

TRIBUNAL FÉDÉRAL

19 novembre 2012

REPONSE
AU RECOURS

pour

Jil Tratsch

Kultart SA

tous deux représentés par l'équipe n° 23 du Swiss Moot Court

Intimées

contre

Henry Tank

Association Pro Arte Basel

Recourants

Equipe 23

(langue maternelle française)

Le 19 novembre 2012

RECOMMANDE
TRIBUNAL FEDERAL
1^{ère} Cour de droit civil
Av. du Tribunal-fédéral 29
1000 LAUSANNE 14

Mémoire de réponse dans la cause Tank/Pro Arte Basel c. Tratsch/Kultart SA

Madame la Présidente,

Mesdames et Messieurs les Juges,

Au nom et par mandat de Jil Tratsch et de la société Kultart SA, nous avons l'honneur de vous adresser, sous ce pli, un mémoire de réponse à l'encontre du recours du 19 novembre 2012 dans la cause les opposant à Henry Tank et à l'association Pro Arte Basel.

Veillez agréer, Madame la Présidente, Mesdames et Messieurs les Juges, l'assurance de notre considération distinguée.

Equipe n°23

Annexes : ment.

Table des matières

Bibliographie	IV
Table des abréviations	VI
I. CONCLUSIONS	1
II. EN FAIT	1
III. EN DROIT	1
1. Recevabilité	1
2. Au fond	2
2.1. L'arrêt attaqué ne viole pas la LDA	2
2.1.1. Qualifications des activités de Mme Tratsch et de Kultart SA sur Internet sous l'angle de la LDA	2
2.1.2. Application des exceptions des articles 25 et 28 LDA	3
a) Principes applicables	4
b) Application au cas d'espèce	5
2.1.3. Subsidiairement, non application des articles 41 ss. CO	6
a) Principes applicables	6
b) Application au cas d'espèce	7
2.2. L'arrêt attaqué ne viole pas la LCD	9
2.2.1. Qualification des activités de Mme Tratsch et de Kultart SA sur Internet sous l'angle de la LCD	9
2.2.2. Caractère non illicite de la reprise des photographies du catalogue de Pro Arte Basel	9
a) Principes applicables	9
b) Application au cas d'espèce	9
2.2.3. Violation de la liberté d'expression	10
a) Principes applicables	10
b) Application au cas d'espèce	11
2.2.4. Subsidiairement, non application des articles 41 ss. CO	12
a) Principes applicables	13
b) Application au cas d'espèce	13
IV. CONCLUSION	15

Bibliographie

BARRELET DENIS, EGLOFF WILLI, Le nouveau droit d’auteur, commentaire de la loi fédérale sur le droit d’auteur et les droits voisins, Stämpfli Editions SA, Bern 2008

BIANCHI DELLA PORTA MANUEL, Responsabilité pénale de l’éditeur de médias en ligne participatifs – Comment se prémunir des contenus illicites « postés » par des tiers ?, Medialex : Revue de droit de la communication, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009.

CHERPILLOD IVAN, Schranken des Urheberrechts, in SIWR II/1.

CIOLA-DUTOIT SOPHIE, COTTIER BERTIL, Le droit de la personnalité à l’épreuve des blogs, Medialex : Revue de droit de la communication, Stämpfli Verlag AG, Bern 2008.

DESSEMONTET FRANÇOIS, Le droit d’auteur, Publication CEDIDAC n°39, Lausanne 1999

DE WERRA JACQUES, L’évolution du droit d’auteur à l’épreuve d’internet, CEDIDAC, Lausanne 2004.

JUNG PETER, SPITZ PHILIPPE, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag AG, Bern 2010.

MACCIACCHINI SANDRO, Die unautorisierte Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werken in Massenmedien, sic! Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l’information et de la concurrence, 1997.

MAHON PASCAL, AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Schulthess Médias Juridique SA, Zurich, Bâle, Genève 2003.

MÜLLER BARBARA K., Urheberrechtsgesetz (URG), erste Auflage, Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag AG, Bern 2006.

REY-DEBOVE JOSETTE, REY ALAIN, Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2008, Paris 2008.

SONNEY VIRGINIE, WERRO FRANZ, Les services Internet et la responsabilité civile, Medialex : Revue de droit de la communication, Stämpfli Verlag AG, Bern 2008.

TERCIER PIERRE, Le droit des obligations, 4ème édition, Schulthess, Zurich 2009.

Messages

Message du Conseil fédéral à l’appui d’une Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), du 18 mai 1988 ; FF 1983 II 1037 ss.

Message concernant une loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 19 juin 1989; FF

1989 III 465 ss

Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral

ATF 64 II 24

ATF 123 IV 211

ATF 126 III 161

ATF 127 I 145

ATF 127 III 26

ATF 129 III 331

ATF 129 III 426

ATF 131 III 384

ATF 131 III 487

ATF 132 III 379

ATF 133 I 110

ATF 133 III 462

ATF 134 III 166

ATF 137 I 209

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)

Hertel c. Suisse, 25 août 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI

Arrêts non publiés

Arrêt 4C.224/2005

Arrêt 4C.167/2006

Table des abréviations

al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
CCS	Code civil suisse du 10 décembre 2007 (RS 210)
ch.	chiffre(s)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (RS 220)
CPC	Code de procédure civile (RS 272)
Cst.féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999
éd.	Edition
FF	Feuille fédérale
Fr.	Francs suisses
<i>Ibid.</i>	Idem
In	dans
M.	Monsieur
Mme	Madame
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale (RS 241)
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (RS 231.1)
let.	lettre(s)
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
n°	numéro(s)
p./pp.	page/pages
RS	Recueil systématique du droit fédéral
S.	<i>Seite</i> (page)
SJ	Semaine judiciaire
ss.	et suivants
§	Paragraphe

I. CONCLUSIONS

Jil Tratsch et Kultart SA concluent à ce qu'il

PLAISE AU TRIBUNAL FEDERAL

1. Rejeter le recours formé par Henry Tank et l'association Pro Arte Basel contre l'arrêt de la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville du 22 octobre 2012 ;
2. Confirmer cet arrêt ;
3. Rejeter toute autre conclusion de Henry Tank et de l'association Pro Arte Basel ;
4. Mettre les frais judiciaires et les dépens de la procédure de recours à la charge de Henry Tank et de l'association Pro Arte Basel.

II. EN FAIT

Jil Tratsch et Kultart SA (ci-après « les Intimées » ; « Mme Tratsch ») font leurs les considérants de faits de l'arrêt du Tribunal d'appel de Bâle-Ville et prient respectueusement le Tribunal fédéral de bien vouloir s'y référer.

III. EN DROIT

1. Recevabilité

La recevabilité du recours est contrôlée d'office par le Tribunal fédéral¹.

Les dispositions régissant le recours en matière civile de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) sont applicables, soit les articles 72 ss de ladite loi.

En outre, le dépôt du mémoire de recours est soumis au délai de l'art. 100 LTF et doit remplir les conditions de forme de l'art. 42 LTF.

En l'espèce, Jil Tratsch et Kultart SA se rapportent à la justice quant à la recevabilité du recours.

S'agissant du présent mémoire de réponse, il est déposé en temps utile le 19 novembre 2012, soit dans le délai imparti par le Tribunal fédéral conformément à l'art. 102 al.1 LTF. Il est signé par les

1 ATF 133 III 462

mandataires des Intimées au bénéfice d'une procuration, conformément à l'art. 40 al.2 LTF.

Au vu de ce qui précède, le mémoire de réponse est recevable.

2. Au fond

2.1. L'arrêt attaqué ne viole pas la LDA

2.1.1. Qualifications des activités de Mme Tratsch et de Kultart SA sur Internet sous l'angle de la LDA

Les Intimées contestant la qualification faite par Henry Tank et l'association Pro Arte Basel (ci-après « les Recourants » ; « M.Tank » ; « Pro Arte Basel » ou « l'association »), il s'agit, à titre liminaire, de qualifier les activités respectives de Mme Tratsch et de Kultart SA quant à la mise en ligne de l'article et de ses illustrations.

Plusieurs acteurs sont susceptibles, dans le domaine informatique, de participer à une atteinte au sens de la LDA et, si une faute peut leur être reprochée, de se voir imputer une responsabilité et de devoir s'acquitter de dommages-intérêts. Il s'agit des fournisseurs de contenu, des fournisseurs d'accès ou encore des fournisseurs d'hébergement.

Les fournisseurs de contenu (« *Internet Content Provider* ») sont les acteurs qui « créent ou mettent en forme des données à l'attention des utilisateurs d'Internet »². Il s'agit d'une part de l'auteur qui crée ou met à disposition des informations sur Internet et de l'autre de l'éditeur du site (« *Webmaster* ») qui administre le site et qui en est le responsable technique. Le fournisseur de contenu répond pleinement des informations qu'il diffuse sur Internet, dès lors que les conditions de la responsabilité civile sont remplies³.

Le fournisseur d'hébergement (« *Host provider* »), soit celui cédant à l'éditeur du site un espace sur son serveur pour que ce dernier puisse y héberger son site et le rendre accessible aux utilisateurs⁴, ne peut être attaqué en responsabilité que lorsqu'il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance des contenus illicites du site qu'il héberge⁵. « On ne saurait imposer à ces intermédiaires de vérifier l'intégralité du contenu des innombrables informations diffusées sans mettre en péril l'existence même d'Internet »⁶. Dès lors, la responsabilité des hébergeurs n'est engagée que lorsqu'ils ont été avertis de l'illicéité du site par une source crédible et qu'ils ne font

2 SONNEY/WERRO, pp. 119-120

3 SONNEY/WERRO, p.120

4 *Ibid.*

5 SONNEY/WERRO, p.131

6 SONNEY/WERRO, p. 121

rien pour le supprimer.

L'éditeur du blog ne rentre pas exactement dans une des catégories susmentionnées⁷. Selon que l'éditeur du site contrôle ou non les contributions extérieures postées sur son site, il se rapprochera plus de la situation juridique du fournisseur de contenu ou, au contraire, de celle du fournisseur d'hébergement⁸.

Il n'est pas contesté que Mme Tratsch, en sa qualité d'auteur de l'article, doit être qualifiée de fournisseur de contenu. En revanche, les Recourants ont qualifié, à tort, Kultart SA de fournisseur de contenu, l'activité de ce dernier se rapprochant plus de celle d'un fournisseur d'hébergement. En effet, Kultart SA ne fait que mettre à disposition un espace de stockage à certains journalistes, leur laissant ensuite une totale liberté. Cela ressort très clairement des éléments de faits établis devant l'instance cantonale, notamment lorsqu'il est expliqué que Mme Tratsch a rédigé l'article et l'a « aussitôt rendu accessible au public sur le portail blog » sans passer par Kultart SA en le téléchargeant directement sur le serveur du site. Par ailleurs, le même procédé a été utilisé pour les illustrations. Ainsi, Kultart SA, en n'intervenant pas sur le contenu du portail blog, se contente de « mettre à disposition une structure de communication »⁹ et sa position juridique est proche de celle d'un fournisseur d'hébergement.

La qualification ci-dessus a de l'influence principalement au niveau des actions réparatrices. En effet, un fournisseur de contenu répond pleinement de ce qu'il met en ligne, tandis que le fournisseur d'hébergement ne peut se voir imputer une faute qu'en présence d'un grave manque de diligence de sa part. En revanche, tous deux, en participant d'une manière ou d'une autre à l'atteinte, ont qualité pour défendre dans des actions défensives¹⁰.

2.1.2. Application des exceptions des articles 25 et 28 LDA

Il est reproché à Mme Tratsch d'avoir utilisé les reproductions photographiques du catalogue d'exposition de Pro Arte Basel pour illustrer son article critique et ainsi d'avoir violé le droit exclusif de représentation de cette dernière au sens de l'art. 10 al.2 let.c LDA. Par ailleurs, on lui reproche d'avoir photographié l'œuvre de M. Tank sans son autorisation, ce qui représente une violation du droit de reproduction de l'art. 10 al.2 let.a LDA. Quant à Kultart SA, les Recourants invoquent, à son encontre, une participation à ces deux atteintes par la publication de l'article sur son portail blog.

Les Intimées ne contestent pas la qualification d'œuvre protégée de l'installation d'art de M. Tank, ni la titularité de ce dernier du droit d'auteur sur celle-ci, ainsi que celle de l'association Pro Arte

7 DELLA PORTA, p.21

8 CIOLA-DUTOIT/COTTIER, p. 80

9 CIOLA-DUTOIT/COTTIER, p. 80

10 CIOLA-DUTOIT/COTTIER, p.77-78

Basel sur les reproductions photographiques du catalogue en ligne. Cependant, les Intimées rejoignent la décision de la Cour civile de l'instance précédente et affirment que des restrictions du droit d'auteur sont applicables en l'espèce et justifient les utilisations des œuvres.

a) Principes applicables

Il convient tout d'abord d'indiquer que ces exceptions légales, prévues dans le chapitre 5 de la LDA, sont de droit impératif¹¹. L'application des dispositions de ce chapitre permet, notamment, la restriction matérielle du droit d'auteur, c'est-à-dire qu'elle autorise « à quiconque de faire usage de l'œuvre sans en référer aux ayants droit et sans bourse délier »¹².

L'art. 28 al.1 LDA prévoit une exception pour les comptes rendus d'actualité. Celui-ci autorise les utilisations prévues à l'art. 10 al.2 LDA, dont la reproduction et la représentation d'une œuvre protégée¹³. La restriction, qui consacre le droit du public à l'information, est applicable lorsqu'un certain nombre de conditions sont respectées. Il est tout d'abord nécessaire qu'un événement actuel ait lieu. Celui-ci doit se produire à un certain moment, en un certain lieu et il peut toucher à différents domaines, tels que l'art, le spectacle, la politique, (...) ¹⁴. L'œuvre doit avoir été présentée publiquement au moment de cet événement ou alors être en lien thématique avec l'événement. Par exemple, pour un compte rendu sur l'ouverture d'une exposition, quelques tableaux pourraient être montrés¹⁵. Le compte rendu représente, quant à lui, un résumé, un condensé, qui met en avant les points jugés les plus importants de l'événement présenté¹⁶. De plus, le point déterminant pour définir un compte rendu d'actualité est le moment où est donnée l'information. En effet, il ne faut pas un intervalle de temps trop long entre l'événement et la diffusion du compte rendu¹⁷.

Du reste, si la Haute Cour venait à ne pas retenir la restriction légale du compte rendu d'actualité, l'exception de citation de l'art. 25 LDA permet de justifier l'utilisation des photographies prises par Mme Tratsch. La seule réserve dans l'interprétation de cette disposition est qu'il ne faut citer que ce qui est nécessaire, car la citation ne doit pas constituer le contenu principal de l'article¹⁸. La doctrine majoritaire est d'avis, contrairement au Message du Conseil Fédéral¹⁹, que la citation des œuvres des arts plastiques, comme des graphiques ou des photographies, est possible²⁰. La citation doit avoir un but précis, soit d'appuyer ou d'illustrer une affirmation²¹. Or, il est indéniable que

11 ATF 127 III 26

12 BARRELET, EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, ad.art 19 LDA, n°2, p.117

13 op.cit, ad.art 28 LDA, n°6, p.188

14 op.cit, ad.art 28 LDA, n°9, p.189

15 MACCIACCHINI, S. 362

16 BARRELET, EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, ad.art 28 LDA, n°8, p.188

17 MACCIACCHINI, S.371

18 BARRELET, EGLOFF, *le nouveau droit d'auteur*, ad.art 25 LDA, n°4, p. 177

19 Message concernant une loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 19 juin 1989; FF 1989 III 465 ss, ch. 212.52, p. 529

20 CHERPILLOD, in SIWR II / 1, p. 267

21 ATF 131 III 487

l'utilisation d'image par les médias est le moyen idéal pour appuyer et illustrer leurs affirmations. Le lecteur peut ainsi avoir une vision complète de l'information que propose le média. Il est, de plus, nécessaire, pour qu'une citation soit correcte, que la source soit indiquée, conformément à l'art. 25 al.2 LDA. Cette obligation est justifiée par l'honnêteté intellectuelle et les bons usages²².

b) Application au cas d'espèce

Jil Tratsch, journaliste sélectionnée pour rédiger des articles sur le portail blog de Kultart SA, a réalisé un article sur l'exposition du salon international d'art Bâle | ART. L'article comprend, certes, principalement une partie comparative entre les installations d'art de M. Tank et de Coco Zen, mais comme l'indique son titre « Scène contemporaine – Quo Vadis ? », le sujet principal de celui-ci est plus général. M. Tratsch et Kultart SA ont voulu donner aux lecteurs du blog une vision de l'exposition du salon en mettant en avant certaines des installations présentées à cette occasion et qui sont le reflet d'une tendance actuelle dans le monde artistique. Cette exposition n'est pas présente tout au long de l'année mais bien à un certain moment et pour une période déterminée. Elle se déroule en un lieu précis, soit le salon international d'art Bâle | ART. En ce sens, elle représente un événement qui peut faire l'objet d'un compte rendu selon l'art. 28 al.1 LDA. L'article a, par ailleurs, été rédigé en juin 2011, soit durant le salon international d'art. La condition de temps nécessaire à la qualification d'événement actuel, exigée par la doctrine et la jurisprudence, entre l'événement et le compte rendu est donc respectée, puisque Mme Tratsch n'a pas attendu avant de rédiger son article. De plus, les installations d'art de M. Tank ont été présentées au public à l'occasion de cet événement, car c'était une partie intégrante du salon. Il a lieu de préciser également que c'est uniquement pour le besoin du compte rendu que Mme Tratsch l'a illustré de photographies de l'installation d'art de M. Tank, afin de donner un aperçu complet du style d'installations d'art présentées durant l'exposition. Les conditions d'application de la restriction du droit de l'auteur de l'art. 28 LDA sont, pour ces motifs, respectées. L'utilisation, selon l'art. 10 LDA, par les Intimées de l'œuvre de M. Tank et des reproductions photographiques de l'association est, dès lors, justifiée et ne nécessitait aucune autorisation des Recourants.

Quant à l'exception de citation de l'art. 25 LDA, Mme Tratsch a utilisé ses propres photographies dans l'unique but d'illustrer son article, afin de donner au public une information complète quant aux installations d'art se trouvant dans le salon international d'art Bâle | ART. En effet, comme il s'agit d'une critique d'art, Mme Tratsch souhaite laisser libre cours aux opinions de chacun, et, ainsi, illustrer ses propos par des photographies permet d'atteindre cet objectif. S'agissant de l'obligation d'indiquer la source, Mme Tratsch mentionne très clairement le nom de l'artiste M. Tank dans son article et aucune confusion ne peut exister quant à l'identité de l'auteur de l'œuvre

22 DESSEMONTET, n°485, p. 353

photographiée.

Pour ces motifs, le Tribunal fédéral est invité à confirmer l'arrêt de la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville.

2.1.3. Subsidiatement, non application des articles 41 ss. CO

Afin de pouvoir réclamer des dommages-intérêts suite à une violation du droit d'auteur selon la LDA, quatre conditions doivent être cumulativement remplies, conformément aux articles 41 ss. CO traitant de la responsabilité aquilienne et auxquels renvoie l'art. 62 al.2 LDA. Pour que sa responsabilité soit engagée, l'auteur doit avoir causé un dommage par un acte illicite, soit intentionnellement soit par négligence.

Considérant que la reproduction et la représentation des illustrations du catalogue tombent dans le champ d'application de l'exception à la protection du droit d'auteur de l'art. 28 LDA, les Intimées estiment ainsi que l'acte de Mme Tratsch n'est pas illicite²³. Partant, une des conditions nécessaires à la condamnation en paiement de dommages-intérêts fait d'ores et déjà défaut.

Cependant, afin d'être complet et d'éviter qu'une divergence de vue avec le Tribunal de céans n'amène les Intimées à payer une somme qu'elles ne doivent pas, elles affirment subsidiairement que, *in casu*, ni la condition du dommage, ni celle de la faute ne sont remplies.

a) Principes applicables

Domage

Le dommage consiste en une diminution involontaire du patrimoine. Il se définit comme la différence entre le patrimoine actuel du lésé et le patrimoine qui aurait été le sien si l'événement dommageable n'avait pas eu lieu²⁴. Il peut consister en une perte éprouvée ou un gain manqué. Il s'agit d'un gain manqué lorsque, sans l'acte dommageable, le lésé aurait pu vraisemblablement, dans le futur, réaliser un bénéfice.

Dans le domaine de la propriété intellectuelle, le Tribunal fédéral a admis l'utilisation, pour le calcul du dommage, de la méthode de l'analogie avec un contrat de licence (« *Lizenzanalogie* »), consistant à voir le montant que l'auteur de l'acte illicite aurait dû payer s'il avait passé un contrat de licence avec le lésé²⁵. Néanmoins, il ne permet l'utilisation de cette méthode que lorsque le dommage est préalablement établi par le demandeur. En effet, le dommage normatif n'est pas reconnu en Suisse, à l'exception du dommage ménager et le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'existait « aucun motif d'étendre ces solutions exceptionnelles au domaine de la propriété

23 Voir ci-dessus 2.1.2, pp. 3-6

24 ATF 129 III 331

25 ATF 132 III 379

intellectuelle »²⁶. Ainsi, en cas de gain manqué, le demandeur doit prouver qu'il aurait été en mesure de réaliser ce gain et donc qu'il aurait vraisemblablement conclu un contrat de licence avec le défendeur. Cela nécessite notamment l'attestation que l'auteur de l'acte illicite aurait été d'accord de conclure un contrat de licence avec lui²⁷.

Faute

La faute se définit comme un manquement individuel aux devoirs imposés par l'ordre juridique. Elle peut être soit intentionnelle, soit par négligence lorsque l'auteur ne fait pas preuve de la diligence requise par les circonstances concrètes²⁸.

La faute, en droit d'auteur, suppose non seulement que le responsable savait qu'il s'agissait d'une œuvre protégée mais aussi que son acte ne tombait pas sous une des exceptions de la LDA²⁹.

b) Application au cas d'espèce

In casu, les Recourants soutiennent, à tort, avoir apporté assez d'éléments pour établir avec suffisamment de vraisemblance l'existence du dommage. En effet, ils se bornent à démontrer qu'ils utilisent depuis longtemps le système de redevances et que, ainsi, ils auraient appliqué le même régime à Mme Tratsch. En se justifiant de cette manière, ils ont oublié d'être plus concrets et de tenir compte du fait que Mme Tratsch n'est pas un acteur institutionnel, - contrairement à la majorité des clients de Pro Arte Basel -, qu'elle n'a aucun intérêt à avoir accès à l'entier des archives, et qu'elle n'aurait ainsi vraisemblablement pas été d'accord de déboursier la somme de Fr. 35'000.- pour reprendre uniquement quelques photographies pour illustrer son article. La situation de Mme Tratsch ne peut donc pas être comparée à celle des autres personnes et institutions à qui Pro Arte Basel a accordé un droit d'accès aux archives en ligne de ses catalogues d'exposition. Dès lors, comme l'a justement retenu le Tribunal d'appel de Bâle-Ville, les Recourants ont échoué à apporter la preuve du dommage en se servant de la méthode de la « *Lizenzanalogie* » de manière trop large.

Mme Tratsch ne conteste pas que les reproductions photographiques professionnelles reprises du catalogue en ligne sont des œuvres protégées au sens de la LDA. Néanmoins, elle savait que son acte se situait dans le champ d'application de l'exception de l'art. 28 LDA et, ce, de manière non fautive. En effet, comme soulevé précisément par les parties adverses, Mme Tratsch est une journaliste professionnelle et connaît bien les problématiques de droit d'auteur. Partant, elle savait, avec justesse, que la reprise des reproductions photographiques tombait sous l'exception de l'art. 28 LDA. De plus, certains faits n'ont fait que conforter Mme Tratsch dans son bon droit. En effet,

26 ATF 132 III 379

27 ATF 132 III 379

28 TERCIER, n°1890, pp. 379-380

29 MÜLLER, ad art.62 LDA, n°9, p.512

au moment où cette dernière a repris les photographies pour illustrer son article, elles étaient à disposition gratuitement sur le site de Pro Arte Basel. De plus, elles ne bénéficiaient, apparemment, d'aucune protection technologique servant à éviter le « copier-coller ». Dès lors, si Pro Arte Basel voulait à tout prix éviter que ses photos professionnelles ne soient reprises, même de manière licite, elle aurait dû user de certains moyens technologiques comme cela se fait de plus en plus souvent³⁰. Par conséquent, Mme Tratsch n'a commis aucune faute en l'espèce en considérant que la reprise des photographies du catalogue en ligne de Pro Arte Basel était licite.

En qualifiant Kultart SA de fournisseur d'hébergement, sa position juridique s'apparente à celle de l'imprimeur d'un journal. Le Tribunal fédéral a, à plusieurs reprises, considéré que l'on ne peut pas exiger de ce dernier qu'il vérifie le contenu de chaque article publié par un quotidien sérieux³¹. Ainsi, en suivant le même raisonnement, la responsabilité de Kultart SA, agissant en tant que simple intermédiaire, n'aurait pu être engagée que si cette dernière n'avait pas supprimé les contenus illicites d'articles dont elle avait connaissance ou dont elle aurait dû avoir connaissance, suite notamment à un avertissement provenant de source crédible³². La théorie de la *Gefahrensatz* (création d'un état de fait dangereux), appliquée par certains auteurs minoritaires aux intermédiaires d'Internet et visant à imposer à ces derniers la prise de mesures de sécurité afin d'éviter la réalisation d'une atteinte à la personnalité, n'est pas soutenable³³. Seule la conception exposée ci-dessus et soutenue par la doctrine majoritaire est admissible, car les fournisseurs d'hébergement proposent des « services parfaitement ordinaires, généralement non dommageables et socialement souhaitables »³⁴, tout comme les services de téléphonie ou de radiodiffusion et ne peuvent donc se voir prescrire une obligation accrue de diligence. Kultart SA n'intervient nullement dans la mise en ligne des articles, le téléchargement étant effectué directement sur son serveur par la journaliste. Elle n'a donc pas connaissance des articles et, en choisissant avec soin les journalistes autorisés à publier sur son portail blog, n'a pas à contrôler par la suite le contenu des publications. C'est seulement en décembre 2011, lors d'une correspondance avec les deux Recourants, que Kultart SA a connaissance de l'utilisation « illicite » des illustrations provenant du catalogue de Pro Arte Basel. Elle avait été auparavant interpellée par M. Tank, mais uniquement quant au contenu soi-disant déloyal de l'article, M. Tank étant plutôt satisfait que des reproductions de ses œuvres circulent sur Internet. Dès lors, elle n'a pas commis de faute en ne supprimant pas l'article et les illustrations, car elle ne pouvait prendre au sérieux ces avertissements. En effet, la lenteur de la réaction de Pro Arte Basel ainsi que l'absence d'arguments pour démontrer l'atteinte et la contradiction évidente entre les intérêts des deux Recourants décrédibilisent totalement ces

30 DE WERRA, pp.21-23

31 ATF 64 II 24, ATF 126 III 161

32 SONNEY/WERRO, p. 131

33 CIOLA-DUTOIT/COTTIER, p. 78

34 *Ibid.*

avertissements. Ainsi, aucune faute ne peut être reprochée à Kultart SA et celle-ci ne peut donc pas être amenée à payer des dommages-intérêts.

Conclusion intermédiaire

L'arrêt de la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville doit être confirmé en ce sens que les conditions de la responsabilité civile de l'art. 41 CO ne sont pas réalisées dans les cas d'espèce et que les Intimées ne peuvent donc pas être amenées à s'acquitter de dommages-intérêts.

2.2. L'arrêt attaqué ne viole pas la LCD

2.2.1. Qualification des activités de Mme Tratsch et de Kultart SA sur Internet sous l'angle de la LCD

La qualification effectuée au point 2.1.1 aux pages 2 et 3 du présent mémoire peut également s'appliquer sous l'angle de la LCD.

2.2.2. Caractère non illicite de la reprise des photographies du catalogue de Pro Arte Basel

a) Principes applicables

Pro Arte Basel invoque, en plus d'une violation de la LDA, la violation de la LCD au sujet des reproductions photographiques professionnelles.

Pour que l'art. 5 let.c LCD soit applicable, il faut que l'on soit en présence d'une reprise du travail d'autrui, par des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant. De plus, le résultat du travail doit être prêt à être mis sur le marché et enfin le reprenant doit l'exploiter comme tel.

S'agissant de la condition du sacrifice correspondant, le Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), du 18 mai 1988 (ci-après « Message à l'appui de la LCD »), considère que le juge peut prendre en compte l'amortissement des investissements pour la création de la prestation par le demandeur³⁵. Le Tribunal fédéral admet également cette théorie, estimant alors que la circonstance du sacrifice correspondant n'a plus lieu d'être lorsque le prestataire premier a pu amortir ses frais³⁶.

b) Application au cas d'espèce

Les Intimées ne rejettent aucunement l'application de la LCD mais estiment, en revanche, que les

35 FF 1983 II 1037 ss. N°241.5, p.1104

36 ATF 134 III 166

Recourants admettent, à tort, la condition de l'illicéité, la condition du défaut de sacrifice correspondant n'étant pas remplie.

En mettant les reproductions photographiques en ligne gratuitement à disposition du public pendant la durée du salon Bâle | ART, Pro Arte Basel démontre qu'elle a amorti ses frais engendrés par l'engagement d'un photographe au moment de la reprise des photographies par Mme Tratsch. En effet, la somme non démesurée que représente la création des photographies a certainement pu être couverte par les revenus publicitaires de Pro Arte Basel. En outre, le fait que l'association les mette gratuitement à disposition pendant la durée du salon laisse supposer qu'elle n'était pas dans la nécessité de recevoir une telle somme. Quoi qu'il en soit, elle les amortira très probablement dans un futur proche, à partir du moment où elle rendra l'accès à l'entier des archives payant, pour une somme annuelle de Fr. 30'000.-, ce qui est loin d'être négligeable.

Au vu de ce qui précède, la protection de l'art. 5 let.c LCD n'a pas lieu d'être, et, partant, le Tribunal fédéral doit rejeter la prétention fondée sur la LCD, les photographies pouvant ainsi être reprises d'une manière licite.

2.2.3. Violation de la liberté d'expression

Les Intimées se prévalent de la liberté d'expression, rejetant ainsi le caractère déloyal de l'article en cause.

a) Principes applicables

Les libertés de communication, comme toutes les libertés, appartiennent tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales. L'art. 17 Cst.féd. est une disposition spécifique pour les médias et l'art.16 Cst.féd., disposition générale de la liberté d'expression, est subsidiaire à celle-ci³⁷. Différents moyens d'information, Internet compris, sont admis par l'art.17 Cst.féd., grâce à l'insertion des termes "autres formes de diffusion de productions et d'informations", qui permet une vision large et non statique du moyen d'information³⁸.

La liberté des médias prône le libre échange des opinions. La critique d'art est un cas particulier de publication dans la presse, car celle-ci a pour but de juger une œuvre³⁹, et ainsi de donner le point de vue, les pensées, les sentiments de son auteur. Pouvant être tant favorable que défavorable sur le sujet, la critique peut alors, dans ce dernier cas, susciter des mécontentements. De surcroît, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), dans sa jurisprudence constante, considère que la liberté d'expression vaut aussi pour les idées « qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société

37 ATF 127 I 145

38 MAHON/AUBERT, p.166

39 Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2008, p.587

démocratique »⁴⁰. Le Tribunal fédéral a, pour sa part, également affirmé que, lorsque la presse est mise en cause, la qualification de propos déloyaux au sens de la LCD ne doit pas être admise trop facilement⁴¹. Il a notamment évoqué cela dans l'examen de l'aspect trompeur d'une publicité comparative⁴². Par conséquent, la catégorie particulière d'article de presse que représente la critique mérite une ouverture d'esprit et ne doit pas être trop vite restreinte, au risque de tomber dans la censure, expressément prohibée à l'art.17 al.2 Cst.féd.

Une liberté peut être limitée aux conditions de l'art. 36 Cst.féd. Une restriction doit reposer sur une base légale, être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et, enfin, respecter le principe de proportionnalité. Ce dernier aspect se décline en trois sous-principes, soit la règle de l'aptitude, la règle de la nécessité et le principe de proportionnalité au sens étroit. La première maxime exige que la restriction soit apte à atteindre le but visé. La deuxième requiert que cette mesure soit la moins incisive possible. Enfin, la troisième nécessite une pesée des intérêts en présence⁴³.

b) Application au cas d'espèce

Mme Tratsch et Kultart SA peuvent se prévaloir de la liberté d'expression, celle-ci appartenant à toute personne physique ou morale. Mme Tratsch, en tant que journaliste, est considérée comme un acteur de presse, notion comprise comme un média au sens de l'art. 17 Cst.féd. Elle utilise Internet comme moyen de publication de son article. Elle peut, ainsi, valablement invoquer cette disposition.

Les Recourants soulèvent que la liberté d'expression des Intimées devrait être valablement restreinte aux conditions de l'art. 36 Cst.féd., et que, partant, les conditions de l'art. 9 LCD permettent de considérer l'article comme une publicité comparative déloyale au sens de l'art. 3 al.1 let.e LCD. Comme la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville l'a jugé, cette prétention est totalement infondée et la liberté d'expression couvre la critique de Mme Tratsch et de Kultart SA. Ainsi l'examen portera sur la démonstration qu'une restriction de cette liberté par l'art. 36 Cst.féd. n'est pas pertinente.

Il n'est pas contesté que la LCD remplit le critère de la base légale. En revanche, M. Tank invoque qu'il existe un intérêt public prépondérant consistant en la protection des droits d'autrui par une concurrence loyale et transparente. Selon ses propos, ce dernier intérêt est prépondérant par rapport à la liberté d'expression de Mme Tratsch. Or, il est depuis longtemps admis que cette liberté, et plus spécifiquement la liberté des médias, est primordiale pour la libre expression des opinions de

40 Arrêt *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, §46, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI

41 Arrêt 4C.224/2005 ; ATF 123 IV 211

42 ATF 129 III 426

43 ATF 133 I 110

chacun⁴⁴. Un tel intérêt public est en effet essentiel dans une société démocratique et ne devrait être qu'exceptionnellement restreint, surtout que Mme Tratsch ne retire aucun avantage personnel à agir de la sorte puisqu'elle n'est pas elle-même en concurrence avec M. Tank. En outre, M. Tank devait savoir qu'en exposant son œuvre aux yeux d'un public, il risquait également de recevoir quelques échos négatifs.

S'agissant du principe de la proportionnalité, les Recourants demandent, entre autres, la suppression de l'entier de l'article de l'Intimée. Or, cette restriction à la liberté des médias est tout à fait disproportionnée par rapport au comportement reproché, dans la mesure où seul un passage de l'article, et non son entier, est litigieux.

Enfin, selon la maxime de proportionnalité au sens étroit, les mesures demandées par M. Tank, à savoir l'interdiction future et la suppression de tout propos dévalorisant sur son œuvre ainsi que la suppression de l'article, sont disproportionnée par rapport au but visé par la LCD. En effet, l'intérêt privé de M. Tank et celui des consommateurs ne peuvent se trouver lésés par une simple critique qui n'use tout au plus que de tournures impersonnelles et de qualifications que tout lecteur, dont il ne faut pas dénier un total esprit critique⁴⁵, comprendra comme étant de simples opinions sur l'œuvre. De plus, et contrairement à ce que prétendent les Recourants, bien que le portail blog soit connu, il n'est lu que par le cercle restreint du milieu artistique et non par tout un chacun. Il ne touche qu'un lecteur caractéristique, si bien que les propos doivent être relativisés⁴⁶. Au contraire, limiter la liberté d'expression, surtout dans un domaine tel que l'art, reviendrait, comme précédemment évoqué, à admettre une forme de censure de l'échange d'opinions.

Conclusion intermédiaire

La liberté d'expression de Mme Tratsch et de Kultart SA ne pouvant être restreinte par les conditions de l'art. 36 Cst.féd., le Tribunal fédéral est invité à rejoindre la décision de la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville et ainsi à rejeter la prétention de M. Tank.

2.2.4. Subsidiatement, non application des articles 41 ss. CO

Afin de pouvoir réclamer des dommages-intérêts suite à un acte de concurrence déloyale selon la LCD, quatre conditions doivent être cumulativement remplies, conformément aux articles 41 ss. CO traitant de la responsabilité aquilienne et auxquels renvoie l'art. 9 al.3 LCD. Pour que sa responsabilité soit engagée, l'auteur doit avoir causé un dommage par un acte illicite, soit intentionnellement, soit par négligence.

Les Intimées contestent le fait que l'article de Mme Tratsch, ainsi que sa publication sur le site de

44 ATF 137 I 209

45 ATF 129 III 426

46 Arrêt *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, §49, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI

Kultart SA, représentent des actes de concurrence déloyale illicites considérant qu'ils sont justifiés par la liberté d'expression et plus spécifiquement par la liberté des médias (art. 17 Cst.féd.)⁴⁷. Ainsi, la condition de l'acte illicite fait défaut.

Toutefois, si le Tribunal fédéral avait un avis divergeant, les Intimées invoquent, subsidiairement, que ni la condition du dommage, ni celle de la faute ne sont remplies en l'espèce.

a) Principes applicables

Dommage

Le dommage consiste en une diminution involontaire du patrimoine. Il se définit comme la différence entre le patrimoine actuel du lésé et le patrimoine qui aurait été le sien si l'événement dommageable n'avait pas eu lieu⁴⁸. Il peut consister en une perte éprouvée ou un gain manqué.

Il s'agit d'un gain manqué lorsque, sans l'acte dommageable, le lésé aurait pu vraisemblablement, dans le futur, réaliser un bénéfice. La difficulté à prouver un gain manqué résulte dans le fait qu'il représente un montant hypothétique. De même, le Tribunal fédéral a relevé que la seule expérience de la vie ne permettait pas d'établir que des allégations fallacieuses publiées dans un journal largement diffusé étaient susceptibles de causer un dommage et que seuls des éléments concrets permettaient d'établir le préjudice⁴⁹.

Un gain manqué peut provenir de nombreux facteurs. En effet, le recul du bénéfice d'une entreprise ou d'une personne indépendante, de manière générale, peut être dû à certains facteurs internes, tels que notamment les possibilités de production, de livraison et la marge bénéficiaire ainsi qu'à certains facteurs externes, tels que la conjoncture, l'état du marché, le comportement des concurrents et les modes⁵⁰.

Faute

La faute se définit comme un manquement individuel aux devoirs imposés par l'ordre juridique. Elle peut être soit intentionnelle, soit par négligence lorsque l'auteur ne fait pas preuve de la diligence requise par les circonstances concrètes⁵¹.

b) Application au cas d'espèce

In casu, rien n'indique que M. Tank aurait pu réaliser le même revenu que les années précédentes. En effet, il est certain que nous vivons une période de crise et que les personnes amatrices d'art et prêtes à déboursier des sommes importantes se font plutôt rares. De plus, il est notoire que, dans le

47 Voir ci-dessus 2.2.3, pp.10-12

48 ATF 129 III 331

49 Arrêt 4C.167/2006

50 JUNG/SPITZ, ad art. 9 LCD, n° 128, p. 732

51 TERCIER, n°1890, pp. 379-380

monde de l'art, les modes changent très rapidement et que l'apparition de nouveaux talents est monnaie courante. Dès lors, il ne faut pas sous-estimer l'influence que ces facteurs externes peuvent avoir sur les acheteurs potentiels. Partant, M. Tank n'a subi aucun dommage concret, comme l'a considéré, à juste titre, le Tribunal d'appel de Bâle-Ville. Les Recourants n'ont, par ailleurs, pas apporté assez d'éléments concrets justifiant l'utilisation par le Tribunal de l'art. 42 al.2 CO.

Mme Tratsch n'a fait que son travail de journaliste et il était naturel qu'elle compare deux œuvres qui se trouvaient côte à côte dans le salon d'exposition et, ce, sans aucunement avoir la volonté d'avantager l'une par rapport à l'autre. De plus, Mme Tratsch est une grande amatrice d'art et n'a donc fait que de donner son avis personnel sur les œuvres exposées, sans penser que cela pourrait avoir une quelconque influence sur le marché de l'art. Enfin, comme tout journaliste, son but premier était de susciter un débat⁵² concernant la scène artistique contemporaine et son futur. En outre, en tant que journaliste professionnelle, elle était consciente du fait qu'elle usait de la liberté de presse et qu'elle bénéficiait donc d'une liberté plus grande, lui accordant notamment le droit d'avoir un regard critique et d'exprimer certains propos, même quelque peu déplaisants pour l'artiste⁵³. M. Tank, en exposant son œuvre dans un salon international, devait s'attendre à subir certaines critiques et surtout à voir son installation comparée avec d'autres œuvres. Il faut également admettre qu'en illustrant son article par des reproductions photographiques, Mme Tratsch a permis à ses lecteurs d'exercer leur libre arbitre et de se faire une opinion propre sur l'œuvre de M. Tank. Ce dernier reconnaît d'ailleurs qu'il n'était pas mécontent que ces photographies professionnelles circulent sur Internet pendant quelques temps. Ainsi, Mme Tratsch n'a pas commis de faute en écrivant et publiant cet article.

Il est également contesté que Kultart SA a commis une faute. En effet, en septembre 2012, soit trois mois après la publication de l'article et des illustrations litigieuses, M. Tank a averti Mme Tratsch et Kultart SA du contenu soi-disant illicite de l'article. Kultart SA prend alors connaissance de l'article « illicite » à ce moment-là seulement. Néanmoins, elle n'a pas commis de faute en ne faisant pas suite à la demande de suppression de M. Tank, car elle ne pouvait prendre au sérieux ses réclamations. En effet, ce dernier a attendu trois mois pour réagir et, lorsqu'il le fait, l'article et les illustrations en question se trouvent déjà dans les archives. De plus, comme démontré ci-dessus, Kultart SA a directement nié le caractère illicite de l'article considérant que cela tombait sous la liberté d'expression. Elle a donc fait preuve de la diligence requise par les circonstances et ne peut se voir reprocher une faute par négligence.

Conclusion intermédiaire

52 Arrêt 4C.167/2006

53 Arrêt 4C.167/2006

Au vu de ce qui précède, les Intimées n'engagent pas leur responsabilité et n'ont pas, dès lors, à s'acquitter d'une somme à titre de dommages-intérêts envers Pro Arte Basel. L'arrêt du Tribunal d'appel de Bâle-Ville doit être confirmé dans ce sens.

IV. CONCLUSION

Pour les motifs qui précèdent, les Intimées persistent dans leurs conclusions prises dans cette présente cause.

Le 19 septembre 2012

Jil Tratsch

Kultart SA