoin impérieux. Même si la Cour a admis que la Suisse dispose d'une certaine marge d'appréciation en matière commerciale, et notamment dans le domaine de la concurrence, il y a lieu de la relativiser dès lors que la participation d'un individu à un débat touchant l'intérêt général, comme la santé publique, est en jeu¹⁵. Dans le cas d'espèce, l'intérêt général à conserver un débat ouvert dans le domaine de l'art est pertinent : l'art se nourrit de l'intérêt qu'il suscite. Une œuvre dont on ne parle pas est une œuvre qui n'existe pas. De plus, la CourEDH apparaît très soucieuse des droits du journaliste¹⁶ en général. Elle affirme d'ailleurs que « la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation¹⁷ ». Ainsi, elle fait primer la nécessité de l'information¹⁸. Elle précise même dans un arrêt¹⁹ que « le pouvoir d'appréciation national se heurte à l'intérêt démocratique à assurer et maintenir la liberté de la presse ». La Cour soutient donc que la protection d'un débat libre dans les métiers des médias est d'intérêt général dans une société démocratique. La mesure de restriction n'étant pas proportionnée, elle constituerait une violation de l'art. 10 CEDH.

¹² ATF 125 III 185 (Hertel) ; JdT 2000 I 232 (trad.)

¹³ *Idem*.

¹⁴ MARTENET, p. 223.

¹⁵ VARONE / WERRO, p. 182.

¹⁶ LECLERC, p. 123.

¹⁷ Willem c. France.

¹⁸ LECLERC, p. 123.

¹⁹ Jersild c/Danemark.

C. Non-application de l'article 3 LCD au cas d'espèce

A titre subsidiaire, si par impossible le Tribunal fédéral venait à nier la primauté de la liberté des médias garantie par l'art. 17 Cst et l'art. 10 CEDH sur la LCD, on ne pourrait, de toute manière, pas retenir l'application de la LCD au cas d'espèce. Les propos de Mme Tratsch n'en remplissent pas les conditions. En effet, selon l'art. 3 litt. a LCD, se rend coupable de concurrence déloyale celui qui dénigre autrui, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes(i), fallacieuses(ii) ou inutilement blessantes(iii). Or les allégations de Mme Tratsch n'entrent dans le champ d'application d'aucune de ces trois qualifications.

(i) Tout d'abord, ses propos ne peuvent pas être qualifiés d'inexactes étant donné qu'il faut entendre par allégations inexactes celles dont le caractère contraire à la vérité peut être établi objectivement²⁰. Dans le cas d'espèce, les allégations de l'intimée portent sur une œuvre artistique. L'art est par essence et par définition un domaine où la subjectivité est la règle. On ne peut de ce fait établir objectivement si Mme Tratsch dit la vérité car la vérité absolue n'existe pas dans ce domaine : il existe autant de vérités que de spectateurs. On pourrait certes se baser sur des critères purement techniques afin « d'objectiver » la qualité d'une œuvre mais, une fois encore, en l'espèce, l'exercice se révèle difficile voir illusoire. L'installation de M. Tank consistant en une benne à ordures, la technicité fait ici vraisemblablement défaut.

(ii) Il en va de même pour ce qui est de la qualification d'allégations fallacieuses. Mme Tratsch n'a pas pu faire apparaître sous une fausse lumière l'œuvre de M. Tank car, comme expliqué précédemment, dans le domaine subjectif de l'art, il n'y a pas de « vraie ou de fausse lumière » mais uniquement des opinions. Il appartient à chacun de se forger la sienne. Le lecteur moyen d'une critique artistique ne s'attend pas à ce que le journaliste lui dise ce qu'il doit aimer ou ce qu'il doit détester. Dans certains cas, l'avis du journaliste correspondra aux goûts du lecteur et décrira l'œuvre telle qu'il la voit, d'autres fois non.

(iii) Enfin, la qualification d'inutilement blessantes ne peut pas non plus être retenue s'agissant des allégations de Mme Tratsch. En effet, par cette notion on entend une allégation qui outrepassa de loin son but, qui est totalement hors contexte ou qui est subjective, insoutenable²¹. Comme déjà relevé ci-avant, la subjectivité étant inhérente à l'appréciation d'une œuvre, il serait également malaisé de déterminer si une opinion particulière est plus insoutenable qu'une autre. D'autre part,

²⁰ TROLLER, p. 350.

²¹ Ibidem.

cette répression de la critique à sens unique est faussée dès lors qu'un avis trop élogieux ne se verra jamais poursuivi sous l'angle de la LCD²².

Il reste donc à déterminer si les propos de l'intimée Mme Tratsch outrepassent de loin leur but ou si ces derniers sont totalement hors contexte. Le but d'une critique d'art est de permettre le débat public au sujet d'une œuvre. Pour qu'il y ait débat, cela suppose une palette d'avis allant du très flatteur au très incisif. En choisissant d'exposer des ordures, Henry Tank ne pouvait pas ignorer que cela choquerait et amènerait forcément des critiques aussi provocantes que son travail lui-même. Un artiste, en présentant ses œuvres au grand public, s'expose inévitablement au jugement de ce dernier et par cet acte, en accepte les conséquences : *volenti non fit injuria*. Cela est d'autant plus vrai en ce qui concerne l'art contemporain en général et les œuvres de M. Tank en particulier, qui ont vocation avouée de bousculer, voire de heurter l'esprit du spectateur dans le but, elles aussi, d'amener un débat contradictoire. C'est donc dans un contexte de débat d'ores et déjà amorcé par M. Tank lui-même que viennent s'insérer les propos de Mme Tratsch. On ne peut dès lors pas les qualifier d'hors contexte ou les juger comme outrepassant leur but.

Les propos de Mme Tratsch ne pouvant revêtir aucune des trois qualifications juridiques alternatives décrites ci-avant, l'intimée ne s'est pas rendue coupable de dénigrement au sens de l'article 3 litt. a LCD.

Il en va de même en ce qui concerne la publicité comparative décrite à l'article 3 litt. e de la même loi. En effet, les critères relatifs au dénigrement sont repris et appliqués à la comparaison qui présente toutefois une condition alternative supplémentaire : la comparaison parasitaire. Elle ne rentre pas en ligne de compte en l'espèce, Mme Tratsch n'attribuant pas des caractéristiques de l'œuvre de M. Tank aux œuvres de Coco Zen²³.

A l'instar des allégations, les comparaisons dans le domaine artistique peuvent difficilement se voir qualifiées d'inexactes, de fallacieuses ou d'inutilement blessantes *in casu*. Mme Tratsch a rédigé son article à l'occasion de l'exposition Bâle | ART dans l'idée de parler des nouveautés en matière d'art contemporain, il était donc pertinent qu'elle donne son avis au sujet de plusieurs artistes. Ces derniers, en participant à une exposition de l'envergure de Bâle | ART, doivent être conscients que leur travail va se retrouver confronté à celui de leurs homologues et qu'*ipso facto*, ils s'exposent à la comparaison des spectateurs. Les réactions, dans le cadre et le contexte d'une telle exposition, étant aussi variées que les œuvres les ayant suscitées, il est légitime que cette variété transparaît dans l'article de Mme Tratsch qui se veut un point de vue sur ladite exposition.

²² CHAPPUIS, p. 202.

²³ TROLLER, p. 344.

Ni les conditions de l'article 3 litt. a LCD ni celles de l'article 3 litt. e LCD n'étant remplies, l'intimée ne peut s'être rendue coupable d'atteinte à la concurrence loyale.

D. La clause générale de l'art. 2 LCD

A titre plus subsidiaire encore, toujours si par impossible, le Tribunal Fédéral venait à admettre l'application de l'art. 3 litt. a ou e LCD, encore faudrait-il que les deux conditions cumulatives contenues dans la clause générale de l'article 2 LCD soient remplies : le comportement doit premièrement contrevenir aux règles de la bonne foi et deuxièmement, influencer sur les rapports de concurrence²⁴. L'une de ces conditions fait défaut en l'espèce. S'il a été admis par la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville que l'article puisse déployer des effets négatifs, il est contesté en revanche que le comportement de Mme Tratsch ait contrevenu aux règles de la bonne foi. A ce sujet, les principes développés à l'article 2 CC sont également applicables à la LCD²⁵. De ce fait, les comportements qui ne vont pas à l'encontre de la bonne foi et qui ne sont pas qualifiables d'abusifs ne sont pas déloyaux²⁶. Dans son message relatif à la LCD²⁷, le Conseil fédéral estime par ailleurs que le juge peut s'appuyer sur des critères relatifs à la morale des affaires ainsi que sur des critères relevant de notre système politico-économique.

Concernant la morale des affaires, Mme Tratsch qui ne participe pas directement à la concurrence économique, ne peut pas se voir reprocher un manque de bonne foi relevant de ce domaine. En tant que tiers, Mme Tratsch doit cependant respecter la bonne foi au sens des règles qui assurent le bon fonctionnement de la concurrence en générale²⁸. Ces règles sont respectées en l'espèce : Mme Tratsch se contente d'effectuer son travail de journaliste. N'ayant aucun intérêt économique à encenser ou à critiquer un artiste plutôt qu'un autre, elle ne fait qu'exprimer un jugement personnel en toute franchise. Au contraire, si elle s'était forcée à ne jamais de n'émettre jamais de critique négative envers une œuvre, Mme Tratsch aurait alors effectivement contrevenu aux règles de la bonne foi, en mentant délibérément.

²⁴ BARRELET, p. 456.

²⁵ RSJ 1994, p. 178.

²⁶ EBERHARD, p. 41.

²⁷ FF 1983 II p. 1037.

²⁸ EBERHARD, p. 121.

E. Dommages et intérêts

Plus subsidiairement enfin, si par impossible le Tribunal fédéral venait à déclarer Mme. Tratsch coupable de concurrence déloyale au sens des articles 2 et 3 LCD, il ne saurait raisonnablement être exigé d'elle qu'elle s'acquitte du montant de 50'000 fr. faisant l'objet des conclusions prises par le recours de M. Tank.

En effet, l'article 9 al. 3 LCD renvoie aux dispositions du code des obligations. *In casu*, c'est l'article 41 CO concernant les conditions de la responsabilité extracontractuelle qui s'appliqueraient pour définir s'il y a eu dommage et, dans l'affirmative, si l'intimée est tenue de le réparer. Selon cette disposition, les conditions cumulatives fondant la responsabilité sont un acte illicite, un préjudice, un lien de causalité ainsi que l'existence d'une faute.

La faute consiste dans « le manquement à la diligence que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'auteur dans les circonstances de temps et de lieu où il s'est trouvé »²⁹. Le juge doit donc adapter la norme de comportement qui s'impose au contexte au cas d'espèce³⁰. Or, *in casu*, Mme Tratsch a exercé son métier de journaliste dans un contexte de provocation voulu par l'artiste lui-même. Les circonstances rendant donc le comportement de Mme Tratsch suffisamment raisonnable, la faute ne peut être retenue. Les recourants n'ont pas non plus démontré que la journaliste avait violé les règles éthiques de sa profession.

Pour qu'un rapport de causalité soit établi entre le comportement et le préjudice, il faut que ce rapport réunisse deux aspects : celui de la causalité naturelle et celui de la causalité adéquate. La causalité naturelle est une question de fait, elle existe lorsque le comportement dommageable est une condition *sine qua non* à la survenance du préjudice³¹. Au vu de ce qui a été dit plus haut, il paraît déjà douteux de qualifier l'article de Mme Tratsch de condition naturelle nécessaire à la survenance du dommage. Toutefois, dans l'hypothèse où l'on devait admettre la causalité naturelle, la causalité adéquate ferait, quant à elle, de toute façon défaut. En effet, cette dernière existe si, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, elle est propre à entraîner un effet du genre que celui qui s'est produit³².

In casu, selon le cours ordinaire des choses, un article isolé ne suffit pas à faire ou à défaire le succès d'une œuvre. Bien au contraire, nombre d'œuvres décriées par la critique se sont révélées de

²⁹ WERRO, p. 79.

³⁰ *Idem*, p. 80.

³¹ ATF 133 III 462 ; JdT 2009 I 47 (trad.).

³² ATF 129 II 312 ; JdT 2006 IV 35 (trad.).

véritables succès populaires. L'existence d'un lien effectif entre le comportement et le préjudice ne peut donc pas être valablement établi en terme de causalité adéquate au sens de l'article 41 CO.

Le rapport de causalité tant naturelle qu'adéquate ne peut raisonnablement être établi dans le cas d'espèce : le marché de l'art contemporain est fluctuant et il est malaisé d'affirmer si un artiste à la mode sera toujours prisé la saison prochaine ou se verra reléguer aux oubliettes. On ne peut donc pas établir de façon certaine, sur la base du chiffre des ventes des précédentes collections de M. Tank, que ce dernier pouvait s'attendre à rencontrer le même engouement cette année. Plusieurs facteurs sont susceptibles de rentrer en jeu dans le succès que rencontre ou non un artiste : la tendance artistique du moment, la situation économique en général, et surtout la qualité des œuvres de ce dernier. Ce n'est pas parce qu'il fût un temps où le travail de M. Tank a pu être apprécié, que ses dernières créations dûssent forcément plaire par la suite. Aujourd'hui, l'œuvre dont il est question en l'occurrence étant une benne à ordures, il faut admettre la possibilité que cette dernière ne fasse pas l'unanimité. Partant, on ne peut raisonnablement établir que l'article de Mme Tratsch, qui constitue un avis parmi tant d'autres, est à l'origine du plus faible chiffre d'affaire généré par M. Tank et doive de ce fait répondre de ce manque à gagner. De la même façon, qu'aucun journaliste qui aurait fait l'éloge d'une œuvre ne se voit, en cas de vente fructueuse pour l'artiste, bénéficier d'un pourcentage du gain.

En l'absence de deux des conditions nécessaires à l'établissement de la responsabilité de l'intimée (la faute et le lien de causalité), cette dernière ne doit pas réparer le dommage subi par M. Tank.

IV. Le droit d'auteur

A. L'exception des reportages sur les événements d'actualité

Le recourant Henry Tank reproche à la défenderesse Jil Träsch d'avoir pris des photographies non-professionnelles de son installation « Müll | tank | er » dans le cadre de l'exposition organisée par l'association Pro Arte Basel, arguant que ces photos ne mettent pas en valeur sa propre vision artistique de son œuvre. Il demande ainsi que celles-ci soient enlevées du portail blog.

Le titulaire du droit d'auteur a un droit exclusif sur son œuvre et par conséquent sur son utilisation, plus particulièrement sur son droit de reproduction. Ce droit est absolu et consacré par l'art 10 al. 2 l. a LDA³³. Ce droit vise toute reproduction de l'œuvre de l'auteur sous forme de matériel durable, comme dans notre cas sous forme de photographie.

Néanmoins, il existe certaines exceptions permettant de passer outre l'assentiment de l'auteur dans l'idée d'effectuer de tels exemplaires de l'œuvre. La restriction nous intéressant présentement est l'obligation d'admettre les revues de presses faisant suite à des événements d'actualité couverts par un journaliste³⁴.

Cette exception est établie par l'art. 28 LDA et protège la liberté d'information de la presse et le travail des médias. En effet, cette disposition autorise le journaliste à reproduire des œuvres actuelles et à intégrer cette reproduction au compte rendu effectué dans le cadre professionnel. Les titulaires de cette restriction sont les médias eux-mêmes, ainsi que toute personne travaillant en leur sein et titulaires de droits³⁵. Mme Tratsch, agissant en sa qualité de journaliste indépendante et employée par Kultart SA, en devient ainsi une titulaire légitime. La défenderesse fait partie des quelques autorisés à pouvoir publier sur le portail blog mis à disposition, et dans ce but précis, par Kultart SA.

L'art. 28 al. 1 LDA précise dans son contenu que : « Pour les besoins de comptes rendus d'actualité, il est licite d'enregistrer, de reproduire, de présenter, d'émettre et de mettre en circulation ou, de quelque autre manière, de faire voir ou entendre les œuvres vues ou entendues lors de l'événement présenté ».

En effet, cette exception permet de garantir une liberté d'information, force du caractère médiatique, et ainsi éviter de soumettre un journaliste à l'obligation d'obtenir l'autorisation de

³³ BARRELET / EGLOFF, art. 10 LDA, n° 12.

³⁴ BARRELET / WERLY, n° 621.

³⁵ BARRELET / EGLOFF, art. 28 LDA, n° 1.

l'auteur de l'œuvre lorsque celui-ci couvre des événements d'actualité. Ce serait contrevenir aux libertés fondamentales du monde médiatique.

Il n'est pas sans dire que les photographies prises par la défenderesse tombent effectivement sous le coup du droit exclusif de l'auteur de confectionner des exemplaires de l'œuvre, mais dans notre affaire, l'intimée avait, de par la loi, la possibilité d'effectuer cette reproduction sans obtenir l'assentiment d'Henry Tank.

Il nous reste alors à examiner si les diverses conditions requises par l'art. 28 LDA sont respectées :

Premièrement, cette exception n'est autorisée que pour les besoins de compte rendus sur des événements actuels. Comme explicité précédemment, Mme Tratsch, agissant pour son compte en sa qualité de journaliste indépendante, a publié son article ainsi que ses photographies sur l'espace de blog de Kultart directement après la visite de l'exposition. Ces photographies ayant été prises dans le cadre de l'exposition, elles s'inscrivent bel et bien dans le cadre d'un événement actuel. De même, la seconde condition permettant l'application de cette restriction, à savoir la nécessité que les œuvres utilisées aient été vues lors de l'événement présenté, se retrouve ainsi remplie par la visite de la journaliste à l'exposition Bâle | ART.

En faisant abstraction de ce premier point, Henry Tank fait valoir que les photographies non-professionnelles effectuées par la défenderesse ne rendent pas honneur à son œuvre et la décrédibilise. Il est vrai que cette photo a été prise de sans qu'il y'ait une recherche dans la pose ou encore dans la luminosité, mais elle n'a pour conséquence que de montrer un public flou. L'entier de l'œuvre, et donc le principal élément reconnu ici, n'est en rien entaché par ce désagrément.

Nous pouvons ainsi conclure à l'application de l'exception au droit d'auteur établie par l'art. 28 LDA et donc à l'exemption de toute violation des droits d'Henry Tank par l'intimée Jil Tratsch.

B. L'utilisation des reproductions numériques de l'œuvre

i. Le caractère d'œuvre protégée des photographies de Pro Arte Basel

Il nous faut déterminer si ces photographies tombent réellement sous le joug de la propriété intellectuelle ; en effet les photographies d'une œuvre n'en ont pas irrémédiablement le caractère. Comment pourrait-on reconnaître une protection là où l'art. 2 LDA ne peut pas s'appliquer faute d'individualité ?

Une photographie est reconnue en tant qu'œuvre précisément lorsque son auteur use d'un effort intellectuel et donc, de la création. Le photographe doit donc disposer d'une certaine liberté de décision autant esthétique qu'intellectuelle³⁶.

Selon l'art. 2 LDA, trois conditions cumulatives sont nécessaires à la protection d'une œuvre : « Par œuvre, qu'elle qu'en soit la valeur ou la destination, on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel. ». C'est en développant ces critères que nous démontrerons pourquoi les photographies employées par Mme Tratsch ne peuvent correspondre à l'appellation d'œuvre protégée.

Premièrement, une œuvre doit être une création de l'esprit. Ce critère est amplement rempli, sachant que l'auteur de ces photographies est une personne physique, dont la volonté humaine a décidé du résultat. C'est donc le fruit d'un travail effectué par le photographe.

Deuxièmement, les photographies rentrent dans la dénomination de l'art. 2 al. 2 l.j g en tant qu'œuvre photographique. Nous nous accordons donc également sur ce critère.

Néanmoins, le dernier et plus complexe des critères à observer est celui de l'individualité de l'œuvre, aussi appelée unicité statistique³⁷. L'existence de ce caractère ne dépend en rien de l'individualité du sujet photographié, mais bien plus des caractéristiques de la photo³⁸; « l'individualité se distingue de la banalité ou du travail de routine; elle résulte de la diversité des décisions prises par l'auteur, de combinaisons surprenantes et inhabituelles, de sorte qu'il paraît exclu qu'un tiers confronté à la même tâche ait pu créer une œuvre identique.»³⁹. On ne peut donc accorder une protection juridique à la photographie sur le seul critère que celle-ci porte sur le caractère unique de l'objet en question.

Suite à aux affirmations du Tribunal fédéral, force nous est de constater qu'une simple photographie dédiée à un catalogue en ligne ne convainc en rien de son individualité. Il semblerait que n'importe quel auteur, engagé par l'association Pro Arte Basel, qui eût usé de son appareil afin d'obtenir une photographie de l'œuvre d'Henry Tank puisse arriver au même résultat. Le photographe avait ici l'intention d'effectuer une photographie afin de, non pas créer une œuvre originale, mais exécuter une copie conforme de l'œuvre en question pour que celle-ci fasse partie de la galerie du site de la partie demanderesse.

³⁶ TROLLER, p. 147.

³⁷ KUMMER; ATF 130 III 168 ; JdT 2004 I 285 (trad.).

³⁸ ATF 130 III 714 ; JdT 2004 I 281.

³⁹ ATF 136 III 225 (non traduit).

De même, nous avons ainsi rejoint le point de vue d'Aloïs TROLLER. Selon lui, le critère à prendre en compte de façon primordiale est l'unicité statistique de la réalisation de la photo, et non l'existence d'un événement ou d'une chose. Ainsi, seules les oeuvres individuelles sont protégées et non les simples photographies que d'autres réussiraient à faire, se basant sur le même sujet, photographies que l'on pourrait qualifier de « banales » dans ce cas précis.⁴⁰

Ces photographies ne présentent donc aucune individualité, car, rappelons-le, il ne suffit pas que le sujet représenté ait en lui-même une force individuelle et soit reconnu en tant qu'œuvre pour que la photographie en ait la même essence. Le point culminant de l'œuvre doit résider en la prise en considération des circonstances implicites à la création de l'œuvre et du caractère personnel de celle-ci.

ii. L'exception des catalogues d'exposition et des musées

Il ressort du précédent paragraphe que la qualité d'œuvre ne peut être accordée aux photographies mise en ligne par la recourante dû au manque d'individualité de celles-ci, critère fondamental à leur protection. Il nous reste tout de même à examiner si ces photographies ne tomberaient pas sous l'exception des catalogues d'expositions, permettant à Pro Arte Basel de réaliser cette galerie sans avoir à obtenir l'assentiment des artistes et protégeant par la même occasion ces photos. Cette exception est érigée par l'art. 26 de la loi sur le droit d'auteur.

La doctrine s'efforce de démontrer que ces catalogues ne sont en rien des ouvrages véritablement indépendants⁴¹ et que l'exception de l'art. 26 LDA n'a pour finalité aucune cession de droits d'auteur. La loi ne leur accorde que la possibilité de reproduire ces œuvres et de les rassembler en un catalogue dédié au public, et qui se veut le complément de l'exposition.

Malgré tout, cette exception ne peut être étendue au site internet, comme relevé par DESSEMONTET⁴², et plus précisément au catalogue du site régi par Pro Arte Basel. En effet, les critères requis pour son application ne sont pas réunis dans ce cas particulier ; le public doit pouvoir trouver accès aux collections reproduites dans le catalogue. Or, rappelons que l'exposition de Bâle | ART ne dure qu'une dizaine de jours. L'accès physique aux œuvres, condition à l'application de cette restriction, n'est donc effectué que durant ce court laps de temps. Il en suit que cette exception ne trouve application dans cette affaire, l'exposition étant à présent terminée. Pro Arte Basel n'a, en définitive, aucun droit à faire valoir sur ces photographies en vertu de la loi.

⁴⁰ TROLLER, p. 387.

⁴¹ BARRELET / EGLOFF, art. 26 n° 1.

⁴² DESSEMONTET, p. 366s.

On ne peut en effet leur reconnaître le caractère d'œuvre, comme explicité plus haut, ni leur accorder cette protection spéciale des catalogues d'expositions de l'art 26 LDA.

Sur ce point, nous nous accordons donc à nier toute éventuelle infraction au droit d'auteur perpétrée par l'intimée Jil Tratsch, étant donné qu'un tel catalogue ne saurait être conforme au droit, bien que la doctrine pense à élargir cette exception aux sites internet⁴³.

iii. L'accès libre aux photographies en ligne

La défenderesse, Mme Tratsch, a effectivement téléchargé les photos depuis le catalogue en ligne de l'association Pro Arte Basel. Le contenu était alors libre d'accès à tout public. Aucune restriction n'entravait la visualisation de ces reproductions, ni leur téléchargement.

Cette histoire n'ayant pas de précédent en Suisse, référons-nous à une affaire de la jurisprudence française : le cas de Studio V. et Claude V. contre Société B. Frères. Dans cet arrêt, la défenderesse avait reproduit des photographies réalisées par les recourants sur un site Internet. Pour elle, cette reproduction n'était en rien illicite, vu qu'elle détenait le support matériel des photographies. Néanmoins, le Tribunal a décrété que le propriétaire de ce même support matériel ne pouvait prétendre aux droits intégrés aux œuvres. En effet, la cession des droits sur le support, comme il en est dans notre affaire, n'amène pas forcément la cession des droits sur les œuvres incorporées⁴⁴.

C'est en ce dernier point que la partie demanderesse peut en tout point dénier une violation des droits d'auteur. En effet, comme démontré plus haut, ériger un catalogue en ligne grâce à l'exception de l'art. 26, alors même que celle-ci, à notre sens, ne peut s'appliquer, ne provoque aucune cession des droits sur les œuvres au bénéfice de l'association Pro Arte Basel. Comment la recourante pourrait-elle se retrouver légitimée à réclamer des dommages et intérêts concernant une hypothétique violation du droit d'auteur alors qu'elle n'est pas titulaire de ces droits ?

Si l'on prend exemple sur la jurisprudence française, détenir le support matériel contenant les photographies ne donne aucune légitimité à l'association de revendiquer des droits qu'elle n'a jamais obtenus, faute d'une quelconque reconnaissance de la cession du droit d'auteur dont Henry Tank est le titulaire.

Dans le cas où la Cour n'accepterait pas l'exception de l'art. 26 pour les catalogues sur Internet, l'association Pro Arte Basel se retrouverait dans une position des plus malsaines. En effet, ayant photographié l'œuvre d'Henry Tank se croyant sous la protection de cette restriction alors qu'il

⁴³ RENOLD, p. 83.

⁴⁴ GILLIÉRON, n° 351.

n'en est rien, elle aurait exploité des reproductions de l'œuvre sans en avoir le droit, conduisant ainsi à une violation des droits d'auteur dudit recourant.

C'est ainsi que nous pouvons conclure au rejet de toutes les prétentions d'Henry Tank et de Pro Arte Basel concernant une hypothétique violation du droit d'auteur par la défenderesse Jil Tratsch ainsi que Kultart SA.

Bibliographie

AUBERT Jean-François / MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich / Bâle / Genève 2003.

AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Berne 2006.

BARRELET Denis / EGLOFF Willi, *Le nouveau droit d'auteur – Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 3^e éd., Berne 2008.

BARRELET Denis / WERLY Stéphane, *Droit de la communication*, 2011 Berne.

BARRELET Jean-François, *Droit de la communication*, Lausanne 1998.

Carruzzo P. / Oberson P.-A. (édit.), *La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*, Lausanne 1988.

CHAPPUIS Fernand, *La lutte contre les actes de concurrence déloyale en droit pénal suisse – problèmes posés par l'application aux médias de la loi fédérale contre la concurrence déloyale*, Berne 1996.

DESSEMONTET François, *Concurrence déloyale – textes législatifs et répertoire des arrêts fédéraux et cantonaux*, Lausanne 1989.

DESSEMONTET François, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999.

EBERHARD Stefan, *LCD jurisprudence 1989-2001*, Lausanne 2002.

GILLIÉRON Philippe, *Propriété intellectuelle et Internet*, Lausanne 2003.

HEINRICH Peter, *Das UWG als Presse-Maulkorb ? Divergierende Meinungen von Juristen und Journalisten*, NZZ, 20.10.94, p. 15. (cité: NZZ Heinrich).

KUMMER Max, *Das urheberrechtlich schützbare Werk*, Berne 1968.

LECLERC Henri, *Le droit de la presse de l'an 2000 – actes du forum légipresse 30 septembre 1999*, Paris 2000.

MARTENET Vincent / HEINEMANN Andreas, *Droit de la concurrence*, Genève 2012.

MOREILLON Laurent, *Quelques facettes du droit de l'internet*, vol. II, Neuchâtel 2002.

RENOLD Marc-André, *Internet et le droit d'auteur*, in : SJ 2002 II p. 83.

TROLLER Aloïs, *Immaterialgüterrecht – Patentrecht, Markenrecht, Muster- und Modellrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht*, Bâle 1983-1985.

TROLLER Kamen, *Précis du droit suisse des biens immatériels*, 2^e éd., Bâle 2006.

VARONE Grégoire / WERRO Franz, *Chronique de la jurisprudence 2001/2002 – le droit civil de la personnalité*, Medialex 2003 p. 182 ss.

DE WERRA Jacques, *La protection juridique des contenus numériques et ses limites – l'application du droit d'auteur et du droit de la concurrence dans le cadre de l'édition en ligne*, in : Tissot N. (édit.), *Quelques facettes du droit d'internet – vol. III et IV*, 2003 Neuchâtel.

WERRO Franz, *La responsabilité civile*, Berne 2011.

Rapports

Message du Conseil fédéral du 18 mai 1983 à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 1983 II p. 1037ss.

Recueil officiel du Tribunal fédéral

ATF 125 III 185

ATF 129 II 312

ATF 130 III 168

ATF 130 III 714

ATF 132 III 122

ATF 133 III 462

ATF 136 III 225

ATF 137 I 8

ATF 137 I 209

Autres arrêts

Handyside c/Royaume-Uni (5493/72)

Jersild c/Danemark (15890/89)

Willem c. France (10883/05)