

# Mémoire de recours

Adressé à

La 1<sup>ère</sup> Cour de droit civil du Tribunal fédéral

Par

**Henry Tank**

&

**Pro Arte Basel**

Représentés par l'équipe n° 4 du Swiss Moot Court

Contre

**Jil Tratsch**

&

**Kultart SA**

Représentées par leurs mandataires, X

Concernant

Le jugement de la Cour d'appel du Tribunal cantonal de Bâle – Ville

**Team 4**

(Langue maternelle française)

**RECOMMANDE**  
Tribunal Fédéral  
1<sup>ère</sup> Cour civile  
29, av. du Tribunal fédéral  
Case Postale, 1000 Lausanne

Madame la Présidente,  
Mesdames et Messieurs les juges,

Au nom et par mandat de M. Henry Tank et Pro Arte Basel, nous avons l'honneur de vous adresser le présent recours en matière civile, à l'encontre du jugement de la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville en la cause Henry Tank & Pro Arte Basel contre Jil Tratsch & Kultart SA, représentés par l'équipe n° 4 du Swiss Moot Court.

## **I. Conclusions**

Les recourants Henry Tank et Pro Arte Basel concluent à ce qu'il

### **PLAISE AU TRIBUNAL FEDERAL**

#### **I. Formellement**

- 1) Déclarer recevable le présent recours.

#### **II. A titre de mesures provisionnelles**

- 1) Donner ordre à Kultart SA de retirer de ses publications, bases de données, archives ou tout autre support les œuvres photographiques protégées de Pro Arte Basel pour la durée du litige.
- 2) Signifier l'ordre donné sous chiffre 1) sous menace des peines prévues par l'article 292 CP qui dispose que « celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni d'une amende ».

### III. Au fond

#### Principalement

- 1) Admettre le recours.
- 2) Astreindre l'intimée Jil Tratsch à verser à Henry Tank la somme de Fr. 50'000.- avec intérêts à 5 % l'an dès le xx.06.2011 à titre de dommages et intérêts.
- 3) Interdire à Jil Tratsch toute utilisation actuelle et future des reproductions de l'œuvre d'Henry Tank.
- 4) Interdire à Jil Tratsch de tenir tout propos dénigrant, fallacieux ou inutilement blessant à l'égard de l'œuvre d'Henry Tank.
- 5) Signifier les interdictions données sous chiffres 2) et 3) sous menace des peines prévues par l'article 292 CP qui dispose que « celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni d'une amende ».
- 6) Astreindre aux intimées, solidairement entre elles, à verser à Pro Arte Basel la somme de Fr. 35'000.-- avec intérêts à 5 % l'an dès le xx.06.2011 à titre de dommages-intérêts.
- 7) Donner ordre à Kultart SA de retirer définitivement de ses publications, bases de données, archives ou tout autre support les œuvres photographiques protégées de Pro Arte Basel.
- 8) Signifier l'ordre donné sous chiffre 6) sous menace des peines prévues par l'article 292 CP qui dispose que « celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni d'une amende ».
- 9) Ordonner la publication, aux frais de Kulart SA, du présent arrêt sur le portail blog d'art [www.kunstheute.ch](http://www.kunstheute.ch) dont elle est propriétaire.
- 10) Mettre les frais judiciaires, arrêtés à Fr. \_\_\_\_\_, à la charge des intimées.
- 11) Condamner les intimées, solidairement entre elles, à verser aux recourants une indemnité de Fr. \_\_\_\_\_, à titre de dépens.
- 12) Fixer les frais et dépens de première / première et deuxième instance (s) et les mettre à la charge des intimées.
- 13) Communiquer le présent arrêt aux mandataires des parties à la procédure devant la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville.

### Subsidiairement

- 1) Admettre le recours.
- 2) Renvoyer la cause à la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
- 3) Mettre les frais judiciaires, arrêtés à Fr. \_\_\_\_\_, à la charge des intimées.
- 4) Condamner les intimées, solidairement entre elles, à verser aux recourants une indemnité de Fr. \_\_\_\_\_, à titre de dépens.
- 5) Communiquer le présent arrêt aux mandataires des parties et à la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville.

## II. RECEVABILITÉ

La cour civile du Tribunal Fédéral détient la compétence *ratione materiae* pour connaître des différends de droit privé (art. 72 al. 1 LTF). Par cette terminologie on entend l'ensemble « [d]es règles qui, indépendamment du domaine où elles s'appliquent et de leur raison d'être, ont pour objet les rapports entre [...] particuliers [...]»<sup>1</sup>.

Bien que l'on ne puisse inférer des conclusions des parties la nature du droit dont il est question ici<sup>2</sup>, les considérations suivantes semblent s'imposer :

Premièrement, le cas d'espèce implique l'existence d'une procédure contentieuse, dans la mesure où deux parties opposent des prétentions différentes sur un même objet<sup>3</sup>. Les difficultés supplémentaires posées par la détermination du droit dans le cas d'une juridiction gracieuse ne donnent donc pas lieu à débat<sup>4</sup>.

Secondement, il est utile de souligner que par nature, les dispositions en matière de protection de la propriété intellectuelle, et des droits d'auteurs en particulier, « [...] relèvent du droit privé »<sup>5</sup>. Et que par conséquent un litige relevant d'un tel domaine doit être portée devant une cour civile.

---

<sup>1</sup> DONZALLAZ, ad art. 72, n° 2078.

<sup>2</sup> Arrêt 2P\_136/2005 du 14.12.2005 consid. 3.1.1. np.

<sup>3</sup> HOHL, *Théorie générale*, n° 30.

<sup>4</sup> HALDY, p. 2.

<sup>5</sup> DONZALLAZ, ad art. 72, n° 2225.

De même, nonobstant l'ambivalence de la fonction, à la fois répressive au plan pénal, et protectrice au plan civil, des dispositions sur la concurrence déloyale (ci-après LCD), il nous semble évident que le cas d'espèce fait appel à une procédure contentieuse de droit privé.

Enfin, nous précisons à titre subsidiaire que l'exception d'irrecevabilité de l'art. 73 LTF n'entre pas en matière, dans la mesure où le présent différend ne s'inscrit pas dans l'hypothèse qui y est décrite.

La question de la légitimation active, à notre sens, ne pose pas de difficultés particulières. Premièrement, les demandeurs sont au bénéfice de la capacité d'ester en justice, celle-ci étant accordée aux personnes physiques (art. 11 CC) ainsi qu'aux personnes morales (art. 53 CC)<sup>6</sup> ayant l'exercice des droits civils (art. 67 CPC), sauf preuve du contraire laissée aux soins des défendeurs (art. 8 CC). Enfin, les demandeurs ont la qualité de parties (art. 66 CPC) dans la mesure où ils ont la jouissance des droits civils.

Quant aux conditions de recevabilité plus spécifiques, prises dans l'ordre choisi par la loi, nous nous pencherons en premier lieu sur la valeur litigieuse minimale (art. 74 LTF), la participation à la procédure devant l'autorité précédente (art. 76 al. 1 lit. a LTF) et enfin l'intérêt juridique personnel (art. 76 al. 1 lit. b LTF).

Sur la question de la valeur litigieuse, la loi (art. 74 LTF) exige que les prétentions des parties au litige atteignent un seuil minimal de 30'000.-. Cette condition *ratione valoris* fixe le principe du calcul de la valeur litigieuse en fonction des conclusions des parties<sup>7</sup>. Dans le cas présent, les prétentions cumulées des demandeurs atteignent 85'000.- (50'000.- à titre de dommages et intérêts au profit d'Henry Tank, 35'000.- à titre de dommages et intérêts au profit de l'association Pro Arte Basel).

Les demandeurs satisfont sans conteste la condition exigeant la participation aux procédures antérieures (art. 76 al. 1 lit. a LTF), s'étant constitués parties devant la cour de première instance. La troisième et dernière question, celle de l'intérêt, n'est, à notre sens, pas plus susceptible d'être sujet à controverse. A ce titre, la nécessité du caractère concret, légitime, actuelle, personnel et direct de l'intérêt des demandeurs est amplement satisfaite. En aucun cas la présomption de l'intérêt légitime consacrée à l'art. 81 LTF ne pourrait être renversée en l'espèce.

---

<sup>6</sup> HOHL, *Théorie générale*, n° 394.

<sup>7</sup> HALDY, p. 10.

La question de la recevabilité soulève un dernier point quant à la qualité des parties, et à plus forte raison la quantité. La consorité formelle simple en procédure civile est admise dès lors que les prétentions des parties «sont de même nature » et reposent sur « une cause matérielle et juridique [...] de même nature »<sup>8</sup>. Il nous semble fondé d'admettre que la situation présente correspond à une telle définition. Les prétentions des demandeurs existent par le même fait générateur de responsabilité des intimés, soit l'usage illicite de biens tombant sous la protection de la propriété intellectuelle (LDA), et la violation de dispositions sur la concurrence déloyale (LCD) par les mêmes actes, ou enchaînements d'actes en connexité directe.

Nous concluons à la recevabilité du présent recours.

### **III. Motifs**

#### **Prétentions en matière de concurrence déloyale**

##### **A. Liberté d'expression et concurrence déloyale**

Il convient dans un premier temps de nous pencher sur la question de la primauté de la liberté d'expression sur les dispositions de la LCD. Couverte par la liberté d'expression, la critique de Mlle Jil Trastch ne serait pas, selon la Cour d'appel, soumise aux limitations prévues par la LCD. Cette décision est selon nous erronée.

Dans cette perspective, nous expliciterons tout d'abord la nature du droit atteint par l'article critique et ses implications. Nous démontrerons dans un deuxième temps que la liberté invoquée par Mlle Tratsch peut être limitée par les droits de M. Tank.

Il est question de la liberté de commerce qui protège tout individu dans ses intérêts économiques. En tant que complément économique de la liberté personnelle, elle donne le droit d'exercer une profession, de manière libre et sans entrave infondée à l'épanouissement de la personne, dans son cadre professionnel. Elle est l'expression du principe de libéralisme de l'état, énoncé à l'article 94 Cst. Il défend le principe d'interventionnisme minimum dans les affaires d'autrui.

Dans le cadre de la concurrence entre acteurs du marché, la protection de la liberté de commerce et du principe qui le fonde est assurée par la LCD. La dite protection se traduit au travers du principe

---

<sup>8</sup> HOHL, *Théorie générale*, n° 394.

de l'article 1 LCD relatif au but de la loi : « La présente loi vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée. »

On observe dans le cas d'espèce que la qualité du travail et les intentions de M. Henry Tank, relatifs à la mise sur le marché de ses œuvres d'art, sont très vivement critiqués. Ces critiques, doublées de l'éloge d'un artiste concurrent, atteignent directement l'objet des échanges commerciaux de M. Tank. Ceux-ci constituent un revenu conséquent d'ordre professionnel. Ses intérêts économiques sont donc atteints. Mme Coco Zen exerce par ailleurs la même profession que M. Tank et met en vente ses œuvres dans la même galerie. Cette dernière et M. Tank se trouvent ainsi en situation de concurrence autant du point de vue fonctionnel que géographique. Le rapport de concurrence commerciale entre ces deux acteurs du marché de l'art est altéré par l'intervention de Mlle Tratsch.

Nous concluons à l'atteinte de la liberté de commerce de M. Tank en la forme d'une atteinte à son rapport de concurrence avec Mme Zen.

La liberté invoquée par Mlle Jil Tratsch est la liberté d'expression. La liberté d'expression appartient aux droits constitutionnels fondamentaux et s'exprime au travers des articles 16 et 17 Cst. Cette liberté, fondée par un raisonnement socio-culturel selon lequel la liberté d'expression est l'une des bases de notre société et participe à l'essence de notre culture<sup>9</sup>, permet aux individus de se former tout d'abord une opinion puis de la communiquer, sous réserve de ce qu'autorise la loi<sup>10</sup>. La loi comprend en effet un certain nombre de restrictions visant à protéger les intérêts essentiels des tiers contre toute atteinte abusive au cours de l'exercice de la liberté d'expression<sup>11</sup>.

Parmi ces limites, la CEDH en énonce plusieurs à l'article 10 al. 2 dont une portant sur la « protection de la réputation ou des droits d'autrui ». Cette limite traite la question de la liberté d'expression sous un premier angle qui est « juridique », en ce sens que la liberté s'arrête où commence celle des autres sujets de droit. Le second angle retenu en vue de compléter les mesures de protection des intérêts des tiers est l'angle économique. Il fonde la LCD.

Ce sous-bassement de la loi sur la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 est explicite dans le Message du 18 mai 1983 du Conseil fédéral. L'argumentation économique ainsi employée par le législateur amène à évaluer l'impact que peut avoir un acteur sur la vie économique en se basant

---

<sup>9</sup> CHAPPUIS, ch. 132.

<sup>10</sup> MEDIALEX, p. 84.

<sup>11</sup> Idem, p.3.

sur des critères exclusivement commerciaux<sup>12</sup>. La LCD consacre la liberté du commerce et de l'industrie, article 31 Cst<sup>13</sup>.

Notons que nous démontrerons dans la suite de ce travail que la dichotomie entre liberté d'expression, alléguée par Mlle Tratsch, et liberté de commerce, dans le cadre d'une critique artistique à vocation économique, revêt un caractère fallacieux.

Afin de déterminer que la liberté d'expression de Mlle Tratsch est limitée par la liberté de commerce de M. Tank nous traiterons la question de la restriction d'un droit fondamental au travers des critères de l'article 36 Cst. Les quatre critères retenus sont : la base légale, l'intérêt public, la proportionnalité et le noyau intangible, figurant respectivement aux alinéas 1 à 4.

Premièrement, une base légale est nécessaire pour limiter une liberté. La LCD constitue cette base légale. Les articles 2, 3 et 9 LCD sont plus spécifiquement en question. L'article 2 dénonce comme « déloyal et illicite » 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 ». L'article 3 complète cette clause générale par l'énumération de comportements typiques de ce principe tandis que l'article 9 renseigne sur la titularité et les moyens de droits ouverts à la personne atteinte par les comportements précités.

Deuxièmement, l'intérêt public en présence est la liberté économique des personnes physiques dont nous démontrerons la prépondérance sur l'intérêt privé de Mlle Tratsch à exercer sa liberté d'expression.

Troisièmement, les mesures demandées visent à effacer l'article en question et à interdire Mlle Tratsch de dénigrer ultérieurement et de manière illicite l'œuvre. La suppression d'une publication litigieuse est prévu par l'article 9 LCD et tend à interrompre une influence illicite qui se poursuit dans le temps. En l'espèce l'article est toujours disponible et la célébrité du litige implique un lectorat conséquent et attentif aux dires de celui-ci. La suppression de cet article est pertinente.

La restriction préalable d'exercer sa liberté d'expression dans un domaine très précis est par ailleurs admise, notamment dans l'arrêt du Tribunal Fédéral Hertel II qui énonce le principe selon lequel un risque important d'exercice illicite et dommageable de la liberté d'expression justifie des restrictions de cette nature. En l'espèce les propos de Mlle Tratsch sont des plus virulents et gratuits, l'avis est définitif et exempt de toute modération légitime dans un domaine aussi fluctuant et subjectif que l'art. En outre, la dégradation importante et inhabituelle du montant des revenus

---

<sup>12</sup> CHAPPUIS, ch. 132.

<sup>13</sup> TROLLER, p.329.



générés par l'exposition critiquée enrichi le faisceau d'indices quant au dommage causé. Les restrictions demandées sont manifestement proportionnées.

Enfin, le noyau intangible de la liberté d'expression de Mlle Tratsch n'est pas atteint en ce sens qu'elle n'est limitée que dans le cadre de la critique sans fondement causant un dommage sérieux à autrui. Il n'est pas question de l'opinion artistique d'une critique d'art et de sa valeur informationnelle pour le public qui « se distingue de l'appétence du sensationnel, cette dernière devant être condamnée dès l'instant où elle porte atteinte aux droits d'autrui. »<sup>14</sup>

Le besoin social impérieux du respect des intérêts économiques des tiers justifie les restrictions à la liberté d'expression demandées dans le cas d'espèce.

## **B. Dispositions de la Loi sur la Concurrence Déloyale**

D'une part, l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> mars 1988, de la nouvelle loi sur la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 apporte certaines innovations au niveau du cercle des personnes visées par les dispositions de la LCD. L'existence d'un rapport de concurrence n'étant plus une condition<sup>15</sup>, les medias et les journalistes rentrent dans la catégorie des destinataires de la loi. La LCD prend en compte tout acte, ou même omission, constitutif de la concurrence déloyale, qui est en mesure d'influencer un rapport de concurrence dans lequel se trouve la victime<sup>16</sup>. Les comportements des tierces personnes et entités sont donc visés.

Mlle Tratsch, de part sa qualité de tierce personne, et plus précisément de journaliste, est concernée par les dispositions de la LCD.

Cette modernisation de la loi prend en compte les objectifs changeants des acteurs du marché, tels que les journalistes et des medias, ajustés aux requis d'une société néo-libérale. Les intérêts économiques occupent une place prépondérante et toujours croissante dans les considérations des intervenants. L'existence ou l'absence de ces intérêts économiques entre plusieurs acteurs manque ainsi de pertinence lorsqu'il s'agit d'évaluer les conflits entre libertés individuelles et liberté d'expression<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> VOGEL, ch. 297 let. c

<sup>15</sup> AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, ch. 544.

<sup>16</sup> MEDIALEX, p. 83.

<sup>17</sup> Idem, p.87.

D'autre part, les demandes exprimées par M. Tank sont fondées dans la mesure où sa qualité pour agir en justice est validée par l'article 9 LCD. M. Tank a « par un acte de concurrence déloyale, subi une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation, ses affaires et ses intérêts économiques en général ». Il est donc en droit de demander : l'interdiction de cette atteinte (al. 1 let. a), sa cessation (al. 1 let. b), sa constatation (al. 1 let. c), la publication du jugement (al. 2) et d'intenter une action en dommages-intérêts (al. 3).

M. Tank a la qualité pour agir et est titulaire des droits énoncés par la LCD.

### **Clause générale : Article 2 LCD**

#### ***Article 2 LCD***

*« Est déloyal et illicite tout comportement, ou pratique commerciale, 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. »*

Rappelons que l'article 2 LCD énonce la clause générale qui est à la base des articles 3 à 8 formant le catalogue exemplaire des comportements contraires à la bonne foi. Cette liste de cas se voit qualifiée d'exemplaire et ne peut être prétendue exhaustive en raison de la vitesse à laquelle évoluent les moyens de communication, de production et de reproduction, ce qui favorise l'apparition de nouvelles formes de concurrence déloyale. Il est impossible de dresser une liste plus ou moins exhaustive des faits constitutifs de la concurrence déloyale<sup>18</sup>. La doctrine préconise de ce fait une approche souple et adaptative, enjoignant les tribunaux à établir des parallèles entre les situations émergentes et les cas énumérés qui leur ressemblent afin d'y appliquer la clause générale de l'article 2 LCD<sup>19</sup>.

Pour être considéré sous l'angle de la concurrence déloyale, un acte doit en résumé violer les règles de la bonne foi et influencer sur les rapports de concurrence.

Relativement au critère de la bonne foi, le principe se rattache à l'article 2 CC<sup>20</sup>. Les violations de la morale des affaires autant que des règles assurant le bon fonctionnement de la concurrence, soit des critères découlant de notre système politico-économique, rentrent aussi en ligne de compte<sup>21</sup>.

L'exercice de droits, dans une optique tout autre que celle prévue par le législateur, et visant à nuire à autrui est ainsi interdite<sup>22</sup>. Les dispositions protégeant la liberté d'expression n'ont pas pour

---

<sup>18</sup> Message LCD, n°142.21.

<sup>19</sup> TROLLER, p. 334s.

<sup>20</sup> MESSAGE, n°152.1.

<sup>21</sup> Idem, n°152.1.

vocation de protéger la critique sensationnaliste et biaisée d'une journaliste dont l'intervention plus économique qu'artistique viole les impératifs de correction professionnelle d'une critique d'art. Les allégations quant à la valeur pécuniaire d'œuvres, leurs potentiels d'investissement avec indication des points de ventes des œuvres sélectionnées relèvent du journalisme économique, de l'intervention directe et brutale dans le rapport de concurrence que l'on voudrait couvrir à l'aide des libertés fondamentale protégeant la saine formation de l'opinion de tout un chacun. Est réputé contre la bonne foi tout acte qui mettrait en péril la concurrence en tant que tel<sup>23</sup>.

Notons dans le cadre de l'étude de la bonne foi que le critère de l'intention est superflu<sup>24</sup>. C'est uniquement l'acte doit être étudié. La question de l'intention sera développée plus en détails dans la partie suivante de ce mémoire.

Relativement au critère de l'influence sur le rapport de concurrence, la Cour d'appel admet *in fine* l'avantage fourni par Mlle Jil Tratsch à l'artiste Coco Zen : « Jil Tratsch n'aurait pas intentionnellement avantaagé Coco Zen ». On déduit de la formulation de la Cour qu'il n'y a pas d'intention d'agir ainsi de la part de Mlle Jil Tratsch mais que l'avantage fourni est constaté.

La Cour d'appel admet par ailleurs que l'article déployait des effets négatifs. Ces effets négatifs n'étant pas définis on considérera largement qu'ils touchent indifféremment M. Henry Tank, son travail, ses œuvres ou sa réputation.

La Cour d'appel admet ainsi que l'article ait pu avoir deux effets, un avantage et un désavantage, ayant trait respectivement à Coco Zen et M. Henry Tank. L'article portant sur l'exposition et la vente de leurs œuvres d'art, il est raisonnable d'affirmer que ces effets ont influencé la relation de concurrence du demandeur et de sa concurrente Coco Zen. La condition subjective de punissabilité de l'article 2 LCD est ainsi remplie.

Au demeurant, le blog sur lequel est paru l'article de Mlle Tratsch revêt la qualité de medias à caractère périodique en raison de la production importante d'informations qui se renouvelle régulièrement et qui touche un large public<sup>25</sup>. La jurisprudence admet par principe que les medias exercent de manière générale une influence notable sur le marché, que cette influence soit prouvée au cas d'espèce ou non<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> BARRELET / WERLY, p. 456.

<sup>23</sup> Message LCD, n°151.1.

<sup>24</sup> SCHWAIBOLD, p. 47.

<sup>25</sup> BARRELET, p. 44.

<sup>26</sup> RSJ 90 (1994) n°22 à p. 181.

Le comportement de Mlle Jil Tratsch remplissant les deux conditions de la clause générale, à savoir la violation des principes de la bonne foi et l'influence sur le rapport de concurrence, il est typique de l'article 2 LCD.

### **Publicité comparative : Article 3 let. e LCD**

#### **Article 3 let. e LCD**

*« Agit de façon déloyale celui qui, notamment :*

*Compare, de façon inexacte, fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire sa personne, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations ou ses prix avec celles ou ceux d'un concurrent ou qui, par de telles comparaisons, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents ; »*

On trouve à la base de la disposition le critère comparatif. Cet aspect transparait au travers des expressions : «L'installation (...) de Coco Zen, par contre, est innovatrice », « de loin supérieure au mauvais Müll | tank | er», « contrairement au Müll | tank | er». Une analyse grammaticale plus poussée semble superflue.

La publicité comparative n'est pas en soi déloyale, elle est admise si les conditions énoncées à l'article 3 let. e LCD sont respectées. Il suffit en revanche qu'un seul des éléments énoncés ne soit pas respecté pour que la publicité puisse être jugée déloyale<sup>27</sup>. Les éléments énoncés sont les suivants : comparaison inexacte, fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire<sup>28</sup>.

Si il est périlleux d'aborder la question de l'exactitude d'une critique d'art, en dehors de l'aspect technique, et inadéquat d'invoquer le parasitaire, la critique de Mlle Tratsch apparait fallacieuse.

En plus de ces quatre possibilités, la jurisprudence du Tribunal fédéral énonce trois conditions supplémentaires : « la comparaison doit être objective, véridique et réaliste »<sup>29</sup>. Une comparaison basée sur les éléments véridiques pourra également être jugée déloyale si ces éléments sont imprécis, secondaires ou incomplets et propres à susciter des erreurs auprès d'une partie non négligeable du public<sup>30</sup>. C'est ce qui est compris dans l'expression de la disposition « de façon ... déloyale ». La publicité comparative est déloyale lorsqu'elle est trompeuse<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Message LCD, n° 241.34.

<sup>28</sup> ATF 83 II 113 (non traduit), origine du développement ; ATF 104 II 334, 105 II 302 (non traduit), parasitaire.

<sup>29</sup> ATF 132 III 414, consid. 4.2.1 / JdT 2006 I p.359 ; ATF 129 III 426 / JdT 2003 I p.400.

<sup>30</sup> MARTENET, p. 227.

<sup>31</sup> Message LCD, n°241.34.

Premièrement, cet aspect trompeur se retrouve dans l'utilisation des clichés médiocres, prit par Mlle Tratsch, pour illustrer l'article sur l'œuvre de M. Tank. La connexité existante entre une critique acerbe et l'utilisation de mauvais clichés par une professionnelle de la critique artistique apparaît évidente. Il n'est laissé au lecteur que la possibilité de croire en la mauvaise qualité alléguée de l'œuvre. Il ne peut, en aucune manière, se faire une opinion correcte. Appuyant son propos de manière abusive, ce procédé induit le lecteur en erreur, il suggère une idée inexacte. Il est donc trompeur et, de ce fait, fallacieux<sup>32</sup>.

Deuxièmement, mentionnons que la critique est fallacieuse selon un autre critère. Elle tait un fait essentiel : M. Tank est un artiste dont le travail a été reconnu avec une constance appréciable. Dans un domaine si controversé et sujet à interprétation que l'art contemporain, il est raisonnable de se poser la question de l'intention de l'artiste, du message propre à l'œuvre. Une dimension subjective riche qui ne semble avoir jamais manqué auparavant. Dans ces conditions, ne pas mentionner la moindre hypothèse censée quant au plan immatériel tient du défaut essentiel condamnable. À nouveau, la critique est fallacieuse.

Enfin et troisièmement, Mlle Tratsch compare le potentiel d'investissement que représentent les œuvres en présence selon une logique fallacieuse. De toute évidence les variations du prix d'une œuvre suivent son degré de reconnaissance et d'approbation. En ne fondant pas ses prévisions financières sur un critère objectif tel que l'évolution de la valeur des œuvres précédentes, Mlle Tratsch fournit une hypothèse auto-réalisatrice. La valeur de l'œuvre ne s'ancre plus en effet dans la moindre considération matérielle ou pratique mais sur son opinion. Si tant est que cette opinion soit devenue fameuse du fait de son acidité, elle devient l'origine principale de la croissante valorisation de l'œuvre de Coco Zen et de la stagnation de celle de M. Tank. L'affirmation est ainsi trompeuse en ce sens qu'elle promulgue un raisonnement faux par rapport à la valeur véritable de l'œuvre et induit, à terme, le lecteur en erreur.

Si malgré toute vraisemblance la Cour venait à écarter les qualifications susmentionnées, rappelons que le Tribunal fédéral a déjà examiné la question de savoir si une publicité comparative qui n'est ni fautive ni fallacieuse ni inutilement blessante pouvait tout de même contrevenir à la LCD. Il y a répondu par l'affirmative<sup>33</sup>. Le Tribunal, soulignant l'importance cruciale de la clause générale, a insisté sur le fait que la publicité comparative qui ne tombait sous aucun des faits constitutifs particuliers devait précisément être examinée de façon approfondie à la lumière du principe de la

---

<sup>32</sup> ATF 104 II 124 / JdT 1978 I p.279 ; ATF 43 II 47 (non traduit).

<sup>33</sup> ATF 102 II 292 / JdT 1977 I p. 516.

bonne foi, sans la rejeter d'emblée comme étant déloyale. On trouve confirmation de cette jurisprudence renvoyant à la clause générale dans un arrêt plus récent encore<sup>34</sup>.

Nous nous référerons enfin au raisonnement afférent la clause générale au sujet de l'avantage fourni par la critique de Mlle Tratsch. Si l'aspect comparatif évident venait à ne pas être retenu par la Cour, il nous faut relever qu'un simple avantage fourni suffit à la typicité de la disposition. Cet avantage est admis par la Cour d'appel.

### **Subsidiairement : Dénigrement, Article 3 let. a LCD**

Si par impossible, le Tribunal fédéral venait à ne pas retenir les conditions de comparaison et d'avantage exposés *supra*, nous invoquons le dénigrement, sanctionné par l'art. 3 let. a LCD. Cette disposition reprend les mêmes conditions de punissabilité que l'article 3 let. e LCD. Nous nous référons aux raisonnements exposés ci dessus quant à l'aspect inexact, fallacieux et inutilement blessant.

Un dénigrement est dit inutilement blessant notamment lorsqu'il n'est pas formulé en relation étroite avec les faits, qu'il vise principalement à léser le concurrent ou qu'il contient encore des affirmations disproportionnées dans leur caractère dépréciatif<sup>35</sup>. Le dénigrement opéré par la critique de Mlle Tratsch est par ailleurs inutilement blessant. Si la critique de l'œuvre artistique passe au travers d'une critique de l'intention, il est disproportionné d'insinuer que M. Tank, dans sa bêtise, méprisait, sous l'emprise de l'alcool, son public lorsqu'il produisit son œuvre. L'attaque *Ad personam* de M. Tank n'est plus en rapport avec son œuvre et se concentre sur sa personnalité propre dans l'optique de le décrédibiliser. Cette attaque vise principalement à léser M. Tank.

### **C. Intention**

La Cour d'appel du canton de Bâle-Ville a énoncé deux éléments que nous traiterons dans cette partie. Premièrement, Mlle Jil Tratsch n'aurait pas fait preuve de l'intention d'avantager l'artiste Coco Zen vis à vis de son concurrent M. Henry Tank. Deuxièmement, la Cour d'appel retient que l'article critique de Mlle Tratsch a pu déployer des effets négatifs.

La brève entrée en matière de concurrence déloyale de la Cour d'appel traite ainsi de deux critères : l'intention et l'effet de la critique. Le second est traité *supra* dans le cadre de la clause générale. Nous nous concentrerons ainsi sur le premier.

---

<sup>34</sup> ATF 104 II 124 / JdT 1978 I p. 279 ; Message LCD, n° 123.

<sup>35</sup> Message LCD, p. 1098.

L'emploi de la notion d'intention et la compréhension du rôle que cette notion joue au sein de la LCD sont insatisfaisants.

L'aspect intentionnel d'un acte n'intervient dans la LCD que dans le cadre de la détermination de la faute. Cette détermination est naturellement subséquente à la qualification de l'infraction. Une infraction à la LCD peut être liée à une faute ou une négligence ce qui a un impact sur l'estimation des dommages-intérêts civils. C'est en ceci que le critère de l'intention prend toute son importance et non pas dans la typicité de l'infraction.

La LCD protège contre des actes de nature à influencer sur la concurrence économique (markrelevant, marktgeneigt, wettbewerdsgerichtet). Elle protège l'équilibre de la concurrence et se concentre exclusivement sur ceci dans une optique purement économique<sup>36</sup>. Peu importe l'intention de l'auteur à ce propos. Un acte objectivement de nature à avoir un effet sur la concurrence suffit<sup>37</sup>.

Le Tribunal fédéral, dans le célèbre arrêt Hertel, confirme cet état de fait. Le scientifique à l'origine de l'article litigieux rédige celui-ci dans un but idéal concernant un sujet prompt au débat, l'information du public. Cet article présente un risque notable d'influer sur un marché économique. Cet article est sanctionné d'une interdiction de publication. Rédiger un article, même à but idéal, au propos nuancé, au lectorat relativement restreint et sur un sujet débattu peut être passible de sanction selon la LCD.

En conclusion, l'intention n'appartient pas aux éléments subjectifs de punissabilité des dispositions de la LCD ; son absence n'est d'aucune importance. Le raisonnement de la Cour d'appel relatif à l'importance de ce critère est sans fondement.

#### **D. Dommages-intérêts**

##### ***Article 41 CO***

*« Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer. »*

Par renvoi de l'article 9 LCD et en application des articles 41, 42 et 44 CO, Mlle Tratsch est soumise à la réparation du dommage selon la responsabilité délictuelle découlant des actes de concurrence déloyale exposés supra.

---

<sup>36</sup> CHAPPUIS, ch. 132.

<sup>37</sup> BARRELET, p. 42.

Du point de vue objectif, la faute de Mlle Tratsch se concrétise par son manquement à la diligence que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle ; notamment au sujet de la distinction de la communication commerciale et de la partie informative<sup>38</sup>. Par ailleurs, l'absence d'intention de Mlle Tratsch d'avantager Mme Coco Zen retenue par la Cour d'appel relève de l'abus de liberté d'appréciation. Il est arbitraire car objectivement infondé d'affirmer qu'une journaliste professionnelle n'a pas l'intention d'avantager un acteur du marché qu'elle encense et dont elle indique les points de vente après avoir cyniquement critiqué son concurrent le plus direct. La faute est objectivement fondée et subjectivement intentionnelle.

L'illicéité est en l'occurrence une illicéité de comportement, soit un dommage résultant de la violation d'une norme de comportement - le respect des principes de la concurrence déloyale - destinée à protéger le lésé contre la survenance du type de préjudice - intérêts économiques - qu'il subit. Ce type d'illicéité permet d'obtenir en outre la réparation du dommage ne résultant pas nécessairement d'une atteinte à un droit absolu et protège ainsi le patrimoine<sup>39</sup>.

Le préjudice porte sur la valeur des œuvres, la clientèle et la réputation de M. Tank<sup>40</sup>. On constate une rupture nette dans les échanges commerciaux de M. Tank en comparaison avec la stabilité des 5 dernières années. On appliquera en conséquence la théorie de la différence afin de déterminer la quotité de l'indemnité. Rappelons que la théorie de la différence au sens strict est parfois jugée incapable de répondre à toutes les attentes actuelles en matière de réparation de dommage, de sorte qu'une certaine relativisation est considérée comme raisonnable par la doctrine et exercée par le Tribunal fédéral<sup>41</sup>.

## **Quant aux prétentions en matière de propriété intellectuelle**

En premier lieu, il convient de se pencher sur la légitimité d'une action en réparation d'un dommage consécutivement à la violation des dispositions sur la protection des droits d'auteur et droits voisins (LDA).

### **A. La notion d'œuvre au sens de l'art. 2 LDA**

Les conclusions de la cour cantonale ne satisfont, à notre sens, ni à la lettre ni à l'esprit de la loi.

---

<sup>38</sup> RLCC, n°3.12 ch. 1.

<sup>39</sup> WERRO, ch. 308 s.

<sup>40</sup> 28 CC ; 4C.295/2005 (non publié).

<sup>41</sup> CHAPPUIS II, n°58 ; ATF 127 III 73 / JdT 2001 I p.495 et ATF 129 III 331 / JdT 2003 I p. 629.



Premièrement, le dispositif de l'arrêt reconnaît implicitement aux photographies incriminées la qualité d'œuvre d'art, au sens ou l'entend l'art. 2 LDA. Nous rappelons à ce titre qu'a caractère d'œuvre protégée « toute création de l'esprit, littéraire ou artistique qui a un caractère individuel », selon les termes de la loi<sup>42</sup>.

Bien que, contrairement aux ordres juridiques anglo-saxons, le régime suisse de la propriété intellectuelle n'énumère pas exhaustivement les biens auxquels s'étend cette protection, une définition plus large n'exclut pas que la matière soit délimitée<sup>43</sup>. Aussi la définition de l'œuvre est laissée à d'autres critères que celui d'un *numerus clausus* des biens immatériels protégés.

L'un des critères déterminant, selon une large partie de la doctrine, tient dans l'individualité du bien en question. Ainsi, comme le formule si bien DEL BIANCO « [ê]tre auteur, c'est avoir tiré de son propre fonds quelque chose d'original qui dénote l'empreinte personnelle de l'agent »<sup>44</sup>. Cependant un tel critère est variable en fonction du degré de marge de manœuvre alloué par l'activité en question à son auteur. Alors qu'une activité ne laisse qu'un faible faisceau d'autonomie à l'auteur, la nécessité de l'aspect individuel de l'objet en est d'autant plus réduite. Notre position à ce sujet est corroborée par une jurisprudence du Tribunal fédéral sans équivoque, et à notre sens clairvoyante<sup>45</sup>.

La photographie est à ce titre un art au spectre certes large, mais dont les possibilités techniques et les opportunités d'innovation sont plus faibles qu'en art plastique, en musique ou en architecture, où l'abondance de matériaux et de procédés permet un renouvellement presque quotidien et une inspiration sans limite. L'art de la photographie demeure avant tout un processus technique par lequel une situation réelle est inscrite de manière permanente sur une surface photosensible par le biais d'un dispositif optique, dont la mécanique n'a dans sa nature pas changé depuis sa création. La seule plus-value que peut apporter l'artiste réside dans l'équilibre savant entre les contrastes, les jeux d'ombre et de lumière plus ou moins délicats, le sujet de la photographie et le ton qu'il souhaite y traduire<sup>46</sup>.

A notre sens, les photographies mises à disposition sur l'internet par la recourante Pro Arte Basel sont couvertes par cet aspect d'individualité, dans la mesure où il s'agit d'œuvres professionnelles,

---

<sup>42</sup> Art. 2 al. 1 LDA.

<sup>43</sup> DESSEMONTET, *Propriété intellectuelle*, n° 12.

<sup>44</sup> DEL BIANCO, p. 15.

<sup>45</sup> ATF 113 II 190 c. 2a ; JdT 1988 I 300 (rés.).

<sup>46</sup> TROLLER, *Précis*, p. 144.

reconnues dans le milieu de l'art –et cela ne fait nul doute- comme l'expression d'un esthète. Le Tribunal fédéral a encore une fois donné raison à cette conception à travers un arrêt récent<sup>47</sup>.

A titre subsidiaire, et dans le cas où la présente Cour userait de sa libre appréciation pour dénier le caractère d'œuvre à la collection de photographies de Pro Arte Basel, nous rappelons que la loi prévoit une batterie d'exceptions au régime du droit d'auteur (art. 19 ss LDA), parmi lesquelles notamment l'exception permettant à l'administration d'un musée ou d'une collection portant sur des arts figuratifs ou des photographies de reproduire les œuvres exposées dans un recueil, ou catalogue<sup>48</sup> (art. 26 LDA). Les conditions à l'existence de cette exception, rappelées brièvement, sont (1) un accès libre au public de l'événement dont le catalogue est tiré, et (2) que le catalogue soit publié par l'organisateur de la manifestation<sup>49</sup>. L'événement dont Pro Arte Basel fut l'hôte satisfait à la première de ces exigences, quant à la seconde, le catalogue en ligne est bel et bien administré par cette dernière.

Cette exception, dont l'application au cas d'espèce n'est pas contestée, implique la création par l'administration du musée (en l'occurrence Pro Arte Basel) d'une œuvre dérivée (ou reproduction selon la terminologie adoptée par la loi), issue d'une œuvre préexistante. La loi sur le droit d'auteur étend la protection de la propriété intellectuelle sur les biens issus d'un processus de reproduction (art. 3 al. 1 LDA). Il nous semble juste de considérer à ce titre qu'un catalogue de musée s'ancre indubitablement autour de cette définition de l'œuvre<sup>50</sup> et se voit donc protégé au sens de la LDA.

## **B. Les restrictions prévues par le droit d'auteur ne sont pas applicables en l'espèce**

Deuxièmement, les conclusions de la Cour cantonale allèguent sans le démontrer que le catalogue de musée en question se voit couvert par les exceptions prévues par la loi sur les droits d'auteur et droits voisins (LDA). Nous réfutons fermement ce raisonnement au motif qu'aucune restriction prévue par la loi ne couvre en réalité l'état de fait.

La Cour cantonale défend dans un premier temps l'application de l'exception fondée sur le droit à l'utilisation d'œuvres à des fins personnelles et privées (art. 19 al. 1 LDA). Il nous semble incontestable que l'usage de biens sous le coup de la protection de la LDA dans un but privé n'englobe pas l'utilisation de ceux-ci dans le cadre d'une publication sur un portail-blog influent et ouvert au public. Pour reconnaître une telle restriction, l'usage de l'œuvre ou la reproduction de

---

<sup>47</sup> ATF 106 II 71 c. 2a ; JdT 1980 I 263 (rés.).

<sup>48</sup> DESSEMONTET, *Propriété intellectuelle*, p. 111.

<sup>49</sup> MICKLER, p. 127.

<sup>50</sup> DESSEMONTET, *Propriété intellectuelle*, p. 111.

L'œuvre doit revêtir un caractère éminemment privé, formalisé dans la loi par les termes « toute utilisation à des fins personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées, tels des parents ou des amis » (art. 19 al. 1 lit. a LDA) ; hors il paraît clair que l'usage dans un article voué à être publié n'entre en aucun cas dans ce régime d'exception, tant il est antithétique à la destination même de la restriction en question.

En second lieu, la Cour a retenu l'exception selon laquelle une œuvre peut faire l'objet d'une utilisation sans consentement de l'auteur licite dans le cadre de compte rendu de l'actualité<sup>51</sup>. Ce régime est bel et bien reconnu par la loi (art. 28 al. 1 LDA), mais est mal compris par le Tribunal cantonal. En effet, une telle situation est admise dès lors que l'œuvre reproduite est l'objet même du compte rendu d'actualité. En l'occurrence, l'objet du compte rendu d'actualité, et à ce titre nous ne le contestons pas, réside dans l'œuvre exposée par le recourant Henry Tank. Une reproduction photographique du Mülltankler prise par l'intimée Jil Tratsch répondrait sans aucun doute aux conditions de la restriction de l'art. 28 al. 1 LDA. La nuance tient au fait que Jil Tratsch utilise une reproduction photographique dont elle ne détient pas les droits, et dont l'utilisation n'a pas lieu d'être. Dans les circonstances de l'affaire, il lui était parfaitement permis de reproduire par ses propres moyens autant d'œuvres qu'elle le souhaitait, ne tenait qu'à elle de se munir d'un appareil d'une qualité supérieure ou de s'accompagner d'un photographe professionnel afin d'obtenir de meilleurs clichés. Il ne lui était en revanche pas permis de se servir des photographies d'autrui, protégées au titre de la propriété intellectuelle, pour illustrer son compte rendu.

En effet, à notre sens, cette exception ne s'applique que dans le cas où la reproduction de l'œuvre sujet au compte rendu est accomplie de manière directe, hors le fait de télécharger une reproduction photographique sur son disque dur de l'élément sujet d'actualité constitue également une forme de reproduction<sup>52</sup>. Par conséquent, l'exception de l'art. 28 al. 1 LDA ne s'applique pas au cas d'espèce.

Troisièmement, il est soulevé dans les conclusions de la Cour cantonale l'avis que l'archivage d'œuvres soumises au droit d'auteur est couvert par les restrictions spécifiées à l'art. 24 al. 1 LDA. La loi est formelle à ce sujet : « Pour assurer la conservation d'une oeuvre, il est licite d'en faire une copie ». Elle précise cependant : « L'original ou la copie sera déposé dans des archives non accessibles au public et désigné comme exemplaire d'archives ». La *ratio legis* de cette disposition demeure dans la nécessité de protéger des œuvres originales fragiles que l'exposition permanente au public pourrait dénaturer. Certes la révision de la loi mène également à une modernisation et une

---

<sup>51</sup> DESSEMONTET, *Intellectual Property Law in Switzerland*, p. 68.

<sup>52</sup> DE WERRA, p. 62.

adaptation aux nouvelles technologies<sup>53</sup>, facilitant l'archivage de ces œuvres sur des plateformes numériques, par exemples, mais il n'en demeure pas moins que la qualification « d'archives » ne saurait être accordée à quiconque le prétend.

En effet, il ressort clairement de la disposition que (1) la finalité même de cette dernière répond au besoin de protection d'œuvres sensibles<sup>54</sup>. Les photographies du salon BâleArt, propriété de la recourante Pro Arte Basel, n'ont ni le caractère d'œuvres sensibles, ni la nécessité d'être préservées davantage qu'elles ne le sont déjà.

Ensuite (2) la qualité de centre de documentation, au coeur de la problématique, répond à une définition spécifique, que le message gouvernemental traduit en termes de « d'institutions qui ont pour mission de sauvegarder nos connaissances et nos acquis culturels »<sup>55</sup>. La question de savoir si un espace virtuel aménagé par un journal sans relations avec les détenteurs des droits sur l'œuvre dans un serveur pour le stockage de données répond à ce critère ne laisse à notre sens pas de doute.

Troisièmement (3) l'exigence de l'art. 24 al. 1 *in fine* prescrit clairement l'exigence d'une plateforme ou d'un lieu inaccessible au public. Hors la section « archives » du portail blog [www.KunstHeute.com](http://www.KunstHeute.com) est ouverte à tout internaute *ad libitum*.

En sus et finalement, la doctrine s'accorde à dire que « l'exception ne s'applique pas si l'institution poursuit un but commercial avec les copies »<sup>56</sup>. Hors les photographies piratées par l'intimée Jil Tratsch ont bel et bien pour destination d'ajouter au portail blog susmentionné une plus value certaine.

En conclusion des points énumérés ci-dessus, l'archivage des photographies de l'ayant-droit Pro Arte Basel n'a pas lieu d'être couvert par la restriction prévue à l'art. 24 al. 1 LDA.

Dans la mesure où aucune des restrictions en droit d'auteur ne semble s'appliquer au catalogue de photographies mis en ligne par Pro Arte Basel, le principe absolu selon lequel l'auteur d'une œuvre « a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée » (art. 10 al. 1 LDA) prime.

Nous souhaitons également rappeler aux intimées, conformément à ce qui a été dit au paragraphe précédent, que l'auteur ou l'ayant droit est seul à décider de la manière dont il souhaite mettre ou disposition ses œuvres (art 10 al. 2 lit. c LDA). Ce droit de mise à disposition ne permet pas de

---

<sup>53</sup> Message Révision 2006, p. 3302.

<sup>54</sup> BARRELET, ad art. 24, n° 2.

<sup>55</sup> Ibidem.

<sup>56</sup> Idem, n° 3c.

conclure à ce que l'auteur cède ses prérogatives sur l'œuvre en question. Contrairement à ce qu'imaginent les intimées, le fait de mettre librement à disposition sur internet pendant une courte durée les photographies de la recourante Pro Arte Basel ne donne pas expressément le droit aux tiers d'utiliser ces photographies à des fins commerciales, ni de se les approprier pour augmenter la qualité du contenu rédactionnel. Quoiqu'en disent les intimées, la mise à disposition sur internet, en libre accès, ne vaut pas cession des droits<sup>57</sup>.

### C. La preuve du dommage consécutive à la violation de la LDA, et son mode de calcul

Les conclusions de la Cour cantonale comprenaient que même si le catalogue de photographies de l'ayant droit Pro Arte Basel n'était pas couvert par les restrictions aux droits d'auteur amenées par la LDA, il n'y avait pas lieu d'indemniser la recourante faute de preuve du dommage. Nous réfutons formellement ce constat.

Le principe général de la preuve implique qu'elle incombe à celui qui l'allègue (art. 8 CC). Cependant, la doctrine et la jurisprudence s'entendent pour la plupart quant à accepter que, dans le cas d'un *lucrum cessans*, un type de dommage dont les preuves concrètes sont parfois difficiles à amener, le juge peut « se contenter d'indices, s'il lui apparaît, en considération du cours ordinaire des choses, que ce dommage s'est produit ou se produira »<sup>58</sup>, en analogie avec l'art. 42 al. 2 CO.

Par dommage, on entend toute diminution involontaire du patrimoine, se caractérisant par une diminution de l'actif, une augmentation du passif, ou un gain manqué<sup>59</sup>. En matière de dommage porté à des biens immatériels, lorsque toutes les conditions objectives d'imputabilité sont réunies, il est bien souvent difficile d'estimer de manière précise le montant de la réparation.

L'un des systèmes de calcul retenus habituellement dans le cas d'un gain manqué en matière de litige portant sur la propriété intellectuelle est la théorie du calcul des redevances équitables (ou *Lizenzanalogie*), entre trois usages reconnus au TF<sup>60</sup>.

Cette méthode en particulier « consiste à se demander quelle rétribution le défendeur aurait payée au demandeur [...] sur la base d'un contrat de licence »<sup>61</sup>. Bien que certains auteurs soulèvent le fait qu'un tel mode de calcul de l'indemnité ne doive fixer qu'un montant minimum, dans la mesure où il serait inéquitable que l'auteur de la violation n'ait qu'à payer à titre de réparation le montant

---

<sup>57</sup> Message LDA 1989, p. 514.

<sup>58</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p. 52.

<sup>59</sup> ATF 76 II 280 ; JdT 1951 I 226 (trad.).

<sup>60</sup> ATF 132 III 379 consid. 3.2 ; JdT 2006 I 338 (trad.).

<sup>61</sup> SCHLOSSER, p. 8.

qu'il aurait du déboursier s'il avait conclu au contrat de licence de manière conforme<sup>62</sup>, nous rappelons que la maxime des débats en procédure civile laisse aux parties le choix d'évaluer leurs prétentions elles-mêmes.

Le mode de calcul de la redevance équitable reconnue par le TF établit la nécessité de la preuve d'un dommage concret<sup>63</sup>. L'existence à ce titre de termes clairs quant à la prestation et la contre-prestation des conditions d'accès au catalogue mis en ligne par Pro Arte Basel ne laisse aucun doute. Si les intimées avaient souhaité emprunter à Pro Arte Basel les droits de mise à disposition de l'œuvre en question, la contrepartie en aurait été le paiement de la redevance annuelle de 30'000.-. L'usage sans fondement des photographies du catalogue constitue dès lors un manque à gagner du même montant subi par la recourante.

A notre sens, il n'est pas nécessaire d'apporter davantage d'éléments probatoires que la non-existence d'un apport supplémentaire du montant cité plus haut aux comptes de l'association. Si toutefois le juge ne saurait se contenter des éléments de preuve existants, nous attirons l'attention de la cour sur la possibilité laissée au juge de se déterminer *ex aequo et bono*, selon l'art. 42 al. 2 CO, en présence de preuves et d'indices pas absolus mais suffisants<sup>64</sup>.

A titre subsidiaire, si la présente Cour refusait la méthode de calcul adoptée par les recourants, une violation des droits d'auteur par les intimées constituerait alors un cas de remise de gain en vertu des principes sur la gestion d'affaires imparfaite (art. 423 CO). A notre sens, bien que la défenderesse n'ait pas vu son chiffre d'affaire augmenter directement, c'est aux comptes passifs de son bilan que le non-paiement de la licence d'utilisation s'est répercutée, en n'accroissant pas les dettes dues par elle à la recourante Pro Arte Basel.

Ainsi, par le processus de l'art. 423 CO, l'ayant droit peut exiger du gérant d'affaires la remise des gains obtenus « indépendamment de l'existence d'une faute ou d'un dommage »<sup>65</sup>. Nous estimons les gains effectués par l'intimée Kultart SA à 35'000.-, dont 30'000.- à titre des frais d'usage de la licence, et 5'000.- à titres de plus value obtenue par l'usage de la licence sur le portail blog [www.kunstheute.ch](http://www.kunstheute.ch).

---

<sup>62</sup> KOHLER, p. 54.

<sup>63</sup> SCHLOSSER, *Protection des marques*, p. 9.

<sup>64</sup> TROLLER, p. 386.

<sup>65</sup> ATF 97 II 169 consid. 3.3.4 ; JdT 1971 I 612 (rés.).

## IV. Mesures provisionnelles

Afin d'éviter aux parties recourantes de subir le désavantage de l'usage illicite de leurs œuvres par les défendeurs durant la présente procédure, nous demandons qu'à titre de mesures provisionnelles soit donné ordre à l'intimée Kultart SA de retirer de ses publications, bases de données, archives ou tout autre support les œuvres photographiques protégées de Pro Arte Basel pour la durée du litige, conformément aux conclusions formulées plus haut.

Fondées sur l'art. 65 LDA, les prétentions des requérants à titre de mesures provisionnelles doivent revêtir un caractère de précision: « [p]our qu'une conclusion soit suffisamment précise, il faut qu'elle soit concrète et que l'on puisse en déduire sans équivoque ce que le requérant souhaite obtenir »<sup>66</sup>. A notre sens, le présent mémoire satisfait à cette exigence.

En outre, pour être octroyées, les mesures provisionnelles fondées sur l'art. 65 LDA doivent concourir à faire s'éteindre une atteinte « illicite ou imminente »<sup>67</sup>. En ce sens, la nature même de l'instruction provisionnelle ne requiert que la vraisemblance des faits allégués, et non pas une preuve incontestable. Aussi, le caractère probable ou incertain mais soutenable de l'atteinte suffit au juge pour se déterminer.

Dans le cas d'espèce, il nous semble indéniable que la situation d'impunité des intimées procède à l'amplification du dommage subie par les recourants, en particulier Pro Arte Basel. Le libre accès aux photos mise en circulation par l'intimée Jil Tratsch sur le portail blog [www.kuntheute.ch](http://www.kuntheute.ch) est inadmissible dans la mesure où il prive de son sens l'existence du contrat de licence permettant l'accès régulier au catalogue d'images de l'ayant droit Pro Arte Basel. Ainsi, tout visiteur du site susmentionné bénéficiera de photographies en libre accès sans avoir à payé aucune redevance à l'ayant droit.

---

<sup>66</sup> SCHLOSSER, *mesures provisionnelles*, p. 3.

<sup>67</sup> Ibidem.

## Bibliographie

Les ouvrages suivants sont cités dans le texte à l'aide du seul nom de l'auteur (ou des auteurs) et, au besoin, de l'abréviation indiquée. Le passage topique est indiqué soit par le numéro marginal, soit, à ce défaut, par le numéro de la page, soit encore par la note de bas de page.

### Doctrine

---

AUBERT Jean-François, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich / Bâle / Genève 2003.

AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio/ HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2006.

BARRELET Denis, *Internet et la loi contre la concurrence déloyale*, in : *Quelques facettes du droit de l'Internet – droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Tissot N. (édit), Neuchâtel 2001.

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

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

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.

DEL BIANCO Eric, *Le droit d'auteur et ses limites*, (thèse) Lausanne 1951.

DESSEMONTET François, *Le journalisme économique – liberté d'expression ; liberté d'investigation*, in : *Medialex*, Berne 1998, p. 83 ss.

DESSEMONTET François, *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne 2001.

DESSEMONTET François, *Intellectual Property Law in Switzerland*, Alphen an den Rijn 2012.

DE WERRA Jacques, *La protection juridique des contenus numériques et ses limites*, in : Tissot Nathalie (édit), *Quelques facettes du droit de l'internet*, Vol. III & IV, Neuchâtel 2001.

DONZALLAZ Yves, art. 72 LTF, in : Donzallaz Y. (édit.), *La loi sur le Tribunal fédéral – commentaire*, Berne 2008.



EBERHARD Stéphane, *LCD Jurisprudence 1989-2001*, Dessemontet F. (édit.), Lausanne 2002.

GILLIÉRON Phillippe, *Propriété intellectuelle et internet*, Lausanne 2003.

HALDY Jacques, *La nouvelle procédure civile suisse – introduction pour les praticiens et les étudiants*, Lausanne 2009.

HOHL Fabienne, *Procédure civile, Tome I – introduction et théorie générale*, Berne 2001.

HOHL Fabienne, *Procédure civile, Tome II – organisation judiciaire, compétence, procédures et voies de recours*, Berne 2001.

Kasser A. / Nover M. / Schlosser R. (édit.), *Propriété intellectuelle – recueil de textes nationaux et internationaux*, Zurich 2000.

KOHLER Patrick, *Vermögensausgleich bei Immaterialgüterrechtsverletzungen – Rechtsvergleichung USA, Deutschland, Schweiz*, Zurich 1999.

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

MICKLER Raik, *A propos des droits d’auteur*, in : Keller R. (édit.), *La culture a ses lois – un guide traitant du droit dans la vie culturelle suisse*, Baden 2007.

ROMY Isabelle / WOLLMANN GAUTIER Eve / WERNLI Martin, *Concurrence déloyale, textes législatifs et répertoire des arrêts fédéraux et cantonnaux*, Dessemontet François (édit.), Lausanne 1989.

SCHLOSSER Ralph, *La mise en œuvre de la protection en droit des marques – aperçu à la lumière de la jurisprudence récente*, in : SJ 2004 I p. 1 ss.

SCHLOSSER Ralph, *Les conditions d’octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale*, in : sic ! 2005 p. 5ss.

SCHWAIBOLD Matthias, *Zur Verwundung des Ausdrucks « diktatorische Sortimentskürzung » in der Presse*, Medialex 1/1995, p. 47.

TERCIER Pierre / DESCHENAUX Henri, *La responsabilité civile*, Berne 1975.

TROLLER Kamen, *Précis du droit suisse des biens immatériels*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle / Genève / Munich 2006.

VOGEL Gaston, *Dictionnaire raisonné du droit de la presse*, Luxembourg 2000.

De WERRA Jacques, *Téléchargements d'œuvres protégées : l'impunité maintenue ?*, in : Medialex, Berne 2006.

WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2011.

## **Rapports**

---

Message du Conseil fédéral du 19 juin 1989 concernant une loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi sur le droit d'auteur, LDA), une loi fédérale sur la protection des topographies de circuits intégrés (loi sur les topographies, LTo) ainsi qu'un arrêté fédéral concernant diverses conventions internationales dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, FF 1989 III p. 465 ss. (cité : Message LDA 1989).

Message du Conseil fédéral du 10 mars 2006 concernant l'arrêté fédéral relatif à l'approbation de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et concernant la modification de la loi sur le droit d'auteur, FF 2006 p. 3241 ss. (cité : Message Révision 2006).

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

## **Jurisprudence**

### **Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral**

ATF 43 II 47

ATF 76 II 280

ATF 83 II 113

ATF 97 II 169

ATF 102 II 292

ATF 104 II 124

ATF 104 II 334

ATF 105 II 302

ATF 106 II 71

ATF 113 II 190

ATF 129 III 426

ATF 132 III 379

ATF 132 III 414

### **Arrêts non-publiés**

Arrêt 2P\_136/2005 du 14.12.2005

Arrêt 4C\_295/2005 du 15.12.2005

## Table des abréviations

al.	alinéa
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l’homme ; RS 0.101)
ch.	chiffre
CO	LF du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations ; RS 220)
consid.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
etc.	<i>et cetera</i> [et les autres]
FF	Feuille fédérale
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne) <sup>68</sup>
LCD	LF du 19 décembre 1986 sur la concurrence déloyale (RS 241)
LDA	LF du 9 octobre 1992 sur le droit d’auteur et les droits voisins (Loi sur le droit d’auteur ; RS 231.1)
litt.	<i>littera</i> [lettre]
LTF	LF du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
n°	numéro
np.	arrêt non publié
p.	page(s)
rés.	résumé
sic !	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l’information et de la concurrence (Zurich)
SJ	La Semaine judiciaire (Genève)
ss	suivant(e)s
trad.	traduction
vol.	volume

---

<sup>68</sup> S’agissant de la citation des arrêts du TF au JdT, on applique le mode de référence suivant : Si le texte original de l’arrêt est en allemand ou en italien, la référence à la traduction est suivie de la mention (trad.); si en revanche le texte original de l’arrêt est en français, sa citation au JdT est précédée du signe [=] ; si l’arrêt est seulement résumé, la référence est suivie de la mention (rés.).