

RECOURS
EN MATIERE CIVILE

contre l'arrêt de la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville rendu le
22 octobre 2012

pour

Henry Tank

Association Pro Arte Basel

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

Recourants

contre

Jil Tratsch

Kultart SA

Intimées

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 recours dans la cause Tank/Pro Arte Basel c. Tratsch/Kultart SA

Madame la Présidente,

Mesdames et Messieurs les Juges,

En notre qualité de mandataires de Henry Tank et de l'association Pro Arte Basel, nous avons l'honneur de vous adresser, sous ce pli, un mémoire de recours contre l'arrêt de la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville rendu le 22 octobre 2012.

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	2
1. Recevabilité	2
2. Motifs	2
2.1. Violation de la LDA	2
2.1.1. Qualification des activités de Jil Tratsch et de Kultart SA sur Internet sous l'angle de la LDA	2
2.1.2. Prétentions de l'association Pro Arte Basel quant aux reproductions photographiques de son catalogue	4
a) Actions défensives	4
i) Principes applicables	4
ii) Application au cas d'espèce	6
b) Action réparatrice	7
i) Principes applicables	7
ii) Application au cas d'espèce	9
2.1.3. Prétentions de M. Tank quant aux photographies prises par Mme Tratsch..	10
a) Actions défensives	10
i) Principes applicables	10
ii) Application au cas d'espèce	11
2.2. Violation de la LCD	12
2.2.1. Qualification des activités de Mme Tratsch et de Kultart SA sur Internet sous l'angle de la LCD	12
2.2.2. Prétentions de Pro Arte Basel quant aux reproductions photographiques de son catalogue	12
a) Principes applicables	12
b) Application au cas d'espèce	13
2.2.3. Prétentions de M. Tank quant à l'article de Mme Tratsch	14
a) Actions défensives	14
i) Principes applicables	14
ii) Application au cas d'espèce	16
b) Action réparatrice	18
i) Principes applicables	19
ii) Application au cas d'espèce	19
IV. CONCLUSION	20

Bibliographie

AMBÜHL FANNY, BEUTLER STEPHAN, Fotografieren verboten ! -Zum Spannungsverhältnis von Urheber- und Eigentumsrecht im Fotografiebereich, Recht zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2011.

BARRELET DENIS, EGLOFF WILLI, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2008.

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.

BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Helbing & Lichtenhahn, Basel, Genf, München, 2001.

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.

CARRUZZO PHILIPPE, OBERSON PIERRE-ANDRE, La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Travaux de la Journée d’étude organisée par le Centre du droit de l’entreprise le 10 mars 1988 à l’Université de Lausanne, CEDIDAC, Lausanne 1988.

CHERPILLOD IVAN, Le droit d’auteur en Suisse, Publication CEDIDAC n°3, 1986.

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.

DUCOR PHILIPPE, IV. LCD et reprise des prestations, Internet 2003, CEDIDAC – Centre du droit de l’entreprise de l’Université de Lausanne, Lausanne 2004.

DE WERRA JACQUES, La protection juridique des contenus numériques et ses limites, in Quelques facettes du droit de l’Internet, Volume 3 et 4, PAN, Neuchâtel 2003.

JENNY RETO M., Die Eingriffskondiktion bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2005.

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

LEGLER THOMAS, Le rôle des différents acteurs de l’Internet, Internet 2005, CEDIDAC, 2005.

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.

RENOLD MARC-ANDRE, Internet et le droit d’auteur, Semaine judiciaire 2002 II.

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.

TROLLER KAMEN, Précis suisse du droit des biens immatériels, 2e édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2006.

Messages

Message concernant la révision du code civil – protection de la personnalité : art.28 CC et 49 CO – du 5 mai 1982 ; FF 1982 II 661 ss.

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 62 II 243

ATF 104 II 225

ATF 113 V 321

ATF 119 II 127

ATF 124 III 72

ATF 124 III 321

ATF 126 III 198

ATF 129 III 331

ATF 129 III 426

ATF 131 III 384

ATF 132 III 379

ATF 133 I 110

ATF 134 III 166

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.439/1998

Arrêt 4C.28/2002

Arrêt 4C.224/2005

Arrêt 4A_185/2007

Arrêt 4A_594/2009

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

Henry Tank et l'association Pro Arte Basel concluent à ce qu'il

PLAISE AU TRIBUNAL FEDERAL

Principalement

1. Déclarer le présent recours recevable ;
2. Admettre ce recours et annuler l'arrêt du Tribunal d'appel de Bâle-Ville du 22 octobre 2012 ;
3. Interdire à Jil Tratsch et Kultart SA toute utilisation future des reproductions photographiques provenant du catalogue d'exposition de Pro Arte Basel ;
4. Ordonner à Jil Tratsch et Kultart SA de supprimer les reproductions photographiques de l'article de Jil Tratsch sur le portail blog d'art de Kultart SA ;
5. Condamner Jil Tratsch et Kultart SA à verser à l'association Pro Arte Basel la somme de Fr. 35'000 (trente-cinq mille francs) ;
6. Ordonner à Jil Tratsch et Kultart SA de cesser de diffuser les photographies de son installation prises par Jil Tratsch ;
7. Faire interdiction à Jil Tratsch de décrire l'œuvre Müll | *tank* | er comme étant sans valeur ;
8. Ordonner à Jil Tratsch et Kultart SA de supprimer l'entier de l'article de Jil Tratsch ;
9. Ordonner à Kultart SA de publier, à ses frais, l'arrêt du Tribunal fédéral sur son portail blog d'art ;
10. Condamner Jil Tratsch et Kultart SA à verser à Henry Tank la somme de Fr. 50'000 (cinquante mille francs) ;
11. Rejeter toute autre conclusion prise par Jil Tratsch et Kultart SA.

Subsidiairement

12. Déclarer le présent recours recevable ;
13. Admettre ce recours et annuler l'arrêt du Tribunal d'appel de Bâle-Ville du 22 octobre 2012 ;
14. Renvoyer la cause au Tribunal d'appel de Bâle-Ville pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

En tout état de cause

15. Mettre les frais judiciaires et les dépens de première instance et du recours au Tribunal fédéral à la charge de Jil Tratsch et Kultart SA.

II. EN FAIT

Henry Tank et l'association Pro Arte Basel (ci-après « les Recourants » ; « M. Tank » ; « Pro Arte Basel » ou « l'association ») 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

Les Recourants interjetant un recours en matière civile, les articles 72 et suivants de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) sont, par conséquent, applicables.

La décision attaquée par le présent recours est finale (90 LTF) et rendue, en matière civile (72 LTF), par la dernière instance cantonale du canton de Bâle-Ville, soit le Tribunal d'appel (« *Appellationsgericht* ») (75 LTF). En matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, ce dernier statue en instance cantonale unique (art. 72 al.1 ch.5 de la loi d'organisation judiciaire du canton de Bâle-Ville, *Gerichtsorganisationsgesetz*, RS 154.100), conformément à l'art. 5 al.1 let.a et let.d du Code de procédure civile (CPC, RS 272).

Selon l'art. 74 al.2 LTF, lorsqu'une loi fédérale institue une instance cantonale unique, le recours est recevable, dans les affaires pécuniaires, indépendamment du respect d'une valeur litigieuse minimale.

L'art. 76 al.1 let.a LTF accorde la qualité pour recourir à toute personne ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente. M. Tank et Pro Arte Basel ayant déjà agi conjointement en tant que consorts devant l'autorité cantonale de dernière instance, ils ont tous deux qualité pour recourir.

Le jugement attaqué ayant été notifié aux Recourants le 24 octobre 2012, le présent acte posté le 19 novembre 2012 est déposé en temps utile (100 LTF). Il est signé par les mandataires des Recourants au bénéfice d'une procuration, conformément aux exigences de l'art. 40 al.2 LTF.

Au vu de ce qui précède, le présent recours est recevable.

2. Motifs

L'art. 95 LTF permet de soulever, dans un recours en matière civile, des griefs tenant notamment à la violation du droit fédéral. En l'espèce, les Recourants reprochent au Tribunal d'appel de Bâle-Ville d'avoir violé le droit fédéral, soit diverses dispositions de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA, RS 231.1), de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241) et de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (CO, RS 220). Les Recourants développent ci-après chacun de ces griefs.

2.1. Violation de la LDA

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

Les Recourants relèvent que la motivation de l'arrêt du Tribunal d'appel de Bâle-Ville ne permet pas de saisir si ce dernier a effectué une qualification des activités de Jil Tratsch et de Kultart SA (ci-après « les Intimées » ; « Mme Tratsch ») sur Internet. Celle-ci étant nécessaire afin de pouvoir

démontrer dans quelle mesure les Intimées peuvent être actionnées, tant au niveau des actions défensives que des actions réparatrices prévues par la LDA à son article 62, il faut, à titre liminaire, effectuer cette qualification.

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, notamment, des fournisseurs de contenu et 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 »¹. 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 remplies². En revanche, 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 utilisateurs³, ne peut être attaqué en responsabilité que lorsqu'il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance des contenus illicites du site qu'il héberge⁴.

Cette qualification a de l'importance principalement pour les actions réparatrices, la faute étant retenue plus facilement à l'encontre du fournisseur de contenu que du fournisseur d'hébergement. En revanche, en ce qui concerne les actions défensives, la qualité pour défendre appartient à toute personne participant à l'atteinte, qu'elle connaisse ou non le caractère illicite de l'action à laquelle elle participe. Partant, dans l'hypothèse d'un article publié sur Internet ayant un contenu illicite, l'auteur, l'éditeur du site sur lequel est publié l'article, ainsi que le fournisseur d'hébergement participent tous à l'atteinte et ont donc la qualité pour défendre, indépendamment de toute faute⁵.

L'éditeur d'un site participatif, tel qu'un blog, ne rentre pas exactement dans une des catégories susmentionnées⁶. Selon qu'il 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'hébergement⁷.

In casu, Kultart SA a créé un blog sur son site internet sur lequel divers journalistes peuvent publier des petits articles. Ces journalistes ont été sélectionnés avec soin par la société. Ainsi, cela

1 SONNEY/WERRO, pp.119-120

2 SONNEY/WERRO, p.120

3 *Ibid.*

4 SONNEY/WERRO, p.131

5 CIOLA-DUTOIT/COTTIER, pp.77-78

6 DELLA PORTA, p.21

7 CIOLA-DUTOIT/COTTIER, p. 80

lui permet d'exercer un contrôle qualitatif préalable des articles qui seront publiés sur ce blog. De plus, le portail blog se trouve sur le site www.kunstheute.ch, édité par Kultart SA, de même que la revue sur papier « Kunst heute ». Dès lors, en tant que *Webmaster* du site sur lequel se trouve le portail blog et du fait qu'elle exerce également un contrôle qualitatif en sélectionnant les journalistes, Kultart SA doit être qualifiée de fournisseur de contenu et répond, par conséquent, pleinement des informations diffusées par ses soins sur Internet.

Mme Tratsch, quant à elle, est également un fournisseur de contenu, en ce sens qu'elle est l'auteur qui a créé et a mis à disposition sur Internet l'article et les photos. Elle répond également pleinement des informations qu'elle a postées sur le portail blog de Kultart SA.

2.1.2. Prétentions de l'association Pro Arte Basel quant aux reproductions photographiques de son catalogue

a) Actions défensives

Pro Arte Basel invoque les actions civiles prévues par l'art. 62 LDA afin d'interdire l'utilisation future des reproductions photographiques provenant de son catalogue d'exposition en ligne et de demander la suppression définitive des images de l'article blog de Mme Tratsch sur le portail blog d'art de Kultart SA.

i) Principes applicables

L'art. 62 al.1 LDA permet une action en exécution d'une prestation lorsque la personne titulaire du droit d'auteur subit ou risque de subir une violation de son droit. Au moyen de l'art. 62 LDA, l'auteur a la possibilité, notamment, de demander au juge d'interdire la violation si elle est imminente ou de la faire cesser si elle dure encore. Ces actions peuvent être intentées, même si l'auteur du trouble n'a commis aucune faute⁸. L'action en interdiction est subordonnée à la vraisemblance d'une atteinte future. Une mise en danger seulement hypothétique et que rien ne concrétise ne suffit pas⁹. Lorsque le défendeur a déjà commis une telle violation et qu'il ne reconnaît pas les droits du demandeur, la jurisprudence présume, par exemple, qu'il existe un danger de répétition des actes incriminés¹⁰. Quant à l'action en cessation, elle vise à supprimer l'état de fait¹¹.

Qualité pour agir et qualité pour défendre

« La qualité pour agir appartient au titulaire du droit d'auteur, c'est-à-dire à l'auteur ou au cessionnaire d'un droit absolu » et la qualité pour défendre appartient, quant à elle, « à toute personne ayant commis une atteinte au droit d'auteur »¹². L'art. 6 al.1 LDA instaure le principe de

8 ATF 62 II 243

9 BARRELET / EGLOFF, ad.art.62 LDA, n°4, p.341

10 Arrêt 4C.28/2002

11 DESSEMONTET, n° 748, p.497

12 CHERPILLOD, p.103

création, selon lequel le droit d'auteur appartient à la personne physique qui a créé l'œuvre. Cependant, conformément à l'art. 16 al.1 LDA, les droits d'auteur peuvent être cédés. Au regard de l'art. 26 LDA, lorsqu'il s'agit d'éditer le catalogue, l'organisateur de l'exposition apparaît comme un éditeur. Celui-ci sera fréquemment lié aux différentes personnes participant à l'élaboration du catalogue par un contrat, soit de travail, ou de mandat voir d'entreprise. Par le biais de ce contrat et selon la théorie de la finalité, une cession des droits d'auteur est possible¹³.

Violation du droit d'auteur

Selon l'art. 9 al.1 LDA, l'auteur d'une œuvre protégée a un droit exclusif sur son œuvre. La loi lui confère des droits patrimoniaux qui lui permettent de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée (art. 10 al.1 LDA). L'art. 10 al.2 let.c LDA mentionne un droit exclusif de représentation. La doctrine s'accorde à dire que « la mise à disposition d'un contenu sur Internet en vue d'une consultation ultérieure par le public constitue une représentation au sens de l'art. 10 al.2 let.c LDA »¹⁴. En outre, le fournisseur de contenu qui procède à un *uploading*, c'est-à-dire à la mise à disposition d'une copie illicite de l'œuvre sur Internet, viole en particulier l'art. 10 al.2 let.c LDA. En effet, il prive l'auteur de son droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera représentée¹⁵.

S'agissant de la violation du droit d'auteur, il faut encore préciser qu'une conséquence de la qualification d'œuvre dérivée est la nécessité de respecter les droits d'auteur des œuvres préexistantes¹⁶. Si la photographie est protégée par un tel droit, il faut toujours vérifier si la reproduction est permise aussi bien par rapport à l'œuvre représentée que par rapport à la photographie elle-même¹⁷.

Restrictions au droit d'auteur

La LDA dispose des restrictions au droit d'auteur. L'art. 28 al.1 LDA prévoit, notamment, une exception à l'utilisation d'une œuvre pour un compte rendu d'actualité. Cette disposition suppose un compte rendu portant sur un événement actuel, durant lequel l'œuvre a été présentée. Un tel compte rendu doit avoir comme but d'informer le lecteur sur cet événement actuel et, pour ce faire, l'utilisation des œuvres doit être nécessaire. Mais la contemplation de l'œuvre ne doit pas avoir un rôle plus important que l'information elle-même¹⁸. En outre, l'art. 25 LDA prévoit l'exception de citation, qui, elle, ne suppose aucun événement actuel. Cependant, pour qu'une citation soit acceptable, il est nécessaire, selon l'art. 25 al.2 LDA, que la source soit indiquée. De plus, le

13 DESSEMONTET, n°498, p.364

14 DE WERRA, p.68

15 LEGLER, p.5

16 RENOLD, p.94

17 MACCIACCHINI, S.371

18 Message concernant une loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 19 juin 1989 ; FF 1989 III 465 ss. N°212.52, p.530

Conseil fédéral¹⁹ et certains auteurs sont d’avis que cette exception de citation ne touche pas les images²⁰.

ii) Application au cas d’espèce

En l’espèce, les reproductions photographiques du catalogue de l’association Pro Arte Basel sont utilisées pour illustrer l’article de Mme Tratsch qui est mis à disposition sur le portail blog de Kultart SA. Celui-ci jouit d’une excellente réputation. La vraisemblance d’une atteinte future est donc indéniable puisque, en raison de la grande influence du blog, ses articles sont souvent repris et diffusés par d’autres médias. De plus, les Intimées maintiennent que l’illustration de l’article par les reproductions photographiques du catalogue est licite. Enfin, l’atteinte dure encore étant donné que l’article, transféré dans les archives du portail blog et librement accessible au public, peut être facilement retrouvé par le biais des différents moteurs de recherche.

S’agissant du caractère protégeable des œuvres dérivées que représentent les reproductions photographiques du catalogue d’exposition de Pro Arte Basel, il a été reconnu sous l’angle de la LDA, tant par les Intimées que par le Tribunal d’appel de Bâle-Ville. Ce n’est donc pas un point contesté en l’espèce. Il n’est également pas contesté que Pro Arte Basel est titulaire des droits d’auteur sur les reproductions photographiques de son catalogue en ligne, s’étant probablement fait céder ces droits, en sa qualité d’organisatrice du salon international Bâle | ART, par le contrat la liant au(x) photographe(s) professionnel(s). Elle a donc la qualité pour agir, au sens de l’art. 62 LDA. Quant à la qualité pour défendre, il s’agit de se référer au point 2.1.1. aux pages 2 à 4 du présent recours. Ainsi, tant Mme Tratsch, en reprenant les photographies pour illustrer son article, que Kultart SA, en publiant ces illustrations sur son portail blog, participent à la violation des droits d’auteur de l’association et ont donc la qualité pour défendre.

Les qualités pour agir et défendre étant admises, il s’agit de démontrer qu’il y a bien une violation des droits d’auteur de Pro Arte Basel, non justifiée par les restrictions prévues par la LDA. *In casu*, Mme Tratsch a effectué une copie des photographies du catalogue de Pro Arte Basel, qu’elle a enregistrées sur son ordinateur pour ensuite les télécharger sur le serveur de Kultart SA et les intégrer dans son article. Elle a ainsi, avec la participation de Kultart SA, utilisé les œuvres protégées de Pro Arte Basel en les mettant à disposition sur le site www.kunstheute.ch, afin que celles-ci soient consultées ultérieurement par les lecteurs. En ne demandant pas d’autorisation à Pro Arte Basel pour ce faire, les Intimées ont violé le droit exclusif de représentation de Pro Arte Basel (art. 10 al.2 let.c LDA). En outre, le droit de représentation de celle-ci n’est vraisemblablement pas à l’abri d’autres atteintes, la popularité et l’influence du blog de Kultart SA rendant probable une utilisation illégitime des reproductions photographiques par d’autres médias.

19 FF 1989 III 465 ss. N°212.52, p.529

20 BARRELET, EGLOFF, Das neue Urheberrecht, ad. art.25 LDA, n°2, S.190

Il est nécessaire de préciser encore que le droit d'auteur de M. Tank, auteur de l'œuvre préexistante, n'a pas été violé. En effet, la mise à disposition de son œuvre sur Internet n'est, pour lui, pas dérangeante et pourrait même lui apporter un avantage publicitaire. Il consent donc tacitement à la reprise des photographies professionnelles dans l'article de Mme Tratsch sur le portail blog.

Contrairement à ce que le Tribunal d'appel de Bâle-Ville a estimé, les Recourants affirment que les restrictions au droit d'auteur établies par la loi ne sont pas applicables en l'espèce. L'utilisation illégitime des photographies ne peut être justifiée par l'application de l'art. 28 al. 1 LDA. L'article de Mme Tratsch a uniquement comme but de comparer les installations d'art présentées au salon international d'art Bâle | ART et ne porte pas sur l'événement en lui-même. Le titre même de cet article « Scène contemporaine – Quo Vadis ? » n'évoque en rien l'exposition du salon Bâle | ART. Les reproductions photographiques servent bien à illustrer l'article, mais celui-ci ne constitue pas un résumé des points essentiels de l'événement actuel, comme la doctrine l'exige²¹. En outre, l'exception de citation prévue à l'art. 25 LDA, qui, elle, ne suppose aucun événement actuel, n'est pas applicable pour l'utilisation de ces reproductions photographiques. N'étant pas fait mention du catalogue en ligne de Pro Arte Basel dans l'article de Mme Tratsch, la source de la citation exigée n'est donc pas indiquée.

La reprise des photographies par Mme Tratsch pour illustrer son article et leur publication par Kultart SA sur le portail blog, n'étant pas justifiées par les restrictions légales de la LDA, représentent ainsi une violation du droit d'auteur de Pro Arte Basel. Cela permet dès lors aux Recourants de requérir l'interdiction et la cessation de l'atteinte.

b) Action réparatrice

In casu, Pro Arte Basel élève une prétention en dommages-intérêts à hauteur de Fr. 35'000.-. Ainsi, les conditions issues des dispositions relatives à l'action en dommages-intérêts fondée sur la responsabilité délictuelle (41 ss. CO), auxquelles renvoie l'art. 62 al.2 LDA, doivent être remplies afin que la responsabilité des Intimées soit engagée.

Ces actions réparatrices ayant une fonction différente de celles, défensives, de l'art. 62 al.1 LDA, elles peuvent donc être invoquées cumulativement à ces dernières²².

i) 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

21 BARRELET, EGLOFF, Das neue Urheberrecht, ad. art.28 LDA, n°8, S.202

22 BAUDENBACHER, n° 179, pp. 179-180

dommageable n'avait pas eu lieu²³. 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 des droits de propriété intellectuelle, le Tribunal fédéral a admis l'utilisation, comme indice pour le calcul du bénéfice ayant échappé au lésé, de la méthode de l'analogie avec un contrat de licence (« *Lizenzanalogie* »), qui consiste à examiner combien le responsable aurait dû déboursier pour utiliser l'œuvre protégée si une licence lui avait été accordée à des conditions usuelles²⁴. Toutefois, le recours à cette méthode est admis uniquement si le lésé établit en premier lieu une diminution de son patrimoine. Ainsi, s'il invoque une perte de gain, il doit établir qu'il aurait été en position de réaliser ce gain²⁵.

Acte illicite

Est illicite tout acte violant un devoir légal général²⁶. Si le bien lésé est un bien absolu, protégé *erga omnes*, le seul fait qu'il subisse une violation rend l'acte illicite, pour autant néanmoins qu'il n'existe pas de motifs justificatifs. Il est admis que les biens de la propriété intellectuelle font partie de cette catégorie²⁷.

Lien de causalité entre l'acte illicite et le dommage

Cette condition est réalisée lorsqu'il existe un lien de causalité naturelle et un lien de causalité adéquate entre l'acte illicite et le dommage. La causalité naturelle est donnée lorsque l'acte illicite est la condition *sine qua non* du dommage. Quant à la causalité adéquate, elle existe lorsque l'acte illicite, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, était propre à entraîner un dommage tel qu'il s'est produit²⁸.

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 concrètes²⁹. Le comportement adéquat et diligent se définit de manière objective et correspond à celui que devrait avoir une personne raisonnable de la même profession ou du même groupe de personnes dans les mêmes circonstances³⁰.

En droit d'auteur, la protection existe indépendamment de toute inscription de l'œuvre dans un registre. L'auteur doit donc faire preuve de diligence et se renseigner, dès qu'il a un doute, tant sur

23 ATF 129 III 331
 24 ATF 132 III 379
 25 JENNY, n° 132, pp. 77-78
 26 ATF 119 II 127
 27 Arrêt 4A_594/2009
 28 ATF 113 V 321
 29 TERCIER, n°1890, pp. 379-380
 30 BAUDENBACHER, ad. Art 9, n°199, pp. 909-910

l'existence d'une œuvre protégée que sur le caractère illicite de son acte afin de clarifier la situation juridique³¹. Fondamentalement, les exigences de diligence sont élevées en matière de droit d'auteur, car « en général, les droits d'auteur sont connus, non seulement en raison du principe que nul n'est censé ignorer la loi, mais encore à la suite des activités importantes des sociétés de gestion pour en rendre le public conscient».³²

ii) Application au cas d'espèce

En l'espèce, Pro Arte Basel a mis en place, depuis de nombreuses années, un système permettant l'accès en ligne aux photographies professionnelles des catalogues de ses expositions contre paiement d'un montant de Fr. 30'000.- par année. Partant, il convient de conclure qu'elle aurait très volontiers accordé à Mme Tratsch son autorisation à une reproduction de ses photographies contre paiement d'une telle redevance. Son manque à gagner s'élève donc à Fr. 35'000.-, montant correspondant au tarif découlant de sa pratique antérieure pour un an et demi. Ce gain manqué est dû à la violation du droit d'auteur de Pro Arte Basel par Mme Tratsch et Kultart SA³³, violation représentant un acte illicite. En effet, la reprise, sans droit, des illustrations normalement accessibles uniquement en payant une redevance, était propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un manque à gagner de Fr. 35'000.- pour Pro Arte Basel.

Mme Tratsch n'a pas fait preuve de la diligence requise et aurait dû se renseigner sur le caractère illicite de la reprise de ces photos sur le blog de Kultart SA. Il est notoire que les photographies professionnelles, même si elles sont mises en ligne sur Internet, ne peuvent pas être reprises sans demander l'autorisation à leur auteur et encore moins lorsqu'elles sont rendues accessibles à un large public. De plus, Mme Tratsch, de par son expérience professionnelle de journaliste, doit vraisemblablement être au courant des problématiques de droit d'auteur, de telles questions se posant couramment dans le milieu artistique. Ainsi, elle aurait dû faire preuve d'une grande prudence en reprenant les illustrations du catalogue Pro Arte Basel et se rend, de par ce manquement, coupable d'une faute par négligence.

En qualifiant Kultart SA de fournisseur de contenu, sa situation est rapprochée de celle d'un éditeur de journal. Cela signifie qu'elle répond pleinement des informations diffusées sur le site qu'elle édite. En l'espèce, Kultart SA aurait dû faire preuve de plus de diligence et vérifier le contenu des articles publiés sur son portail blog. En effet, de par la grande influence et la grande renommée du blog dans les milieux artistiques, Kultart SA, en tant que *Webmaster*, se devait de contrôler les articles mis en ligne et, cas échéant, de supprimer les contenus illicites. Elle a donc commis une faute par négligence.

31 JENNY, n° 212, 213, pp. 122-123

32 DESSEMONTET, n°798, p.522

33 Voir ci-dessus 2.1.2. a) ii), pp. 6-7

Conclusion intermédiaire

Tant Mme Tratsch que Kultart SA remplissent les quatre conditions de l'art. 41 CO et engagent leur responsabilité. Ils participent ainsi tous deux fautivement à l'atteinte aux droits d'auteur de Pro Arte Basel qui a entraîné un dommage pour cette dernière à hauteur de Fr. 35'000.-.

Afin que les Intimées soient tenues de réparer solidairement le dommage en vertu de l'art. 50 al.1 CO, il faut qu'elles aient causé ensemble, par une faute commune et de manière illicite, un dommage.³⁴ Il suffit, pour pouvoir leur reprocher une cause commune, que chacune ait pu, avec l'attention nécessaire, connaître la participation de l'autre à l'acte dommageable³⁵.

In casu, Mme Tratsch, en publiant les illustrations sur le portail blog de Kultart SA ne pouvait qu'être consciente du fait que cette dernière participait à l'atteinte en les mettant en circulation sur Internet. De même, Kultart SA connaît la participation de Mme Tratsch, l'ayant elle-même autorisée à publier sur son portail blog.

En conclusion, Mme Tratsch et Kultart SA sont solidairement responsables du dommage de Pro Arte Basel suite à leur violation commune des droits d'auteur de Pro Arte Basel. En tant que l'arrêt de la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville n'octroie pas à Pro Arte Basel des dommages-intérêts à hauteur de Fr. 35'000.-, comme demandé devant l'instance cantonale, il viole le droit fédéral. Il doit être réformé en ce sens qu'il est alloué des dommages-intérêts de Fr. 35'000.- à Pro Arte Basel.

2.1.3. Prétentions de M. Tank quant aux photographies prises par Mme Tratsch

a) Actions défensives

M. Tank invoque contre les Intimées une des actions de l'art. 62 al.1 let.b LDA, car il souhaite faire cesser la diffusion des photographies de son installation prises par Mme Tratsch.

i) Principes applicables

Afin d'avoir la qualité pour agir en action civile selon la LDA, comme développé précédemment³⁶, il faut être le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre, soit, selon l'art. 6 LDA, être la personne physique qui a créé l'œuvre.

Violation du droit d'auteur

L'un des droits exclusifs de l'auteur d'une œuvre protégée est la reproduction selon l'art. 10 al.2 let.a LDA. En effet, « l'auteur a le droit d'incorporer des exemplaires de son œuvre de quelque manière que ce soit dans un matériel durable : [...], photographies, [...] »³⁷. Ce droit exclusif de reproduction a pour conséquence que les œuvres protégées ne peuvent être photographiées qu'avec

34 ATF 104 II 225

35 ATF 4A_185/2007

36 Voir ci-dessus 2.1.2 a) i), pp. 4-5

37 BARRELET, EGLOFF, Le nouveau droit d'auteur, ad. art.10 LDA, n°12, p.57

le consentement de leur auteur³⁸. Il faut toutefois que l'œuvre soit reconnaissable dans la photographie pour considérer qu'elle a été reproduite³⁹. De plus, la loi mentionne à l'art. 10 al.2 let.c LDA un droit exclusif de représentation⁴⁰.

Restrictions au droit d'auteur

La loi prévoit, comme relevé précédemment, des restrictions au droit d'auteur, dont notamment l'exception de citation à l'art. 25 LDA. Le Conseil fédéral⁴¹ et certains auteurs sont d'avis que l'exception de citation prévue par l'art. 25 LDA ne touche pas les images⁴². La loi instaure une exception du domaine public à l'art. 27 LDA qui rend licite la reproduction d'une œuvre, lorsque celle-ci se trouve sur une voie ou une place accessible au public. Mais la doctrine précise que les statues et les tableaux abrités dans un musée ne tombent pas sous cette exception et ne peuvent pas être librement photographiés⁴³. S'agissant de l'exception de l'art. 28 al.1 LDA, il est renvoyé aux développements au point 2.1.2. a) i) aux pages 5 et 6 du présent recours.

ii) Application au cas d'espèce

M. Tank a bien la qualité pour agir, car il a créé l'œuvre et est donc le titulaire des droits d'auteur sur celle-ci. S'agissant de la qualité pour défendre, elle est remplie par Mme Tratsch et Kultart SA⁴⁴. Afin d'invoquer l'action en cessation prévue par l'art. 62 al.1 let.b LDA, les Recourants se contentent de démontrer que M. Tank a subi une violation de son droit d'auteur.

Mme Tratsch a pris des photographies sur lesquelles on voit les installations d'art au premier plan. L'œuvre de M. Tank est donc nettement reconnaissable sur les photographies. En outre, Mme Tratsch a effectué ces clichés sans demander d'autorisation à M. Tank et a, en ce sens, violé son droit exclusif de reproduction. Mme Tratsch a également utilisé les photographies non professionnelles, en plus de celles du catalogue en ligne de Pro Arte Basel, pour illustrer son article rendu accessible au public sur le portail blog de Kultart SA. Le droit exclusif de représentation de M. Tank a donc également été violé (art. 10 al.2 let.c LDA).

En outre, les exceptions des art. 19 et suivants LDA n'entrent pas en ligne de compte pour justifier la violation du droit d'auteur de M. Tank. L'exception de citation n'est pas pertinente *in casu*. En effet, Mme Tratsch a utilisé des photographies de l'œuvre de M. Tank pour illustrer son article, or, les images ne peuvent être l'objet de la citation. Quant à l'exception du domaine public, l'exposition se trouvant dans un salon d'art, elle n'est pas applicable, car la condition de « place accessible au public » n'est pas réalisée.

38 AMBÜHL, BEUTLER, S.16

39 MACCIACCHINI, S.363

40 Voir ci-dessus 2.1.2 a) i), p.5

41 FF 1989 III 465 ss. N°212.52, p.529

42 BARRELET, EGLOFF, Das neue Urheberrecht, ad. art.25 LDA, n°2, S.190

43 BARRELET, EGLOFF, Le nouveau droit d'auteur, ad. art.27 LDA, n°4, p.184

44 Voir ci-dessus 2.1.2 a) ii), p.6

Au vu de ce qui précède, les conditions de l'art. 62 al.1 LDA sont remplies et l'arrêt du Tribunal d'appel de Bâle-Ville doit être réformé en ce sens qu'il est ordonné que l'article contenant les photographies de l'œuvre de M. Tank soit supprimé.

2.2. Violation de 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 à 4 du présent recours peut également s'appliquer sous l'angle de la LCD.

2.2.2. Prétentions de Pro Arte Basel quant aux reproductions photographiques de son catalogue

a) Principes applicables

Pro Arte Basel invoque une violation de la LCD concernant la reprise déloyale des reproductions photographiques dans l'article de Mme Tratsch. En effet, il est possible, selon le Tribunal fédéral, d'invoquer cumulativement la violation d'une loi spéciale du droit de la propriété intellectuelle et la violation de la LCD⁴⁵ si des éléments constitutifs d'un comportement déloyal sont remplis⁴⁶.

A titre liminaire, il s'agit d'examiner si la LCD est applicable. La LCD vise à garantir une concurrence loyale (art.1 LCD). Elle est appliquée uniquement dans le domaine de la concurrence, définie par le Tribunal fédéral comme « une compétition, une rivalité sur le plan économique entre des personnes qui offrent des prestations. »⁴⁷. Ainsi, il doit y avoir un marché. L'acte de concurrence déloyale doit influencer ce marché et, par conséquent, influencer le jeu de la concurrence. Il est parfaitement admis que cet acte puisse être commis par un tiers, et non uniquement par un concurrent⁴⁸. Il n'est pas non plus exigé que l'auteur de l'acte, par son comportement, ait la volonté d'influencer le marché⁴⁹.

L'art. 9 al.1 LCD permet d'intenter des actions défensives. Comme précédemment vu pour la LDA⁵⁰, Pro Arte Basel invoque une action en interdiction, ainsi qu'une action en cessation contre l'atteinte commise envers ses reproductions photographiques. Ces actions sont également pertinentes sous l'angle de la LCD, les Recourants se contentent de développer les conditions prévues par l'art. 9 al.1 LCD, soit une atteinte, un acte de concurrence déloyale et un lien de causalité entre ce dernier et l'atteinte.

45 ATF 124 III 321

46 ATF 131 III 384

47 ATF 126 III 198

48 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 ») ; FF 1983 II 1037 ss. N°241.2, p.1093

49 ATF 126 III 198

50 Voir ci-dessus 2.1.2. a), pp.4-7

Les qualités pour agir sont prévues aux art. 9 et 10 LCD. Quant aux qualités pour défendre, il est fait référence au point 2.1.1. aux pages 3 et 4 du présent recours.

Atteinte

L'atteinte est une notion large admettant tant le dommage au sens strict que la menace d'une atteinte aux intérêts économiques, suite à un acte de concurrence déloyale⁵¹.

Acte de concurrence déloyale

L'art. 5 let.c LCD trouve son application lorsqu'une personne crée une situation d'avantage concurrentiel en reprenant, d'une manière contraire à la LCD, le résultat du travail d'un tiers. Il s'agit, par ce biais, de prohiber un certain comportement, mais non pas de protéger les prestations en elles-mêmes, contrairement au droit d'auteur⁵². Une prestation protégée par l'art. 5 let.c LCD doit être le « résultat d'un effort intellectuel et matériel »⁵³. La reprise doit ensuite être faite par des procédés techniques de reproduction, soit certains moyens qui visent à reproduire sans peine une prestation nécessitant des efforts et dépenses⁵⁴. Pour qu'elle soit déloyale au sens de la LCD, elle doit encore être faite sans sacrifice correspondant. Cette notion suppose une comparaison des investissements de chacun des deux prestataires, en observant la prestation du reprenant avec la dépense hypothétique qu'il aurait subie s'il avait effectué lui-même la prestation depuis la première étape de création⁵⁵. Enfin, le résultat du travail doit être prêt à être mis sur le marché et exploité comme tel. Selon le Message à l'appui de la LCD, ce résultat doit ainsi être matérialisé, mais il peut très bien être déjà présent sur le marché⁵⁶.

La dernière condition de l'action est le lien de causalité. Cette condition a été examinée plus haut, de sorte que les Recourants y renvoient.⁵⁷

b) Application au cas d'espèce

En l'espèce, par l'insertion des reproductions photographiques professionnelles dans l'article de Mme Tratsch, et en rendant l'accès gratuit à ces dernières, Mme Tratsch et Kultart SA se mettent en rivalité avec Pro Arte Basel qui, au contraire, en rend l'accès payant. Dès lors, elles entravent le marché de l'art et la LCD est applicable.

Pro Arte Basel étant une personne morale, l'art. 10 al.2 let.a LCD lui permet d'intenter les mêmes actions que celles de l'art. 9 al.1 et 2 LCD. Tant Mme Tratsch, en reprenant les photographies pour illustrer son article, que Kultart SA, en publiant ces illustrations sur son portail blog, participent à l'atteinte condamnable selon la LCD et ont donc la qualité pour défendre.

51 FF 1983 II 1037 ss. N°242.1, p.1109

52 ATF 131 III 384

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

54 *Ibid.*

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

56 FF 1983 II 1037 ss. N°142.25, p.1056

57 Voir ci-dessus 2.1.2. b) i), p.8

Mme Tratsch a repris, sans autorisation et sans paiement d'une redevance, les reproductions photographiques de Pro Arte Basel se trouvant dans le catalogue d'exposition du salon. Les photographies sont archivées avec l'article sur le portail blog de Kultart SA et accessibles à long terme gratuitement. Ceci menace très fortement le modèle économique de Pro Arte Basel, sachant que cette dernière prévoyait l'accès payant au catalogue d'exposition. Une telle menace d'atteinte future à ses intérêts économiques suffit pour remplir la condition de l'atteinte.

Le Message à l'appui de la LCD⁵⁸, ainsi que Philippe Ducor⁵⁹ considèrent qu'une photographie est parfaitement concernée par une reprise. Le moyen utilisé par Mme Tratsch, à savoir l'enregistrement d'une copie des photographies sur son ordinateur suivi d'un téléchargement sur le serveur de Kultart SA, représente un procédé technique de reproduction, comme admis par le Tribunal fédéral⁶⁰.

Pro Arte Basel a dû engager un photographe professionnel pour réaliser les clichés des installations d'art, ce qui lui a entraîné des frais. En revanche, Mme Tratsch, en copiant et téléchargeant les photographies, sans autorisation et sans redevance, n'a eu nul sacrifice correspondant à celui de Pro Arte Basel, s'épargnant des dépenses semblables, soit le salaire d'un photographe professionnel pour illustrer son article. Cette situation a d'ailleurs été envisagée par Kamen Troller⁶¹. Enfin, les reproductions photographiques, résultat matérialisé d'un travail, se trouvent déjà dans le catalogue d'exposition, mis à disposition gratuitement pendant la durée du salon. Mme Tratsch se contente, en les copiant puis en téléchargeant, de les insérer comme telles dans son article.

Cet acte de concurrence déloyale est propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à menacer le modèle économique de Pro Arte Basel, dont la survie tient principalement à l'accès payant des catalogues d'exposition.

Les conditions de l'art. 5 let.c LCD étant remplies, les conclusions de Pro Arte Basel basées sur l'application de la LDA⁶² doivent être rejointes et une interdiction d'utilisation future des photographies et une suppression de celles-ci de l'article de Mme Tratsch doivent être ordonnées.

2.2.3. Prétentions de M. Tank quant à l'article de Mme Tratsch

a) Actions défensives

i) Principes applicables

Les conditions d'application de la LCD sont un marché et un acte qui influe le jeu de la concurrence sur ce marché⁶³.

58 FF 1983 II 1037 ss. N°241.5, p.1105

59 DUCOR, p.172

60 ATF 134 III 166

61 TROLLER, p.367

62 Voir ci-dessus 2.1.2. a) ii), pp. 6-7

63 Voir ci-dessus 2.2.2 a), pp. 12-13

M. Tank invoque différentes actions défensives prévues à l'art. 9 al.1 et 2 LCD, soit une action en interdiction, une action en cessation ainsi que l'action en publication du jugement, à l'encontre de l'article de Mme Tratsch. La première action est admise lorsqu'une personne est l'objet d'une atteinte imminente. Il est admis qu'un avertissement émis au moment de l'atteinte mais ne provoquant aucune réaction de la partie adverse constitue un indice pour admettre l'action en interdiction⁶⁴. Quant à l'action en cessation, toute personne faisant l'objet d'une atteinte actuelle peut l'invoquer⁶⁵. La publication permet de corriger l'impression dommageable laissée dans le public⁶⁶.

Les qualités pour agir sont prévues aux art. 9 et 10 LCD. Quant aux qualités pour défendre, il est fait référence au point 2.1.1. aux pages 2 à 4 du présent mémoire.

Acte de concurrence déloyale

L'art. 3 al.1 let.e LCD prévoit que celui qui 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, agit de façon déloyale. Cette disposition pose ainsi une limite à la publicité comparative, en principe licite en Suisse⁶⁷.

Une comparaison publicitaire déloyale est généralement précédée d'un examen du caractère illicite à la lumière de la liberté d'expression. Une restriction de cette liberté est admise aux conditions de l'art. 36 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.féd. ; RS 101). Une telle restriction doit d'abord se fonder sur une base légale (art. 36 al.1 Cst.féd). Ensuite, elle doit se justifier par un intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui (art.36 al.2 Cst.féd). De plus, la restriction doit respecter le principe de proportionnalité (art. 36 al.3 Cst.féd), soit les maximes d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité au sens étroit. Pour déterminer si cette dernière maxime est respectée, il s'agit de faire une pesée des intérêts en présence⁶⁸.

Pour qu'une publicité comparative soit déloyale, la jurisprudence considère qu'il s'agit d'examiner comment les propos utilisés peuvent être compris par un « acheteur suisse moyen, non professionnel et normalement doué. »⁶⁹. Une impression globale ne suffit pas, il est nécessaire d'examiner chaque déclaration incriminée à la lumière de l'art. 3 al.1 let.e LCD⁷⁰. A titre préliminaire, il est rappelé qu'est inexact tout propos contraire à la réalité⁷¹. Le terme fallacieux

64 ATF 124 III 72

65 FF 1982 II 661 ss. N°232, p.25 de l'abrégé

66 FF 1982 II 661 ss. N°233, p.26 de l'abrégé

67 FF 1983 II 1037 ss. N°152.4, p.1081 ; ATF 129 III 426

68 ATF 133 I 110

69 ATF 129 III 426

70 Arrêt 4C.224/2005

71 ATF 129 III 426

désigne, pour sa part, des propos certes exacts, mais tendant à induire le destinataire en erreur⁷². Quant au caractère inutilement blessant, il s'agit de tout propos non justifié, outrancier et que « la lutte économique ne saurait justifier »⁷³. Enfin, est parasitaire la publicité qui profite de la renommée du concurrent de manière injustifiée⁷⁴. Il est suffisant qu'un seul élément constitutif soit rempli pour que cette disposition s'applique⁷⁵.

Les deux autres conditions des actions défensives sont l'atteinte et le lien de causalité. Ces conditions ont été examinées plus haut, de sorte que les Recourants y renvoient⁷⁶.

ii) Application au cas d'espèce

L'acte en cause, soit l'article de Mme Tratsch, est une critique des œuvres de M. Tank et de Coco Zen, exposées au salon Bâle à ART. Le marché en cause est celui de l'art. M. Tank et Coco Zen offrent chacun des prestations artistiques différentes et représentent ainsi deux concurrents sur ce marché. L'article de Mme Tratsch, tierce partie à cette relation, est publié sur un blog reconnu, lu par de potentiels acheteurs. Dès lors, l'influence de cet article sur le jeu de la concurrence dans le marché de l'art ne peut pas être ignorée. Partant, la LCD est applicable.

Dans une première correspondance en septembre 2011, M. Tank s'est plaint auprès de Mme Tratsch, mais cela sans réaction de sa part. Par conséquent, Mme Tratsch niant encore le caractère illicite de son acte, il existe un danger de réitération de l'atteinte aux intérêts économiques de M. Tank. Ainsi, ce dernier invoque, à juste titre, une interdiction future de tout propos dévalorisant son œuvre. L'article étant archivé sur le web et facilement accessible en tout temps, cela suppose une atteinte persistante. Il est donc impératif que l'article soit supprimé d'une manière définitive. Enfin, comme il existe une possibilité permanente d'accéder à celui-ci, la confusion est encore présente lors du jugement. Partant, il y a un intérêt suffisant à ce que la publication du jugement soit faite sur le portail blog de Kultart SA, précisément là où les lecteurs ont pris connaissance de l'article, afin de permettre à M. Tank d'être restitué de son honneur perdu en affaires.

M. Tank, en tant que concurrent, a qualité pour agir selon l'art. 9 LCD. S'agissant de la qualité pour défendre, Mme Tratsch et Kultart SA, en tant que fournisseurs de contenu, ont tous deux participé à l'atteinte et remplissent ainsi cette qualité.

En l'espèce, l'article de Mme Tratsch constitue une atteinte, notamment à la réputation professionnelle et aux intérêts économiques de M. Tank. La critique, dépeignant l'œuvre de celui-ci par des propos largement négatifs, ternit son image dans le monde artistique. Il convient, en outre, de relever que la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville a admis que l'article puisse déployer

72 ATF 124 III 72

73 Arrêt 4C.224/2005

74 CARRUZZO/OBERSON, p.19

75 FF 1983 II 1037 ss. N°241.34, p.1096

76 Voir ci-dessus 2.2.2 a), pp.12-13 ; 2.1.2 b) i), p.8

des effets négatifs. Ces éléments suffisent ainsi à conclure qu'une atteinte a été commise à l'encontre de M. Tank.

Il convient de rejeter la conclusion de la Cour civile qui a admis que la liberté d'expression couvrait l'illicéité. L'examen du caractère illicite à la lumière de ce droit constitutionnel n'est pas réfuté par les Recourants, mais ceux-ci invoquent sa restriction aux conditions de l'art. 36 Cst.féd. La LCD vise à garantir une concurrence loyale et honnête, dans l'intérêt de diverses parties. Elle tend ainsi à la protection des droits d'autrui⁷⁷. L'article de Mme Tratsch lèse M. Tank dans le jeu de la concurrence et risque fortement de créer des confusions sur le marché auprès des acheteurs des œuvres d'art. La condition de l'intérêt public est donc remplie. Quant au principe de proportionnalité, la mesure intentée par M. Tank, soit les actions défensives de l'art. 9 LCD, est apte à atteindre le but visé par la LCD. Il n'y a, en outre, pas d'autres mesures possibles pour éviter que l'atteinte ne produise ses effets. Enfin, lors de la mise en balance des intérêts, soit de la protection des droits d'autrui et des intérêts privés de M. Tank avec la liberté d'expression de Mme Tratsch, il ressort clairement que la mesure demandée par le Recourant n'est pas disproportionnée. En effet, Mme Tratsch publie son article dénigrant sur le portail blog de Kultart SA, site ayant une excellente réputation et une grande influence en raison des reprises et diffusions par d'autres médias. Il est ainsi indéniable, et la Cour civile l'a également admis, qu'il puisse y avoir des effets négatifs sur le marché de l'art, tant à l'égard de l'honneur professionnel et des intérêts économiques de M. Tank qu'à celui des intérêts des acheteurs d'art. En outre, l'article ne porte pas sur un sujet de débat public. La LCD restreint ainsi valablement la liberté d'expression de Mme Tratsch. Le Tribunal fédéral est invité à rejeter la conclusion de la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville.

Les Recourants soutiennent que l'article de Mme Tratsch est une comparaison publicitaire déloyale au sens de l'art. 3 al.1 let.e LCD. L'article débute en décrivant l'œuvre d'Henry Tank comme une "plastique grotesque". Il s'agit d'un propos inutilement blessant, n'étant fondé sur aucun motif légitime. N'importe quel lecteur percevra l'œuvre comme n'ayant pas sa place dans le milieu artistique et sans aucune valeur esthétique. Mme Tratsch écrit par la suite "qu'aucune personne sobre et dotée d'un minimum d'intelligence" n'aurait idée de créer une telle œuvre et "de prendre le public pour des imbéciles en créant une installation aussi banale et dénuée de toute valeur artistique". Un tel propos n'a aucun intérêt dans la mesure où il n'indique aucune réflexion approfondie, qualité qui devrait être attendue d'une journaliste critique d'art. Par cette allégation, le lecteur lambda pourrait également comprendre que M. Tank a certains problèmes avec l'alcool. Au surplus, toute critique, d'une œuvre d'art, d'un film ou d'un livre, ne devrait pas se limiter à de simples opinions comparables à celles que l'on peut entendre au premier "café du coin". A la suite

77 *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, § 42, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI

de ces premiers propos, Mme Tratsch compare l'œuvre de M. Tank à celle de Coco Zen qui, elle, est innovatrice, ingénieuse et supérieure. Bien qu'il ne s'agisse que d'adjectifs assez généraux, le lecteur moyen comprendra bien qu'il s'agit d'une comparaison d'œuvres d'art et que celle de M. Tank est la figure totalement contraire à la fabuleuse Coco Zen. Pour finir, l'Intimée estime que la valeur des reproductions de « Müll | *tank* | er » ne va pas augmenter, au contraire de celles de Coco Zen. Il s'agit ici de propos fallacieux et risquant d'induire l'acheteur moyen en erreur. En effet, ce dernier hésitera fortement à acquérir une œuvre d'Henry Tank, si ses intérêts financiers sont mis en danger par la valeur de l'objet d'art. Le Tribunal fédéral a, par ailleurs, admis qu'il ne faut « pas sous-estimer le pouvoir attractif ou l'impact de la publicité sur le consommateur moyen »⁷⁸. Tous ces propos subjectifs déloyaux pourraient perdre de leur force si l'auteur avait pris le ton de l'humour ou les avait nuancés par des propos positifs. Or, il n'en est rien. Ainsi, chaque déclaration est propre à remplir un élément constitutif de l'art. 3 al.1 let.e LCD. En conclusion, Mme Tratsch avantage Coco Zen d'une façon contraire à la concurrence loyale et honnête.

Selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, la publication d'un article comparant d'une façon déloyale une œuvre sur un blog d'une excellente réputation et de grande influence est propre à influencer le marché de l'art, avantageant ainsi un concurrent par rapport à l'autre. En outre, la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville n'a pas nié que l'article de Jil Tratsch puisse déployer des effets négatifs. Partant, le lien de causalité adéquat est admis.

Conclusion intermédiaire

La liberté d'expression de Mme Tratsch et de Kultart SA est valablement restreinte aux conditions de l'art. 36 Cst.féd. et la critique d'art est une comparaison publicitaire déloyale au sens de l'art. 3 al.1 let.e LCD. La décision de la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville doit ainsi être rejetée et le Tribunal fédéral est invité à admettre les actions défensives invoquées.

b) Action réparatrice

L'art. 9 al.3 LCD traite des actions réparatrices et renvoie, de la même manière que l'art. 62 al.2 LDA, aux dispositions du CO y relatives. Ces actions réparatrices ayant une fonction différente de celles, défensives, de l'art. 9 al.1 et al.2 LCD, elles peuvent donc être invoquées de manière cumulative à ces dernières⁷⁹.

In casu, M.Tank élève une prétention en dommages-intérêts à hauteur de Fr. 50'000.-. Ainsi, ce sont les conditions issues des art. 41 ss. CO qui doivent être remplies afin que la responsabilité des Intimées soit engagée.

78 ATF 129 III 426

79 BAUDENBACHER, ad. art. 9, n° 179, pp. 179-180

i) Principes applicables

Les notions théoriques étant identiques à celles développées sous l'angle de la LDA, seules certaines précisions sont exposées ci-dessous.

*Domage*⁸⁰

Dans le domaine des droits de la propriété intellectuelle, il est admis que la baisse du bénéfice du lésé peut être considérée comme un dommage pour autant que celui-ci rende vraisemblable que cela est bien dû à la violation de ses droits et non à d'autres facteurs⁸¹.

Acte illicite

Est illicite tout acte de concurrence déloyale, comme le prévoit expressément l'art. 2 LCD.

Les deux autres conditions de l'action réparatrice sont le lien de causalité et la faute. Ces conditions ont été examinées plus haut, de sorte que les Recourants y renvoient⁸².

ii) Application au cas d'espèce

En l'espèce, durant plusieurs années de suite, M. Tank a pu réaliser un chiffre d'affaire moyen de Fr. 60'000.- dans les six mois qui suivaient le salon Bâle | ART. Il n'a, par contre, réalisé un bénéfice que de Fr. 10'000.- cette année suite à la publication de l'article de Mme Tratsch sur le blog de Kultart SA. Ainsi, si l'on compare son chiffre d'affaire moyen des précédentes années avec celui de cette année, il est tout à fait vraisemblable que ce recul soit dû à la publicité négative faite par la publication de l'article de Mme Tratsch. Force est de constater que cet acte lui a fait perdre des possibilités importantes de réaliser un gain. Partant, ces éléments, invoqués devant le Tribunal d'appel de Bâle-Ville, sont propres à laisser apparaître, selon le cours ordinaire des choses, le dommage comme étant hautement vraisemblable. Dès lors, le Tribunal cantonal de dernière instance aurait dû admettre l'existence du dommage, ou subsidiairement, faire application de l'article 42 al.2 CO qui s'emploie également pour la constatation de l'existence du dommage lorsqu'un certain stade de vraisemblance est atteint⁸³, étant donné que la preuve de chaque client perdu n'est, en pratique, pas possible et intolérable⁸⁴.

Ce manque à gagner est dû aux comportements déloyaux et donc illicites de Mme Tratsch et de Kultart SA⁸⁵. En effet, le Tribunal d'appel de Bâle-Ville a admis que l'article de Jil Tratsch puisse déployer des effets négatifs et a, ainsi, reconnu que, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, la diffusion de l'article de Mme Tratsch était propre à entraîner des effets sur les ventes futures de M. Tank, et ce d'autant plus qu'il existe un risque de reprise et de diffusion

80 Voir ci-dessus 2.1.2 b) i), p.8

81 JENNY, n° 128, pp. 73-74

82 Voir ci-dessus 2.1.2 b) i), pp.8-9

83 Arrêt 4C.439/1998

84 JUNG/SPITZ, ad. art. 9, n° 136, p.735

85 Voir ci-dessus 2.2.3 a) ii), pp. 16-17

par d'autres médias.

Mme Tratsch et Kultart SA sont des personnes bénéficiant de connaissances accrues dans le domaine du marché de l'art. En effet, Mme Tratsch est une grande amatrice d'art et, dans le cadre de son activité professionnelle de journaliste, publie régulièrement des articles dans ce domaine, notamment dans la revue « Kunst heute », ainsi que sur le portail blog de Kultart SA. La société Kultart SA est, quant à elle, spécialisée dans la publication de revues artistiques. Partant, elles auraient dû faire preuve de plus de diligence. En effet, une personne raisonnable, bénéficiant des mêmes connaissances et placée dans la même situation, n'aurait pas utilisé les termes totalement dénigrants utilisés par Mme Tratsch et faisant ressembler l'article plus à une attaque personnelle envers M. Tank qu'à une critique d'art. En outre, les Intimées auraient dû se rendre compte que la comparaison, plus qu'insistante, avec l'œuvre de Coco Zen, était propre à entraîner un acte de concurrence déloyale et, par ce fait, une importante perte de gain pour M. Tank. Mme Tratsch aurait donc dû choisir avec plus de précaution les termes utilisés dans son article et Kultart SA aurait dû exercer son rôle de *Webmaster* avec plus de diligence et ne pas en autoriser la publication, ou, cas échéant, le supprimer.

Les Intimées peuvent donc se voir imputer une faute par négligence. Le Tribunal d'appel de Bâle-Ville a totalement méconnu la notion de faute en estimant que Mme Tratsch, n'ayant pas d'intention, n'était pas fautive. En effet, même la légère négligence représente une faute.⁸⁶

Conclusion intermédiaire

En tant qu'il n'octroie pas à M. Tank des dommages-intérêts de Fr. 50'000.-, l'arrêt rendu par la Cour civile du Tribunal d'appel de Bâle-Ville constitue une violation du droit fédéral et doit être réformé en ce sens qu'il est alloué une telle somme à M. Tank.

Les Intimées sont tenues solidairement de réparer le dommage en vertu de l'art 50 CO⁸⁷.

IV. CONCLUSION

Pour les motifs qui précèdent, les Recourants persistent dans leurs conclusions prises en tête du présent recours.

19 novembre 2012

Henry Tank

Pro Arte Basel

86 JUNG/SPITZ, ad. art. 9 LCD, n° 163, p.744

87 Voir ci-dessus 2.1.2 b) ii), p.10