

## Art et Propriété Intellectuelle

DE WERRA, Jacques, BENHAMOU, Yaniv

---

## Reference

DE WERRA, Jacques, BENHAMOU, Yaniv. Art et Propriété Intellectuelle. In: Mosimann, Peter, Renold, Marc-André, Raschèr, Andrea F.G. *Kultur, Kunst, Recht - schweizerisches und internationales Recht*. Basel : Helbing Lichtenhahn, 2019.

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:123232>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**

## Chapitre 7

# L'art et la propriété intellectuelle

Bien que la relation entre l'art et le droit de la propriété intellectuelle appelle principalement une analyse du droit d'auteur dès lors que ce domaine du droit a précisément pour but de protéger les œuvres littéraires et artistiques (voir ci-dessous § 1), il convient de présenter d'autres domaines du droit de la propriété intellectuelle qui sont également susceptibles de jouer un certain rôle dans le contexte de l'art. Ainsi est-il utile de présenter le droit des marques (voir ci-dessous § 2), le droit du design (voir ci-dessous § 3) et le droit de la concurrence déloyale (voir ci-dessous § 4).<sup>1</sup>

## § 1 L'art et le droit d'auteur

### I. L'œuvre

Pour être protégée, l'œuvre doit constituer une création de l'esprit appartenant au domaine littéraire ou artistique et avoir un caractère individuel (art. 2 al. 1 LDA<sup>2</sup>).

#### 1. Création de l'esprit

En définissant l'œuvre comme une « création de l'esprit » (art. 2 al. 1 LDA), la loi exige un acte créatif d'un être humain, ce que confirme le principe du créateur consacré à l'art. 6 LDA (en vertu duquel la personne physique qui a créé l'œuvre est titulaire originaire du droit d'auteur). Ainsi, les créations protégeables par le droit d'auteur doivent avoir leur source dans l'esprit humain, peu importe à cet égard que l'esprit dans lequel la création a germé et duquel elle s'est exprimée était défaillant ou même inconscient au moment de l'acte créatif.<sup>3</sup> *A contrario*, des créations faites par des animaux ne pourront pas être protégées par le droit d'auteur.

La question pourrait paraître plus délicate pour ce qui concerne les créations effectuées au moyen d'un ordinateur. Toutefois, il est évident que l'ordinateur ne pourra fonctionner et donc créer que sur la base d'instructions données par une ou plusieurs personnes humaines. Dans ces circonstances, même dans le cas où la programmation serait fondée sur un processus aléatoire, on doit admettre que les créations qui résulteraient de l'application de ce processus sont des créations de l'esprit.<sup>4</sup> De manière similaire, des créations artistiques dans lesquelles une part serait volontairement laissée au hasard par l'artiste ne seraient pas exclues de la protection par ce simple fait.

<sup>1</sup> Par contre, il n'apparaît pas nécessaire de consacrer un chapitre comme tel au droit des brevets, même si l'on peut constater, à titre anecdotique, que certains artistes ont recouru au droit des brevets pour protéger leur création; ainsi, l'artiste Yves Klein a déposé un brevet pour un « procédé de décoration ou d'intégration architecturale et produits obtenus par l'application dudit procédé » en 1960; sur ces questions et, plus généralement, sur l'évolution de l'art vers une approche industrielle (dans laquelle l'artiste ne crée pas mais invente), voir l'intéressant ouvrage de SEMIN, *Le peintre et son modèle déposé*, Genève 2001 et, sous l'angle juridique, l'article de TREPOZ, particulièrement 57 ss; pour une autre utilisation récente du droit des brevets en matière architecturale, voir le brevet européen EP 1455033 délivré le 4 janvier 2006 et le brevet américain US 7,237,361 correspondant délivré le 3 juillet 2007 dont l'architecte suisse Hans Zwimpfer est titulaire, l'invention portant sur un concept architectural (« Wohnhaus mit gestapelten Geschosswohnungen »/« bâtiment d'habitation avec des étages échelonnés »). Pour une critique de ce brevet, voir MOSIMANN, *Architektur und Patentschutz*, in: Jusletter 23 juillet 2007, voir également § 1 n° VI ci-dessous concernant l'architecture et le chapitre 9 du présent ouvrage.

<sup>2</sup> Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992, RS 231.1.

<sup>3</sup> Ainsi les créations des mineurs, des incapables de discernement, des interdits, des personnes souffrant de maladies mentales sont des créations de l'esprit potentiellement protégeables par le droit d'auteur, voir VON BÜREN/MEER, 63; sur cette question, voir plus généralement SCHWEIZER, *Le statut des œuvres d'art créées en établissement psychiatrique*, thèse Lausanne, Zurich 1996 (volume n° 7 des Etudes en droit de l'art).

<sup>4</sup> VON BÜREN/MEER, 64 s. et 106 ss.

Par contre, l'existence d'une création de l'esprit sera incertaine en cas de simple découverte d'un objet dans la nature par un artiste, même si un tel objet devait ensuite être présenté comme de l'art.<sup>5</sup> Dans une telle hypothèse, on peut en effet douter qu'il y ait effectivement une création de l'esprit.<sup>6</sup> Il devrait en aller de même pour ce qui concerne les œuvres du « *ready made* ». Dans un cas comme dans l'autre en effet, le processus de présentation d'un objet naturel ou quotidien dans un contexte artistique ne suffit pas à en faire une création de l'esprit.<sup>7</sup> Par contre, l'utilisation de matériaux préexistants dans le but de concevoir une œuvre artistique nouvelle n'empêchera pas de reconnaître le statut de « création de l'esprit » de l'œuvre ainsi créée.<sup>8</sup>

## 2. L'appartenance au domaine littéraire ou artistique

Selon la loi, une œuvre peut être protégée par le droit d'auteur, lorsque celle-ci appartient au domaine littéraire ou artistique.<sup>9</sup> Toutefois, la condition de l'appartenance de l'œuvre au domaine artistique peut être délicate à apprécier dans un cas particulier car cette question soulève celle de la définition de l'art comme tel. Or, la loi interdit précisément de juger de la valeur artistique d'une œuvre pour apprécier sa protection éventuelle par le droit d'auteur.<sup>10</sup> Ainsi, la loi protégera autant les chefs d'œuvre que les œuvres de seconde catégorie<sup>11</sup>, que celles-ci soient douteuses, vulgaires ou – même – choquantes.<sup>12</sup>

Sur cette base, on s'accorde généralement à admettre que la condition de l'appartenance au domaine littéraire<sup>13</sup> ou artistique posée par la loi ne doit pas être conçue trop restrictivement.<sup>14</sup> En effet, on ne saurait permettre aux tribunaux de décider librement et subjectivement si une création donnée appartient ou non au domaine artistique.<sup>15</sup> On pourra en particulier admettre que cette condition de l'appartenance au domaine artistique sera donnée si l'auteur de l'œuvre considère lui-même que sa création relève du domaine artistique.<sup>16</sup> Dans ce cadre, la présentation de l'œuvre dans un contexte artistique (par exemple dans une exposition) pourra constituer un indice démontrant le caractère artistique de l'œuvre concernée<sup>17</sup>, même si l'on ne doit pas confier uniquement à l'artiste le soin de décider ce qui constitue de l'art, et ce qui, partant, pourrait être protégé par le droit d'auteur.<sup>18</sup> En fin de compte, la condition du caractère littéraire ou artistique d'une création sera appliquée souplement et ne sera en pratique pas déterminante sous l'angle du droit d'auteur, au contraire de la condition essentielle de l'individualité de l'œuvre.

<sup>5</sup> VON BÜREN/MEER, 64 particulièrement note 8; *contra*: KUMMER, 103 et DESSEMONTEY, Droit d'auteur, n° 167, 118 (qui envisage de reconnaître une individualité dans le processus de sélection des objets).

<sup>6</sup> En tout état, même à supposer qu'on puisse admettre l'existence d'une création de l'esprit, il paraît très douteux qu'une telle création soit individuelle au sens du droit d'auteur, sur cette question, voir ci-dessous § 1 n° I ch. 3.

<sup>7</sup> Dans ce sens, voir VON BÜREN/MEER, 105; SCHACK, Kunst, n° 17, 14; moins catégorique: DESSEMONTEY, Droit d'auteur, n° 167, 118; une telle démarche avait notamment été suivie par l'école du nouveau réalisme, cf. Déclaration constitutive du Nouveau Réalisme (proclamant « Nouveau Réalisme nouvelles approches perceptives du réel »), signée par Arman, François Dufrène, Raymond Hains, Martial Raysse, Daniel Spoerri, Jean Tinguely, Jacques Villeglé dans l'atelier d'Yves Klein le 27 octobre 1960.

<sup>8</sup> On peut ainsi songer à certaines œuvres de l'artiste César (César Baldaccini) ayant compressé nombre de carcasses de voitures pour en faire des œuvres d'art (par un processus de « compression dirigée »); pour d'autres exemples, voir STUDER, Die Kunstfreiheit und ihre Grenzen – Urheberrecht, Persönlichkeitsrecht, unlauterer Wettbewerb, in: Das schwierige Geschäft mit der Kunst (Bernhard Ehrenzeller éd.), Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (HSG) vol. 16, St-Gall 2003, 9 ss; pour une approche plus libérale vis-à-vis de nouvelles catégories d'œuvres, voir GLAUS/STUDER, 24 ss.

<sup>9</sup> L'art. 1 al. 1 let. a LDA dispose que la loi règle « la protection des auteurs d'œuvres littéraires et artistiques » et l'art. 2 al. 1 LDA définit l'œuvre comme « toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel ».

<sup>10</sup> Art. 2 al. 1 LDA.

<sup>11</sup> ATF 105 II 297, 299; JdT 1980 I 261, 271; DESSEMONTEY, Droit d'auteur, n° 161, 110.

<sup>12</sup> TF, sic ! 1998, 388, 389 consid. 3c; certaines sanctions juridiques pourront toutefois résulter du caractère contraire aux mœurs des œuvres concernées, voir DESSEMONTEY, Droit d'auteur, n° 161, 111.

<sup>13</sup> L'appartenance au domaine littéraire est quant à elle moins sujette à discussion ou à interprétation, voir VON BÜREN/MEER, 74.

<sup>14</sup> CHERPILLOD, in: Müller/Oertli (éds), N 10 – 11 ad art. 2 LDA.

<sup>15</sup> VON BÜREN/MEER, 74; voir déjà les célèbres réflexions du juge Holmes dans l'arrêt de la Cour suprême américaine *Bleistein v. Donaldson Lithographics Co.*, 188 U.S. 239, 251 (1903) « It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits ».

<sup>16</sup> Certains auteurs parlent dans ce contexte de « Schutzwille » de l'auteur, voir VON BÜREN/MEER, 75, ce qui semble aller trop loin; ce qui est déterminant en effet, ce n'est pas tant la volonté de l'artiste de protéger juridiquement sa création, mais plutôt celle de faire acte de création dans le domaine artistique (ce qui pourrait peut-être être exprimé par le terme « Kunstwille »).

<sup>17</sup> Une telle présentation ne constitue toutefois pas une nouvelle condition de protection, mais bien un indice permettant cas échéant de déduire que la création concernée relève du domaine artistique, voir VON BÜREN/MEER, 75 note 79; CHERPILLOD, *Objet*, 123 ss.

<sup>18</sup> La doctrine notant avec raison que des œuvres peuvent être protégées même en cas de créations inconscientes faites par un auteur, SCHACK, Kunst, n° 5, 6; cf. ATF 116 II 351, JdT 1991 I 616.

### 3. L'individualité de l'œuvre

En vertu de l'art. 2 al. 1 LDA, la protection du droit d'auteur est soumise à la condition que l'œuvre ait un caractère individuel.<sup>19</sup> La notion de caractère individuel ou d'individualité signifie que la protection ne pourra naître que pour des œuvres exprimant un niveau de créativité suffisant pour justifier l'octroi des droits exclusifs consacrés par le droit d'auteur.

Le degré d'individualité requis ne sera pas apprécié de manière uniforme, mais dépendra au contraire des circonstances du cas particulier, et tout spécifiquement du type d'œuvre en question, de sa destination (fonctionnelle ou non)<sup>20</sup> et de la marge de liberté créatrice laissée à l'auteur. Ainsi, lorsque cette marge de liberté est réduite compte tenu des contingences liées à la nature de la création en cause, la protection pourra être accordée même s'il n'y a qu'un faible degré d'activité créatrice.<sup>21</sup> Tel pourra ainsi être le cas en matière d'œuvres architecturales en raison de leur destination fonctionnelle et des contraintes techniques qu'elles doivent respecter. Vu la liberté de création réduite, l'architecte ne doit pas créer quelque chose d'absolument nouveau pour obtenir la protection du droit d'auteur. Il peut se contenter d'une création qui est seulement relativement et partiellement nouvelle<sup>22</sup>.

En matière de logiciels, le degré d'individualité requis peut être qualifié de faible; la protection est la règle, et le défaut d'individualité l'exception. L'individualité sera déjà être admise à partir du moment où le logiciel n'est ni banal ni courant du point de vue des spécialistes<sup>23</sup>. Certains tribunaux partent même d'une présomption de protection du logiciel et de ses éléments, le fardeau de la preuve incombant à la partie qui dénie toute protection à un logiciel en invoquant un défaut d'individualité<sup>24</sup>.

Pour les œuvres d'art appliqués, vu les nombreuses combinaisons de forme possibles, un degré d'individualité plus élevé est requis par rapport aux œuvres des autres catégories. Dans le doute, il convient de les considérer comme de simples objets industriels ou artisanaux dénués de protection du droit d'auteur<sup>25</sup>. Ces œuvres doivent ainsi se distinguer clairement de l'ordinaire et de manière évidente des formes préexistantes<sup>26</sup>.

A l'égard des photographies, le degré d'individualité requis peut être qualifié de supérieur à la moyenne. L'individualité dépendra de nombreux critères, dont le cadrage, l'instant du déclencheur, la sélection et l'agencement des objets photographiés composant l'image et des moyens techniques utilisés (p.ex. matériel, temps d'exposition, flash, filtre)<sup>27</sup>.

Les productions photographiques ou numériques d'objets physiques (p.ex. pour des buts d'archivage ou d'indexation) interrogent la question d'individualité, puisque la personne en charge de la numérisation pourrait réclamer des droits sur ses efforts de numérisation. A notre connaissance, il existe encore peu de

<sup>19</sup> Pour une intéressante discussion de cette condition, voir SOMMER/GORDON, Individualität im Urheberrecht – einheitlicher Rechtsbegriff oder Rechtsunsicherheit, sic ! 2001, 287 ss.

<sup>20</sup> Etant précisé que la destination fonctionnelle d'une œuvre n'exclut pas sa protection par le droit d'auteur en vertu de l'art. 2 al. 1 LDA. Cf. Senn, sic! 2017, 521, Die urheberrechtliche Individualität – eine methodische Annäherung qui propose d'analyser l'individualité des œuvres selon un test en quatre étapes, et en particulier en fonction de chaque catégories d'œuvres.

<sup>21</sup> ATF 130 III 168, 170, JdT 2004 I 285, 287; voir déjà ATF 125 III 328, 331 (« Il ne convient pas de mesurer l'individualité ou l'originalité de chaque création à la même aune; au contraire, la liberté de manœuvre du créateur doit entrer en ligne de compte. Lorsque cette liberté est restreinte, une activité indépendante réduite suffira à fonder la protection; il en va notamment ainsi pour les œuvres d'architecture en raison de leur usage pratique et des contraintes techniques qu'elles doivent respecter »).

<sup>22</sup> ATF 142 III 387, sic ! 2016 446, c. 3.2 ("Fermeture d'une terrasse"), où le TF a accordé la protection du droit d'auteur à une villa (de style contemporain, construite en béton blanc et présentant une particularité au niveau de la toiture), en considérant qu'elle "*possède un cachet propre [...] que l'architecte n'a pas fait un simple apport artisanal en juxtaposant des lignes ou des formes connues, mais qu'il a pris diverses décisions (qui ne sont pas dictées par la routine, mais sont le fruit d'un travail intellectuel) conférant à l'œuvre un caractère individuel*".

<sup>23</sup> OBGer Zurich, 20 janvier 2013, sic! 2013 697, c. 5.1-5.2 ("Bildungssoftware").

<sup>24</sup> Hilty, sic! 2013 697, 706 ("Bildungssoftware"), qui critique cette présomption au motif qu'elle n'a pas de fondement légal à l'art. 2 LDA.

<sup>25</sup> ATF 143 III 373, sic! 2017, p. 723, où le TF a accordé la protection au tabouret de bar de Max Bill, considérant que "sa dimension artistique n'est pas conditionnée par son aspect fonctionnel, mais présente un caractère individuel au regard de la conception «minimaliste» des éléments nécessaires à la fabrication d'un meuble et de l'harmonie de leur proportion".

<sup>26</sup> AGer Bâle, 1er juin 2016, ZK.2016.2, sic ! 2017, p. 633 ("Schmuckanhänger") La conception revêt un caractère individuel lorsqu'en posant le même problème – conception d'un pendentif – il n'est selon toute vraisemblance pas possible de créer une œuvre presque identique.

<sup>27</sup> Pour une illustration d'un cas récent de protection d'une photographie artistique, cf. l'arrêt n° 1108 du 13 novembre 2008, Cour de cassation, Première chambre civile, reconnaissant la protection au titre du droit d'auteur à l'œuvre de Jakob GAUTEL qui consistait à "*l'aposition du mot PARADIS peint en lettres dorées au dessus de la porte des toilettes du dortoir des alcooliques d'un ancien hôpital psychiatrique*". En l'espèce, le choix de l'artiste "*s'était formellement exprimé dans une réalisation matérielle originale*". Pour une analyse des différents critères à prendre en compte et des différents degrés d'individualité, Senn, Wie aus einer Fotografie ein Bild wird, sic ! 2015 137.

jurisprudence sur cette question. En Chine, un tribunal a accepté la protection du droit d'auteur à la reproduction numérique d'un objet physique 3D (une porcelaine d'un musée)<sup>28</sup>. Aux Etats-Unis, deux décisions ont en revanche refusé la protection du droit d'auteur à une reproduction numérique d'une image 2D du domaine public au motif qu'elle ne faisait que reproduire le plus fidèlement possible l'image initiale<sup>29</sup>. L'appréciation de l'individualité devra continuer de se faire au cas par cas, mais il semble que la tendance est d'admettre davantage de protection de droit d'auteur à des reproductions numériques d'objets tridimensionnels qu'à des objets bidimensionnels (en particulier puisque l'objet tridimensionnel permet a priori plus de travail quant au choix de lumière, angle de vue).

A côté des oeuvres photographiques "traditionnelles", les photographies dépourvues d'individualité et donc de protection du droit d'auteur (p.ex. clichés qui documentent des événements actuels ou des photos de produits d'un haut niveau d'exécution mais sans caractère individuel) pourraient bénéficier d'une nouvelle protection avec la révision de la LDA. Le législateur a prévu dans son projet LDA du 22 novembre 2017 (P-LDA) d'étendre les droits d'auteur (pour une durée de 50 ans) aux "*productions photographiques et celles obtenues par un procédé analogue à la photographie d'objets tridimensionnels qui sont dépourvues de caractère individuel*"<sup>30</sup>. Si l'on peut comprendre les motifs ayant conduit à cette extension du droit d'auteur (protéger certains photographes, p.ex. de presse ou d'archive, contre la reprise de leur travail sans contre-partie), une telle extension serait susceptible de poser d'importantes difficultés pratiques, en particulier quant à la qualification d'objet tridimensionnel photographié et donnant lieu à une production photographique protégée : un objet bidimensionnel photographié (p.ex. une peinture, un livre ou une photographie) ne devrait en principe donner lieu à aucune nouvelle protection lorsqu'il est reproduit fidèlement par un photographe, alors qu'il deviendrait tridimensionnel et donnerait lieu à une nouvelle protection lorsque le photographe reproduit ce même objet mais en prenant une certaine distance physique pour le photographe.

Selon la jurisprudence<sup>31</sup>, le caractère individuel doit s'exprimer dans l'œuvre elle-même. L'individualité ne doit dès lors pas dépendre de la mesure dans laquelle l'œuvre reflète la personnalité de son auteur ou reproduit l'empreinte personnelle de ce dernier.<sup>32</sup> Aussi doit-on parler d'individualité liée à l'œuvre comme telle et non d'individualité liée à l'auteur.<sup>33</sup> Pour établir cette individualité, on peut se fonder sur le test de l'unicité statistique (« *statistische Einmaligkeit* ») formulé par Kummer<sup>34</sup> auquel la jurisprudence se rallie.<sup>35</sup> Dans ce cadre, on doit être conscient que la nouveauté de la création concernée ne sera pas suffisante. Encore faut-il en effet que celle-ci soit jugée suffisamment créative pour pouvoir être qualifiée d'individuelle au sens du droit d'auteur. Pour juger de cette individualité, on sera ainsi amené à comparer la création en cause avec d'autres œuvres existantes ou hypothétiques (selon le concept de l'individualité relative ou comparée)<sup>36</sup>, afin de déterminer si la création concernée est suffisamment originale compte tenu de la marge de manœuvre créatrice dont pouvait disposer l'auteur.<sup>37</sup>

<sup>28</sup> The Palace Museum v. China Commercial Press, 21 November 2001.

<sup>29</sup> Bridgman Art Library, Ltd. v. Corel Corp. 1999, 36 F. Supp.2d 191 (S.D.N.Y. 1999) ("no copyright for photographic transparencies of public domain works of art in an art museum where the "creator" merely intended to replicate, as faithfully as possible, the original artwork"); Meshwerks, Inc. v. Toyota Motor Sales, 2008, 528, F.3d 1258 (10th Cir. 2008).

<sup>30</sup> Art. 3 al. 3bis P-LDA : "Sont également considérées comme des œuvres les productions photographiques et celles obtenues par un procédé analogue à la photographie d'objets tridimensionnels qui sont dépourvues de caractère individuel". Cette proposition d'étendre la protection du droit d'auteur à certaines créations dépourvues d'individualité était initialement prévue pour les photographies de presse (cf. avant-projet LDA AP-LDA) et s'inspire de la protection des photographies appliquée en Allemagne et en Autriche (*Lichtbildschutz*). Du point de vue de la systématique législative, toutefois, elle est conçue différemment puisque, matériellement, il s'agit d'une extension de la protection du droit d'auteur et non d'un nouveau droit voisin. Cf. Message P-LDA, 28.

<sup>31</sup> ATF 130 III 172, JdT 2004 I 289.

<sup>32</sup> ATF 130 III 172, JdT 2004 I 289.

<sup>33</sup> ATF 130 III 172 (« Massgebend ist die Werk-Individualität und nicht die Urheber-Individualität »); pour une approche contraire sous l'angle du droit allemand, voir SCHACK, Kunst, n° 14, 12.

<sup>34</sup> KUMMER, 30 ss; voir aussi HEIM, Die statistische Einmaligkeit im Urheberrecht de lege lata et de lege ferenda, thèse Fribourg 1971.

<sup>35</sup> ATF 130 III 172, JdT 2004 I 289.

<sup>36</sup> DESSEMONTET, Droit d'auteur, n° 169 ss, 119.

<sup>37</sup> ATF 125 III 331 (« Aussi, pour obtenir la protection du droit d'auteur, l'architecte ne doit-il pas créer quelque chose d'absolument nouveau, mais il peut se contenter d'une création qui est seulement relativement et partiellement nouvelle. La LDA n'accorde toutefois pas sa protection à l'architecte lorsqu'il procède à un simple apport artisanal par la combinaison et la modification de formes et de lignes connues ou lorsqu'il n'y a pas place pour une création individuelle dans les circonstances de l'espèce »).

Par opposition, le processus (potentiellement artistique) ayant conduit à la création de l'œuvre et les efforts intellectuels fournis dans ce cadre par l'auteur ne pourront pas en soi justifier la reconnaissance d'un caractère individuel à l'œuvre concernée.<sup>38</sup> Dans cette mesure, l'appréciation du caractère individuel de l'œuvre devra se déterminer sur la base du seul résultat obtenu (soit de l'œuvre elle-même).<sup>39</sup> Sur ce fondement, une photographie d'un chanteur prise sur le vif (*live*) lors d'un concert (par un instantané) pourra être protégée<sup>40</sup> nonobstant l'absence d'un processus intellectuel de préparation de la prise de vue (l'individualité pouvant résulter en particulier du cadrage et de la sélection du moment de la prise), alors qu'une photographie mise en scène et posée ne sera pas nécessairement protégée si aucune individualité ne résulte de cette photographie comme telle.<sup>41</sup>

Le fait que le résultat obtenu puisse avoir été (partiellement) déterminé par le hasard n'empêchera d'ailleurs pas d'admettre l'individualité de l'œuvre créée, ce qui pourra être le cas dans certains courants artistiques (notamment l'*Action Painting*).<sup>42</sup> La protection sera par contre parfois plus délicate à admettre pour les œuvres créées dans le cadre de courants artistiques hyperréalistes, dans lesquels l'objectif sera de copier la réalité de manière la plus fidèle possible.<sup>43</sup> Certains tribunaux ont néanmoins considéré que le travail du copiste pouvait donner prise au droit d'auteur<sup>44</sup>, ce qui paraît douteux, le travail du copiste – aussi admirable qu'il soit sur le plan technique – ne semblant pas pouvoir atteindre un niveau suffisant d'individualité.<sup>45</sup>

La question pourra être plus complexe pour ce qui concerne les travaux effectués par des restaurateurs d'objets d'art. Dans la mesure où ces travaux se limitent à remettre les objets concernés dans leur état originaire, il sera délicat d'admettre que le restaurateur puisse bénéficier d'un droit d'auteur.<sup>46</sup> Toutefois, il n'est pas exclu qu'un tel droit puisse être exceptionnellement admis dans des circonstances où le restaurateur jouirait d'une marge de liberté créatrice dans l'accomplissement de son travail.<sup>47</sup>

Face à certains courants d'art contemporain, la question pourra parfois être de déterminer ce qui constitue l'œuvre potentiellement protégée, ce afin de ne pas indûment réduire la protection (et focaliser son attention) sur le substrat matériel de l'œuvre et de prêter également attention au concept ayant précédé la création de la version finale de l'œuvre.<sup>48</sup> Ainsi, les créations de l'art conceptuel sont susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur dans la mesure où elles reposent sur des instructions précises données par l'artiste sur la mise en œuvre et sur l'application du concept artistique ainsi créé.<sup>49</sup>

<sup>38</sup> DESSEMONTET, Droit d'auteur, n° 54 s., 36 s., indiquant que « la démarche du créateur est indifférente »; voir aussi CHERPILLOD, *Objet*, 42 ss.

<sup>39</sup> CHERPILLOD, *Objet*, 42 ss; DESSEMONTET, Droit d'auteur, n° 55, 37.

<sup>40</sup> ATF 130 III 168, JdT 2004 I 285 (photographie de Bob Marley lors d'un concert).

<sup>41</sup> ATF 130 III 714, JdT 2004 I 281 (photographie mise en scène de Christoph Meili présentant des documents bancaires dans le cadre de l'affaire de l'or des nazis).

<sup>42</sup> VON BÜREN/MEER, 106; l'expression de l'*Action Painting* a été inventée par le critique d'art américain Harold Roserberg (cf. p.ex. son article *The American Action Painters*, publié in : *The London Magazine* vol. 1 No 4, juillet 1961, 45-56) et dont le plus illustre représentant est le peintre Jackson Pollock (1912-1956).

<sup>43</sup> VON BÜREN/MEER, 105; SCHACK, *Kunst*, n° 17, 14, se référant en particulier aux sculptures à taille réelle de l'artiste américain Duane Hanson; voir toutefois *Alfred Bell v. Catalda Fine Arts, Inc.*, 191 F. 2d 99 (2d Cir. 1951).

<sup>44</sup> Voir l'arrêt de la Cour de cassation française du 9 novembre 1993, RIDA 1994 (161), 273 (pour qui « [l]es copies d'œuvres d'art plastique jouissent de la protection instituée par le Code de la propriété intellectuelle dès lors qu'exécutées de la main même de leur auteur, elles portent l'empreinte de sa personnalité, malgré le caractère relatif d'une telle originalité »); une telle protection ne libérera naturellement pas de l'obligation de respecter les droits sur l'œuvre préexistante, s'agissant alors de la création d'une œuvre dérivée, sur cette question, voir infra § 1 n° III, ch. 3 de ce chapitre.

<sup>45</sup> Pour une discussion, voir LUCAS/LUCAS, n° 132, 118 s. Une analogie peut être faite ici entre le travail du copiste et les photographies numériques d'objet 2D cités précédemment (pour lesquelles la jurisprudence tend à refuser la protection du droit d'auteur) au motif que la copie vise à reproduire l'œuvre originale le plus fidèlement possible sans apport créatif.

<sup>46</sup> Voir dans ce sens, concernant le travail de restauration d'une œuvre cinématographique, Cour d'appel de Paris, 5 octobre 1994, RIDA 1995 (166), 302.

<sup>47</sup> Sur la question, voir en général l'ouvrage collectif « *La restauration des objets d'art* », vol. 6 des *Etudes en droit de l'art*, Zurich 1995 et plus spécifiquement les contributions respectives de DREIER, COHEN et FRY figurant dans cet ouvrage; voir aussi SCHACK, *Kunst*, n° 478, 241; pour une approche plus favorable aux restaurateurs, voir MANDEL, *Copyrighting Art Restorations*, 28 *Bulletin of the Copyright Society of the USA* (1981), 273-304.

<sup>48</sup> Voir les réflexions de REUTTER, *Plädoyer für einen differenzierten Umgang mit dem urheberrechtlichen Werkbegriff der bildenden Kunst*, in: *Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zurich 2001, 175 ss, concernant en particulier l'œuvre conceptuelle de Richard Long ([www.richardlong.org](http://www.richardlong.org)), créateur de « *sculptures by walking* »; voir sur ces questions (même si cette contribution n'a naturellement pas pu tenir compte des dernières évolutions artistiques depuis les années 80), voir VISCHER, *Neue Tendenzen in der Kunst und das Urheberrecht*, in: *Recht und Wirtschaft heute*, Festgabe Max Kummer, Berne 1980, 277-289.

<sup>49</sup> VON BÜREN/MEER, 104 s.

Par cette évolution de certains mouvements artistiques vers l'abstraction et le conceptuel, resurgit naturellement avec une grande acuité la question de la limite de la protection du droit d'auteur sous l'angle de la dichotomie classique en droit d'auteur entre la liberté des idées et la protection de l'expression.<sup>50</sup> On s'accorde à admettre que les idées et concepts artistiques ne sont pas protégeables.<sup>51</sup> Ainsi, le célèbre concept de l'artiste Christo (et de sa compagne Jeanne Claude)<sup>52</sup> d'emballer des monuments construits ou naturels n'est pas protégeable comme tel. Par contre, la réalisation concrète d'un projet d'emballer un monument (notamment le Pont-Neuf à Paris<sup>53</sup> ou le Reichstag à Berlin<sup>54</sup>) est protégeable par le droit d'auteur. Comme déjà souligné, il conviendra toutefois de garder à l'esprit que l'on doit s'abstenir de systématiquement considérer qu'en matière d'œuvres des beaux-arts, l'œuvre protégeable est seulement celle qui a été concrètement réalisée, mais que l'on doit au contraire examiner si d'autres éléments sont également susceptibles de protection (p.ex. des esquisses et projets intermédiaires, ou plus fondamentalement certaines expressions plus abstraites du concept artistique).<sup>55</sup>

La question du caractère protégeable d'une œuvre (et tout spécialement celle de savoir si l'individualité de celle-ci est suffisante) se posera naturellement à propos de copies contre la commercialisation desquelles l'artiste ou ses ayants droits tenteront de faire valoir la violation du droit d'auteur. Dans ce cadre, on peut considérer que l'étendue de la protection pourra varier en fonction de l'individualité (soit de la créativité respective) des œuvres concernées.<sup>56</sup> Ainsi, même à supposer que l'existence d'un droit d'auteur puisse être admise sur l'œuvre prétendument copiée, cela ne signifiera pas encore que toute copie même éloignée de l'original pourra être interdite<sup>57</sup>, cette question relevant alors de la distinction (délicate) entre œuvre dérivée et libre utilisation et de l'application éventuelle d'autres exceptions du droit d'auteur.<sup>58</sup>

## II. L'auteur

### 1. La notion d'auteur

L'œuvre est la création d'une ou de plusieurs<sup>59</sup> personne(s) physique(s).<sup>60</sup> L'auteur détient alors les droits d'auteur à titre originaire et peut en disposer en faveur d'un tiers (sous réserve de certains droits incessibles).<sup>61</sup> Seule la personne qui a fait véritablement acte de création peut revendiquer le statut d'auteur et partant jouir des droits exclusifs découlant de ce statut. En matière des beaux-arts, la question s'est posée par rapport à certaines créations artistiques réalisées par des artistes en collaboration avec leurs auxiliaires. La distinction devra ainsi être opérée entre le travail créatif qui serait exécuté par un tel auxiliaire qui pourra

<sup>50</sup> Ceci étant exprimé de manière limpide dans l'arrêt Rogers v. Koons à propos de la reprise de la photographie de Rogers par Koons, 960 F.2d 301, 308 (2<sup>nd</sup> Cir. 1992) (« We recognize that ideas, concepts, and the like found in the common domain are the inheritance of everyone. What is protected is the original or unique way that an author expresses those ideas, concepts, principles or processes. Hence, in looking at these two works of art to determine whether they are substantially similar, focus must be on the similarity of the *expression* of an idea or fact, not on the similarity of the facts, ideas or concepts themselves. [...] It is not therefore the idea of a couple with eight small puppies seated on a bench that is protected, but rather Roger's *expression* of this idea — as caught in the placement, in the particular light, and in the expressions of the subjects — that gives the photograph its charming and unique character, that is to say, makes it original and copyrightable »).

<sup>51</sup> ??P. Studer/R. Mayr von Baldegg, Kunst, n° 11, 7.

<sup>52</sup> [www.christojeanneclaude.net](http://www.christojeanneclaude.net).

<sup>53</sup> Cour d'appel de Paris, 13 mars 1986, Dalloz 1987 Sommaire commenté, 150, observations COLOMBET.

<sup>54</sup> BGH, GRUR 2002, 605, traduit à la RIDA 2003 (198), 317, note WALRAVENS.

<sup>55</sup> Voir REUTTER, 183; étant noté que l'art. 2 al. 4 LDA réserve expressément la protection des projets; voir aussi TREPPOZ, 93 ss, se référant à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire du Pont-Neuf selon lequel « c'est l'idée de mettre en relief la pureté des lignes d'un pont et de ses lampadaires au moyen d'une toile et de cordage » qui constitue l'œuvre protégée, et soulignant cette évolution vers une protection de l'idée allant au-delà de la protection de l'expression. Cf. l'arrêt de la Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, n° 06-19.021 du 13 novembre 2008 opposant l'artiste plasticien Jakob Gautel à la photographe Bettina Rheims et l'éditeur Albin Michel pour contrefaçon en raison d'une photographie de Bettina Rheims sur laquelle figurait l'œuvre conceptuelle de Jakob Gautel. La Cour a admis la protection de l'œuvre conceptuelle (« *L'apposition du mot PARADIS peint en lettres dorées au dessus de la porte des toilettes du dortoir des alcooliques d'un ancien hôpital psychiatrique* ») en raison de l'environnement et du contexte et de sa matérialisation (« *L'approche conceptuelle de l'artiste, qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun, s'était formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale* »).

<sup>56</sup> DESSEMONTET, Droit d'auteur, n° 170, 119.

<sup>57</sup> Pour une application différenciée de la protection du droit d'auteur en matière d'œuvres des beaux-arts, voir GLAUS/STUDER, 25 s.

<sup>58</sup> Sur cette question, voir infra § 1 n° III ch. 1.

<sup>59</sup> Sur cette question, voir infra texte accompagnant la note 59 ci-dessous.

<sup>60</sup> Comme vu plus haut, voir supra § 1 n° I ch. 1, ceci résulte de la notion d'œuvre comme création de l'esprit.

<sup>61</sup> Sur cette question, voir infra voir § 1 n° V ch. 1.

alors revendiquer le statut de co-auteur et les tâches d'exécution (non créatives) qui ne conféreront aucun droit exclusif à celle-ci. Par contraste, un artiste ne pourra revendiquer le statut d'auteur lorsque sa contribution se limite à l'indication du sujet et de directives générales, sans que cet artiste n'ait participé à la création de l'œuvre comme telle qui sera réalisée par un tiers.<sup>62</sup>

De même, celui qui ne fera que donner des idées ou des directives générales à un artiste en vue de la création d'une œuvre (par exemple la personne qui commande une œuvre) ne pourra revendiquer le statut de co-auteur dans la mesure où de telles idées ou directives ne sont pas protégeables par le droit d'auteur.<sup>63</sup>

Dans une fameuse affaire concernant des sculptures exécutées par Richard Guino, un élève d'Auguste Renoir, les tribunaux français ont ainsi constaté que Guino pouvait revendiquer le statut de co-auteur dès lors qu'il avait pu jouir d'une liberté créatrice dans son travail en dépit des instructions données par Auguste Renoir.<sup>64</sup> A cet égard, le fait que l'artiste qui donne des instructions se réserve un droit de contrôle sur l'œuvre créée par un tiers (son élève) sur ses instructions ne paraît pas nécessairement déterminant pour admettre le statut de co-auteur d'un tel artiste.<sup>65</sup>

La loi prévoit un régime particulier en matière d'œuvres collectives (soit d'œuvres créées par plusieurs coauteurs) qui pose le principe de l'unanimité des co-auteurs. Les co-auteurs sont toutefois libres d'en décider autrement et restent en mesure d'exploiter individuellement leur propre contribution à l'œuvre collective (pour autant qu'elle soit séparable) à la condition que cela ne porte pas préjudice à l'exploitation de l'œuvre collective.<sup>66</sup>

## 2. L'auteur et l'artiste-interprète

A la différence de l'auteur, l'artiste-interprète qui doit être une personne physique<sup>67</sup> - ne crée pas de nouvelle œuvre, mais se limite seulement à exécuter une œuvre préexistante, que celle-ci soit ou non encore protégée par le droit d'auteur.<sup>68</sup> La protection du droit voisin de l'artiste-interprète ne se justifie donc pas par la créativité de sa prestation, mais par l'activité de communication d'une œuvre au public (« *Werkvermittlung* »)<sup>69</sup>, cette activité devant toutefois relever du domaine artistique et ne pas être de nature purement technique.<sup>70</sup> Dans cette perspective, l'artiste-interprète n'est par principe pas l'auteur d'une œuvre dérivée au sens de l'art. 3 LDA.<sup>71</sup> Toutefois, il conviendra d'examiner dans le cas concret s'il s'agit de protéger la prestation d'un artiste interprète ou celle d'un auteur d'œuvre dérivée. La question est discutée dans le domaine du théâtre à propos de la prestation des metteurs en scène<sup>72</sup>, mais peut également survenir dans le domaine musical (en matière d'interprétations libres d'œuvres ou d'improvisations). En ce qui concerne le domaine artistique, la question du type de protection juridique pourrait ainsi se poser en matière d'*happenings* pour lesquels des indications auraient été préalablement définies par l'artiste créateur du *happening* à l'attention des participants.<sup>73</sup> Ainsi conviendra-t-il de déterminer si les participants au *happening* sont des exécutants d'une œuvre et jouissent ainsi du droit voisin des artistes-interprètes.

S'agissant de la relation entre le droit d'auteur et le droit des artistes-interprètes, on considère généralement que la protection du droit d'auteur doit se voir reconnaître une certaine priorité et ne doit ainsi pas être

<sup>62</sup> Voir Oberlandesgericht Düsseldorf, Zeitschrift für Urheberrecht und Medienrecht (ZUM) 2004, 71, 73 (sculpture réalisée par une élève de Joseph Beuys).

<sup>63</sup> SCHACK, Kunst, n° 240, 122 et n° 455, 230.

<sup>64</sup> Voir Cour de cassation, Recueil Dalloz 1974, 533, relevant que la comparaison entre les œuvres du maître et les sculptures réalisées par l'élève « révélait que certaines attitudes, certaines expressions avaient été acceptées et non dictées par Renoir et marquaient l'empreinte du talent créateur personnel de Guino » (Dalloz 1974, 533).

<sup>65</sup> Voir, dans ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation française, Dalloz 2006 (Jurisprudence) 1116, définissant « l'auteur effectif » comme « celui qui réalise ou exécute personnellement l'œuvre ou l'objet », voir cependant Tribunal de Grande Instance de Paris, concernant le peintre Vasarely, Dalloz 1984 Informations Rapides (IR) 286, retenant comme déterminant pour admettre la création collective le fait que le peintre s'était réservé la faculté de corriger et d'approuver l'œuvre créée par le tiers.

<sup>66</sup> Art. 7 al. 3 LDA.

<sup>67</sup> Art. 33 al. 1 LDA.

<sup>68</sup> DESSEMONTET, Droit d'auteur, n° 548, 402.

<sup>69</sup> DESSEMONTET, Droit d'auteur, n° 548, 402; MOSIMANN, 344.

<sup>70</sup> Art. 33 al. 1 LDA se référant, outre celui qui exécute une œuvre, à celui qui « participe sur le plan artistique à l'exécution d'une œuvre ».

<sup>71</sup> MOSIMANN, 344.

<sup>72</sup> Sur cette question, voir chapitre 10 § 5 n° 2 II du présent ouvrage [renvois internes à vérifier / valider le moment venu].

<sup>73</sup> Voir l'affaire dans laquelle la protection par le droit d'auteur a été admise en faveur de celui qui avait défini les principes du *happening* consistant à représenter le tableau de Jérôme Bosch « der Heuwagen », BGH, GRUR 1985, 529.

affectée par la protection du droit des artistes-interprètes.<sup>74</sup> Cette approche peut se justifier par le fait que l'œuvre exécutée est *préexistante* et qu'elle est à ce titre - ainsi que l'auteur de celle-ci - livrée aux artistes-interprètes. Il appartient dès lors à ces derniers d'interpréter de manière fidèle (« *Werktreue* ») l'œuvre dont l'exécution leur a été confiée, les artistes-interprètes ayant pour rôle de communiquer les œuvres au public et non pas d'en créer de nouvelles.

L'art. 33 LDA énumère les droits patrimoniaux des artistes interprètes, les droits moraux étant réglés à l'art. 33a LDA. A la différence du droit d'auteur, les droits patrimoniaux des artistes-interprètes sont énumérés exhaustivement dans la loi (art. 33 LDA).<sup>75</sup> Depuis le 1er juillet 2008 (modification de la LDA et adoption d'un nouvel art. 33bis LDA afin de permettre la ratification du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes WPPT), les artistes interprètes bénéficient du droit moral de paternité de faire reconnaître leur qualité d'artiste interprète pour leur prestation (art. 33a al. 1 LDA) et de la protection contre les altérations apportées à leur prestation par renvoi de LDA aux art. 28 ss CC (art. 33a al. 2 LDA). La manière dont le droit de paternité des artistes-interprètes doit être appliqué et exercé dans les cas fréquents de prestations effectuées par plusieurs artistes interprètes (tel que les chœurs ou les orchestres) n'est pas précisée dans la loi. Il apparaît raisonnable de considérer que dans de tels cas, à l'exception des artistes interprètes principaux (un soliste ou le chef d'orchestre), les artistes interprètes n'auront pas nécessairement le droit d'être nommés individuellement<sup>76</sup>.

Par l'art. 38 LDA, les chapitres IV et V du titre deuxième de la loi (régissant le droit d'auteur) respectivement consacrés au transfert des droits et à l'exécution forcée et aux restrictions au droit d'auteur – en plus d'autres dispositions spécifiques<sup>77</sup> – sont déclarés applicables par analogie aux droits voisins. Pour ce qui a trait plus particulièrement au transfert des droits, le renvoi de l'art. 38 LDA ne peut pas signifier que l'art. 17 consacrant un droit de l'employeur sur le droit d'auteur relatif aux programmes d'ordinateur créés par un employé est applicable par analogie aux prestations des artistes-interprètes qui seraient employés.<sup>78</sup> Par conséquent, le principe de la titularité originaires des artistes-interprètes sur leurs droits voisins vaut sans exception, étant entendu que les artistes-interprètes (tout comme les auteurs) sont libres de disposer de leurs droits en faveur de tiers (sous réserve des droits incessibles).

### III. Les droits d'auteur

La loi consacre deux catégories de droits d'auteur, les droits patrimoniaux et les droits découlant du droit moral, qu'il convient d'examiner séparément. Préalablement, il est toutefois nécessaire de déterminer la portée et les limites du droit d'auteur sur un plan général.<sup>79</sup>

#### 1. Portée et limites du droit d'auteur

Le droit d'auteur confère au créateur de l'œuvre « le droit exclusif sur son œuvre ».<sup>80</sup> Dans ce cadre, sans égard au mode d'exploitation de l'œuvre en cause ni au type de droit d'auteur potentiellement en cause, la protection du droit d'auteur ne pourra être invoquée qu'en cas d'utilisation illicite d'une œuvre.<sup>81</sup>

Si la question de la portée de la protection du droit d'auteur (et donc de l'utilisation potentiellement illicite d'une œuvre) est aisée à résoudre en cas de copie à l'identique d'une œuvre protégée ou de reprise de celle-ci sous une forme légèrement modifiée, elle deviendra plus délicate lorsque des différences plus importantes

<sup>74</sup> Cf. p.ex. l'art. 1 al. 2 WPPT qui dispose que : « La protection prévue par le présent traité laisse intacte et n'affecte en aucune façon la protection du droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques. En conséquence, aucune disposition du présent traité ne pourra être interprétée comme portant atteinte à cette protection ».

<sup>75</sup> Il est renoncé à faire une présentation détaillée de ces dispositions; sur cette question, voir MOSIMANN, 371 ss.

<sup>76</sup> De Werra, 533, indiquant que, bien qu'il n'y ait pas eu d'arrêt sur cette problématique, on peut aboutir à cette solution par application analogique de l'art. 34, al. 3 LDA.

<sup>77</sup> Art. 12 al. 1 et art. 13 LDA.

<sup>78</sup> Dans ce sens MOSIMANN, 383 s.

<sup>79</sup> La question des exceptions légales au droit d'auteur sera traitée sous § 1 n° IV ch. 2 infra.

<sup>80</sup> Art. 9 al. 1 LDA.

<sup>81</sup> Art. 62 al. 1 LDA ("la personne qui subit ou risque de subir une violation de son droit d'auteur [...]").

existeront entre l'œuvre originale et la création réalisée par un tiers. Dans une telle hypothèse, l'application du droit d'auteur dépendra de savoir si l'œuvre en cause constitue ou non une utilisation illicite de l'œuvre.

La protection du droit d'auteur ne pourra pas être invoquée en cas de « libre utilisation »<sup>82</sup> de l'œuvre. Selon la jurisprudence, il y a libre utilisation lorsque l'auteur de la nouvelle œuvre s'est seulement inspiré de l'œuvre préexistante et que ses emprunts à celle-ci sont si modestes qu'ils passent à l'arrière-plan de la nouvelle œuvre.<sup>83</sup> La libre utilisation se distingue de la création d'une œuvre dérivée, cette dernière constituant, à teneur de la loi, une « création de l'esprit qui a un caractère individuel, mais qui a été conçue à partir d'une ou de plusieurs œuvres préexistantes reconnaissables dans leur caractère individuel ».<sup>84</sup> Il y aura ainsi œuvre dérivée en cas de création d'une œuvre nouvelle « à travers laquelle transparaît » l'œuvre initiale.<sup>85</sup> La distinction entre libre utilisation et œuvre dérivée pourra parfois être délicate dans le domaine artistique<sup>86</sup>, étant noté que la reprise et l'adaptation créatives d'œuvres préexistantes est un phénomène habituel du processus de création artistique.<sup>87</sup> Aussi certains cercles artistiques plaident-ils pour une approche libérale du droit d'auteur afin de permettre aux artistes de puiser (pratiquement) librement dans les créations d'autrui.<sup>88</sup>

Ces questions se posent naturellement avec une acuité particulière dans le contexte de l'*Appropriation Art*.<sup>89</sup> On doit signaler à ce propos plusieurs affaires qui ont concerné les artistes américains Jeff Koons<sup>90</sup> et Richard Prince<sup>91</sup>, dont une partie de la création artistique se caractérise par la reprise de créations de tiers (notamment des photographies de mode ou artistiques). En droit américain, jugées à l'aune de l'exception générale du *fair use*<sup>92</sup>, ces affaires ont été tranchées tantôt en faveur de l'auteur des œuvres appropriées (particulièrement lorsque l'auteur de l'appropriation poursuivait un objectif commercial)<sup>93</sup>, tantôt en faveur de l'auteur de l'appropriation (notamment lorsque la commercialisation de la nouvelle œuvre consiste en un usage transformatif et n'affecte pas le marché des œuvres préexistantes).<sup>94</sup> En droit d'auteur continental, il semble difficile d'admettre que les œuvres relevant de l'*Appropriation Art* puissent constituer des cas de libre utilisation des œuvres.<sup>95</sup> Dans ces circonstances, on doit considérer que de telles œuvres violent le droit

<sup>82</sup> "freie Benutzung".

<sup>83</sup> ATF 125 III 328, 332 (« Si l'architecte intime s'est contenté de s'inspirer du projet créé par le demandeur et que ses emprunts à l'œuvre préexistante sont si modestes qu'ils s'effacent devant l'individualité de sa nouvelle œuvre, c'est-à-dire si les éléments individuels de l'œuvre du demandeur qui ont été repris passent à l'arrière-plan de la création dudit défendeur, il y a alors libre utilisation (freie Benutzung), laquelle ne porte pas atteinte aux droits d'utilisation de l'œuvre préexistante »).

<sup>84</sup> Art. 3 al. 1 LDA.

<sup>85</sup> ATF 125 III 328, 332 (« Si l'architecte précité, sur la base du projet du demandeur, a créé, par des modifications sur le plan qualitatif, une œuvre nouvelle à travers laquelle transparaît néanmoins l'œuvre première, il a alors conçu une œuvre dérivée (dite aussi œuvre de seconde main) telle que l'entend l'art. 3 LDA »).

<sup>86</sup> Voir p.ex. l'affaire américaine *Steinberg v. Columbia Pictures Industries*, 663 F. Supp. 706 (S.D.N.Y. 1987) concernant la reprise du graphisme général d'un dessin de couverture du magazine « The New Yorker » représentant la ville de New York de façon stylisée dans une affiche du film « Moscow on the Hudson »; dans cette affaire, le tribunal a considéré que la reprise violait le droit d'auteur du dessinateur Saul Steinberg.

<sup>87</sup> P.ex. le célèbre tableau « Déjeuner sur l'herbe » d'Edouard Manet et les autres exemples cités par SCHACK, *Kunst*, 171 s.; voir aussi le catalogue de l'exposition « David Hockney : dialogue avec Picasso », Paris (RMN Réunion des Musées Nationaux) 1999.

<sup>88</sup> Voir par exemple le site <http://www.kunstfreiheit.ch> (sur lequel on peut lire: « Kunstfreiheit.ch ist eine Initiative Schweizer KünstlerInnen und Kulturschaffender, die sich für ein Urheberrecht einsetzen, das den Interessen der aktiven KünstlerInnen zentralen Stellenwert einräumt. Wir brauchen nicht nur Schutz unserer Arbeit, sondern auch freien Zugang zu bestehenden Werken, um daraus Neues schaffen zu können ») et le site canadien <http://www.appropriationart.ca/>.

<sup>89</sup> Voir l'analyse de SCHACK, *Kunst*, n° 352 ss, 177 ss et les nombreuses références doctrinales citées en n° 352; voir aussi AMES, Note, *Beyond Rogers v. Koons: A Fair Use Standard for Appropriation*, 93 *Columbia Law Review* 1473 (2003) pour une analyse économique, voir LANDES, *Copyright, Borrowed Images and Appropriation Art: An Economic Approach*, (décembre 2000), University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 113, accessible à: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2542&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2542&context=journal_articles); voir aussi LANDES, *The Arts and Humanities in Public Life: Copyright Protection and Appropriation Art*, accessible à: <http://culturalpolicy.uchicago.edu/sites/culturalpolicy.uchicago.edu/files/landes.pdf>.

<sup>90</sup> *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992); *United Features Syndicate, Inc. v. Koons*, 817 F. Supp. 370 (S.D.N.Y. 1993); *Campbell v. Koons*, No. 91 Civ. 6055, 1993 WL 97381 (S.D.N.Y. Apr. 1, 1993); *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

<sup>91</sup> *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013).

<sup>92</sup> Sur cette question, voir LEVAL, *Commentary: toward a fair use standard*, 103 *Harvard Law Review* (1990), 1105.

<sup>93</sup> Voir *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992).

<sup>94</sup> Voir *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006); *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013).

<sup>95</sup> Voir les nombreux cas d'*Appropriation Art* condamnant l'auteur de l'appropriation: *Koons v. Davidovici*, TGI de Paris, 8 novembre 2018; *Koons & Centre Pompidou v. Claude Bauret-Allard*, TGI, 9 mars 2017 ("Naked"); *Jakob Gautel v. Bettina Rheims et Albin Michel* ("Paradis"), Cour de cassation, arrêt n° 1108 du 13 novembre 2008. Voir SCHACK, *Kunst*, n° 352 ss, 177 ss, spécialement n° 355, 179, adoptant une attitude relativement sévère face à l'*Appropriation Art*.

d'auteur des créateurs dont les œuvres ont fait l'objet de telles appropriations, sauf à considérer qu'il puisse s'agir d'une citation ou d'une parodie.<sup>96</sup>

Dans une autre affaire<sup>97</sup>, un artiste photographe (Thomas Forsythe)<sup>98</sup> avait mis en scène les fameuses poupées Barbie dans des situations étranges<sup>99</sup>, afin de dénoncer le culte de la femme-objet incarné par ces poupées.<sup>100</sup> Contestées en justice sur différents fondements (le droit d'auteur, le droit des marques et de la concurrence déloyale) par la société commercialisant les poupées Barbies, ces œuvres ont été jugées licites.

En tout état, il n'y aura pas d'œuvre dérivée (et partant pas de violation du droit d'auteur) en cas de reprise du seul style d'un artiste.<sup>101</sup> Ainsi si seul le style d'un artiste a été copié, aucune protection ne pourra être fondée sur le droit d'auteur.<sup>102</sup> Par conséquent, la commercialisation d'œuvres qui seraient seulement stylistiquement inspirées de celles de l'auteur ne pourra pas être interdite sur le fondement du droit d'auteur.

En cas de violation du droit d'auteur, le titulaire du droit pourra faire valoir les moyens de protection civils et pénaux qui découlent de la loi et pourra spécifiquement requérir - sur le plan civil<sup>103</sup> - « la confiscation assortie de la réalisation ou de la destruction des objets fabriqués illicitement, ou des instruments, de l'outillage et des autres moyens destinés principalement à leur fabrication ».<sup>104</sup> Toutefois, la destruction des objets ne pourra être ordonnée que si aucune mesure moins incisive n'est suffisante pour faire cesser la violation du droit en application du principe de la proportionnalité.<sup>105</sup> Ainsi, pour ce qui concerne les copies illicites d'œuvres d'un artiste (p.ex. des tableaux), certains considèrent que la destruction ne devrait pas être automatiquement ordonnée en vertu du principe de la proportionnalité dans le cas où l'on peut exclure tout risque par l'indication indélébile sur l'œuvre indiquant qu'il s'agit d'un faux.<sup>106</sup> Cependant, la jurisprudence semble assez restrictive.<sup>107</sup>

## 2. Les droits patrimoniaux

En vertu de l'art. 10 al. 1 LDA, l'auteur jouit du droit exclusif sur son œuvre. Dans cette mesure, l'auteur est bien maître du destin de son œuvre et peut librement décider si et à quelles conditions (financières) son œuvre peut être utilisée par un tiers. La loi comporte une énumération non exhaustive des droits exclusifs représentant les modes principaux d'exploitation des œuvres, qu'il s'agisse d'une exploitation sous forme matérielle (soit sous la forme d'exemplaires physiques) ou immatérielle.<sup>108</sup> Le numérique a rendu possible de nouvelles formes d'exploitation immatérielle (p.ex. créations réalisées par les robots ou les internautes sur les réseaux sociaux à partir d'œuvres préexistantes) qui posent la question de savoir si ces actes sont

<sup>96</sup> Sur ces questions, voir infra IV 3 et 4.

<sup>97</sup> *Mattel v. Walking Mountain Productions*, 353 F.3d 792 (9<sup>th</sup> Cir. 2003).

<sup>98</sup> Voir le site de l'artiste à : <http://www.tomforsythe.com/>.

<sup>99</sup> Par exemple dans une photographie intitulée « Barbie Enchiladas » représentant quatre poupées Barbie enroulées dans des tortillas, couvertes de sauce et placées dans un four allumé (la photographie est visible à : <https://arstechnica.com/tech-policy/2011/01/how-fair-use-brought-us-vcrs-copiers-and-nude-barbie-enchiladas/>).

<sup>100</sup> 353 F.3d 792, 796 (« In his declaration in support of his motion for summary judgment, Forsythe describes the message behind his photographic series as an attempt to 'critique[] the objectification of women associated with [Barbie], and [] [to] lambast[] the conventional beauty myth and the societal acceptance of women as objects because this is what Barbie embodies.' He explains that he chose to parody Barbie in his photographs because he believes that 'Barbie is the most enduring of those products that feed on the insecurities of our beauty and perfection-obsessed consumer culture.' Forsythe claims that, throughout his series of photographs, he attempts to communicate, through artistic expression, his serious message with an element of humor »).

<sup>101</sup> Le style de l'auteur n'étant pas protégeable par le droit d'auteur, voir pour tous DE WERRA, *Intégrité*, 35 et les références citées en note 197.

<sup>102</sup> Ainsi, à titre d'illustration, le « genre cubiste issu de l'intuition créatrice de Pablo Picasso et révélé matériellement par ses nombreuses œuvres ne peut être l'objet d'un monopole quelconque de propriété artistique que pourraient revendiquer le peintre et ses ayants droit. Il s'agit plutôt d'un style ou d'une école qui relève du fonds commun de la création et de la connaissance humaines et reste, à ce titre, inconciliable avec toute appropriation exclusive par quiconque. » Tribunal de Grande Instance de Paris, *Gazette du Palais* 1998, 2<sup>ème</sup> semestre, *Jurisprudence*, *Sommaires et notes*, 689.

<sup>103</sup> Une confiscation pénale - sous réserve des œuvres architecturales déjà réalisées - est également possible par application de l'art. 69 CP, par renvoi de l'art. 72 LDA, sur cette question, voir DAVID, in: Müller/Oertli (éds), N 1 ss ad art. 72 LDA.

<sup>104</sup> Art. 63 al. 1 LDA.

<sup>105</sup> MÜLLER, in: Müller/Oertli (éds), N 20 ad art. 63 LDA.

<sup>106</sup> SCHACK, *Kunst*, 30.

<sup>107</sup> Oberlandesgericht Hamburg, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)* 1998, 938.

<sup>108</sup> Une présentation complète de l'application et de la portée respectives des différents droits spécifiques consacrés à l'art. 10 al. 2 LDA dépasserait le cadre du présent chapitre; voir à ce sujet, DESSEMONTET, *Inhalt*, 175 ss. Pour une analyse approfondie des tirages posthumes (en particulier sous l'angle du droit de reproduction des héritiers), cf. BENHAMOU, *Posthumous replications: rights and limitations, notion of original and copies*. In: Mosimann Peter/Schönenberger Beat. *Art & Law* 2017, Bern 2017, 149 ss.

couverts par les droits exclusifs de l'auteur et nécessitent ainsi l'autorisation de l'ayant droit ou s'ils sont au contraire hors du champ de protection et ainsi autorisés sans l'aval des ayant droits<sup>109</sup>.

En matière d'œuvres des beaux-arts, le droit de reproduction jouera un rôle très important en pratique et permettra à l'artiste (ou à son ayant-droit) d'interdire toute reproduction de son œuvre, même sous une forme modifiée, par exemple dans des dimensions réduites.<sup>110</sup>

En vertu de l'art. 12 al. 1 LDA, l'auteur a également le droit de décider de la première mise en circulation d'un exemplaire de son œuvre. Une fois cette mise en circulation intervenue, l'auteur perd la maîtrise sur cet exemplaire et ne peut en particulier pas s'opposer à ce que cet exemplaire soit revendu en vertu du principe de l'épuisement.<sup>111</sup> Ainsi, le droit de contrôle du titulaire du droit d'auteur s'inclinera face au droit du propriétaire de l'exemplaire matériel de l'œuvre sous réserve de certaines exceptions et limitations.<sup>112</sup>

Parmi celles-ci figurent en particulier le droit de suite dont l'objectif est de permettre à l'artiste de participer au succès commercial de la vente de ses œuvres en obtenant une participation au produit réalisé lors des ventes publiques de celles-ci. L'introduction du droit de suite en Suisse a été discutée depuis un certain temps sans succès à ce jour<sup>113</sup>, étant noté que le droit de suite fait l'objet d'une directive communautaire<sup>114</sup> qui est mise en œuvre par les Etats membres depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006.<sup>115</sup>

### 3. Le droit moral

C'est souvent davantage les prérogatives extra-patrimoniales découlant du droit d'auteur qui seront invoquées dans le contexte de la protection des œuvres artistiques, raison pour laquelle ces prérogatives seront présentées de manière relativement approfondie<sup>116</sup>.

#### a) Droit de divulgation

Sur le plan chronologique, le droit de divulgation est le premier droit qui doit être exercé par l'auteur. Par l'exercice de ce droit, l'auteur décide en effet de livrer sa création aux yeux (et à la critique) du public. Le droit exclusif de divulgation a pour objectif de permettre à l'artiste de décider librement à quel moment il souhaite présenter son œuvre au public.<sup>117</sup>

En matière artistique, la question de l'exercice du droit de divulgation pourra en particulier se poser dans le cas de la vente de l'exemplaire de l'œuvre à un collectionneur sous l'angle du droit de ce collectionneur d'exposer publiquement cette œuvre.<sup>118</sup> On peut considérer ici qu'à défaut de stipulations contractuelles contraires convenues entre l'artiste et l'acquéreur de l'exemplaire de l'œuvre, on doit admettre que ce

<sup>109</sup> Cf. infra.

<sup>110</sup> Oberlandesgericht Hambourg, ZUM 1995, 430 (œuvre de Maillol).

<sup>111</sup> Le principe de l'épuisement international étant applicable en droit d'auteur (en vertu de l'arrêt Nintendo ATF 124 III 321, JdT 1999 I 423), sous réserve des œuvres audiovisuelles pour lesquelles le principe de l'épuisement national s'applique temporairement en vertu de l'art. 12 al. 1bis LDA; selon la jurisprudence (arrêt du TF du 1<sup>er</sup> mars 2007, ATF 133 III 273, les jeux vidéo ne constituent pas des œuvres audiovisuelles et sont donc soumis au principe de l'épuisement international).

<sup>112</sup> Ainsi, le droit à l'intégrité pourra être invocable dans certaines circonstances, voir ci-dessous § 1.3 let c).

<sup>113</sup> En Suisse, plusieurs interventions parlementaires ont été déposées en vue de l'introduction d'un tel droit (Po. Morf 88.356 « Droit de suite en matière de droit d'auteur » du 09.03.1988, mo. Aeppli 01.3401 « Inscrire un droit de suite dans la loi sur le droit d'auteur » du 22.06.2001 et ip. Thanei 07.3397 « Droit de suite pour les artistes plasticiens » du 20.06.2007), mais sans succès, essentiellement au motif qu'il est difficile à mettre en œuvre et qu'il ne profite qu'à un nombre très restreint de personnes (artistes connaissant une réussite économique et leurs héritiers). Cf. Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Luginbühl 13.4083 « Droit de suite pour les artistes suisses » du 05.12.2013, p. 22. Voir aussi DESSEMONTET, Le Droit de suite, in: Die Berner Uebereinkunft und die Schweiz Berne, 1986, 343-355; EHRLER, Das Folgerecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung im Lichte des europäischen Rechts, Zurich 2001 (vol. 13 des Etudes en droit de l'art) et RENOLD, Le droit de suite des artistes en Suisse, in: Liberté de l'art et indépendance de l'artiste, Zurich 2004, 167-176.

<sup>114</sup> Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale.

<sup>115</sup> La directive est parfois critiquée en raison du fait qu'elle n'améliore pas la protection par rapport à celle qui existait déjà dans certains Etats membres (notamment en Allemagne et en France), voir SCHACK, Kunst, n° 443, 225 et DUCHEMIN, La Directive communautaire sur le droit de suite, RIDA 2002 (191), 3 ss.

<sup>116</sup> Pour une analyse approfondie des tirages posthumes (en particulier sous l'angle du droit à l'intégrité de l'œuvre qui peut être évoqué par les héritiers), cf. BENHAMOU, Posthumous replications: rights and limitations, notion of original and copies. In: Mosimann Peter/Schönenberger Beat. Art & Law 2017, Bern 2017, 149 ss.

<sup>117</sup> La divulgation de l'œuvre entraîne l'application de certaines exceptions au droit d'auteur, notamment l'exception de citation, seules les œuvres divulguées pouvant être citées en vertu de l'art. 25 al. 1 LDA.

<sup>118</sup> Pour une discussion, voir DESSEMONTET, Droit d'auteur, n° 213 ss, 159 ss.

dernier a le droit de divulguer l'œuvre notamment en la prêtant dans le cadre d'une exposition publique.<sup>119</sup> La question de la divulgation pourra particulièrement se poser dans le cadre de la liquidation de succession d'artistes pour des œuvres des beaux-arts (parfois inachevées) qui se trouveraient encore dans l'atelier de ces artistes. Dans un tel cas, ce seront les titulaires du droit de divulgation (souvent les héritiers) qui l'exerceront (tacitement) en autorisant la vente ou l'exposition publique de ces œuvres qui n'avaient pas été divulguées par l'artiste lui-même.<sup>120</sup>

## b) Droit de paternité

Le droit de paternité de l'œuvre permet à l'auteur de « faire reconnaître sa qualité d'auteur »<sup>121</sup> d'une œuvre donnée. Plus généralement, l'auteur a le droit de décider « sous quel nom » son œuvre sera divulguée.<sup>122</sup> L'auteur peut ainsi choisir que son œuvre soit divulguée et utilisée sous son nom véritable ou sous un pseudonyme.<sup>123</sup> Il peut également décider que son nom ne soit pas du tout associé à son œuvre en la divulguant de manière anonyme (par exemple parce qu'il considérerait que l'œuvre n'est pas - ou n'est plus - représentative de sa création).<sup>124</sup> Un artiste peut ainsi interdire que son nom figure sur une œuvre pour laquelle il aurait souhaité garder l'anonymat. Toutefois, ce droit à « l'anonymat artistique » n'empêchera pas le marché (et particulièrement des experts) de considérer cette œuvre comme une œuvre originale de l'artiste concerné, ce qui démontre les limites du droit exclusif de l'auteur. En pratique, ce droit permettra donc seulement d'interdire à un tiers d'apposer le nom véritable de l'artiste sur l'œuvre concernée sur laquelle ce dernier n'a pas souhaité le faire figurer<sup>125</sup>, cette solution étant d'ailleurs consacrée dans certaines législations étrangères.<sup>126</sup> L'artiste ne pourra pas utiliser le droit de paternité pour répudier la paternité d'œuvres (p.ex. des œuvres de jeunesse) qu'il n'apprécie plus et qui appartiendraient à des tiers.<sup>127</sup>

Le droit de paternité revêt une importance particulière dans le domaine artistique, la signature de l'œuvre constituant la manifestation de la reconnaissance du lien existant entre l'auteur et son œuvre.<sup>128</sup> Sur le plan pratique, l'exercice du droit de paternité par l'auteur (ou les héritiers de ce dernier) peut prendre la forme de l'émission d'un certificat d'authenticité. Ainsi, à titre illustratif, Marguerite Duthuit, la fille d'Henri Matisse, a émis certains certificats d'authenticité pour les œuvres de son père ou a au contraire refusé d'en émettre en exerçant ainsi son droit moral. Elle a d'ailleurs été attaquée en justice devant des tribunaux américains pour avoir déclaré qu'une œuvre n'était pas authentique.<sup>129</sup>

<sup>119</sup> DESSEMONTET, Droit d'auteur, n° 213, 161 s., admettant en fonction des circonstances du cas concret l'existence d'une « clause implicite de transfert du droit de divulgation dans le contrat de vente de l'exemplaire de l'œuvre »; certains auteurs y voient une consécration du principe de l'épuisement ancré à l'art. 12 al.1 LDA; cette solution est celle qui est consacrée en droit allemand au § 44 al. 2 de la loi allemande sur le droit d'auteur (« Der Eigentümer des Originals eines Werkes der bildenden Künste oder eines Lichtbildwerkes ist berechtigt, das Werk öffentlich auszustellen, auch wenn es noch nicht veröffentlicht ist, es sei denn, dass der Urheber dies bei der Veräußerung des Originals ausdrücklich ausgeschlossen hat »).

<sup>120</sup> A moins que l'auteur ait par disposition testamentaire interdit une telle divulgation, voire ordonné la destruction de telles œuvres; sur ces questions, voir DE WERRA, Successions, 691 s.

<sup>121</sup> Art. 9 al. 1 LDA.

<sup>122</sup> Art. 9 al. 2 LDA.

<sup>123</sup> HUG, in: Müller/Oertli (éds), N 15 ad art. 9 LDA.

<sup>124</sup> Ibid.

<sup>125</sup> Par analogie, un écrivain qui publie des ouvrages anonymes ou sous un pseudonyme ne pourra pas empêcher que des tiers (et plus généralement le public) associent son nom à ces ouvrages anonymes ou pseudonymes et le reconnaissent ainsi comme auteur véritable de ces ouvrages, mais il pourra par contre s'opposer à ce que ses ouvrages soient publiés sous son nom véritable en vertu de son droit de paternité.

<sup>126</sup> C'est le cas au § 107 al. 1 de la loi allemande sur le droit d'auteur (dont le titre est : « Unzulässiges Anbringen der Urheberbezeichnung ») :

« Wer  
1. auf dem Original eines Werkes der bildenden Künste die Urheberbezeichnung (§ 10 Abs. 1) ohne Einwilligung des Urhebers anbringt oder ein derart bezeichnetes Original verbreitet.

2. auf einem Vervielfältigungsstück, einer Bearbeitung oder Umgestaltung eines Werkes der bildenden Künste die Urheberbezeichnung (§ 10 Abs. 1) auf eine Art anbringt, die dem Vervielfältigungsstück, der Bearbeitung oder Umgestaltung den Anschein eines Originals gibt, oder ein derart bezeichnetes Vervielfältigungsstück, eine solche Bearbeitung oder Umgestaltung verbreitet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist ».

<sup>127</sup> SCHACK, Kunst, n° 253, 129.

<sup>128</sup> SCHACK, Kunst, n° 252, 129.

<sup>129</sup> V. Findlay v. Duthuit, 86 AD 2d 789, 446 NYS 2d 951 (1982); pour un autre exemple d'action en responsabilité contre le titulaire du droit moral, voir aussi le récent arrêt de la Cour de cassation française (Cass. 2° civ., 10 nov. 2005, pourvoi n° 04-13618) non publié, rendu dans un litige dans lequel la veuve d'un peintre, titulaire du droit moral, avait refusé d'émettre un certificat d'authenticité; la Cour de cassation a rejeté toute responsabilité civile de la titulaire du droit moral (dont se prévalait le collectionneur lésé sur le fondement de l'article 1382 du Code civil), faute pour la cour d'appel dont l'arrêt est ainsi cassé d'avoir établi que celle-ci aurait agi « avec mauvaise foi ou une légèreté blâmable ».

La question de l'étendue de la protection découlant du droit à la paternité de l'œuvre sera parfois délicate à déterminer par rapport aux faux qui ne constituent pas des contrefaçons d'œuvres de l'artiste<sup>130</sup>, soit des faux qui ne constituent ni une reproduction, ni une adaptation d'une œuvre de l'artiste (soit une œuvre dérivée). Du point de vue terminologique, le droit concerné serait un « droit de non-paternité », soit le droit de l'auteur d'interdire que son nom figure sur une œuvre qu'il n'a pas créée et qui ne constitue pas une utilisation illicite de son œuvre.<sup>131</sup> La question est ainsi de déterminer si un tel droit de non-paternité découle ou non de la protection du droit d'auteur. On aura tendance à considérer que ce droit ne relève pas du droit d'auteur, précisément faute d'utilisation d'une œuvre sur laquelle l'auteur détiendrait des droits exclusifs. C'est donc sur la base du droit de la personnalité, et singulièrement de la protection du nom, que l'artiste ou ses héritiers pourraient tenter de s'opposer à l'utilisation du nom de ce dernier en relation avec des œuvres qu'il n'aurait pas créées.<sup>132</sup> Certains ordres juridiques ont clarifié cette question et sanctionnent expressément les fausses attributions d'œuvres dans le cadre de la législation sur le droit d'auteur.<sup>133</sup> Une telle approche a pour avantage de permettre une protection pendant toute la durée de protection du droit moral, soit au-delà du décès de l'auteur, ce qui n'est souvent pas possible si la protection se fonde sur le droit de la personnalité, ce droit de nature personnelle s'éteignant généralement au décès de l'auteur (même si les héritiers pourront ensuite le cas échéant invoquer la violation de leur propre droit de la personnalité).<sup>134</sup> Toutefois, sur le plan conceptuel, une telle prérogative sort du domaine du droit d'auteur, et vise en réalité la protection du nom et pas celle de l'œuvre de l'artiste. Dans cette perspective, elle n'a pas sa place dans une loi sur le droit d'auteur.<sup>135</sup>

Les titulaires du droit moral pourraient être tentés de fabriquer des copies et de les faire passer pour des tirages originaux. D'abord parce que la notion de "tirages originaux" ne fait en effet l'objet d'aucune définition unique<sup>136</sup>. Ensuite parce que certains tribunaux ont pu laisser sous-entendre que des tirages posthumes respectant en tous points les traits de l'original pourraient être qualifiés d'œuvres originales. A l'égard des copies de la sculpture "La Vague" de Camille Claudel fabriquées par sa nièce, la Cour a retenu que ces copies ne devaient pas porter la mention "original" mais être marquées de "reproduction" aux motifs que la technique de surmoulage ne permettait pas de reproduire l'originale avec l'exact identique, laissant ainsi sous-entendre que des tirages posthumes respectant les traits de l'original en tous points pourraient être qualifiés d'œuvres originales (p.ex. photographie basée sur les négatifs originaux et les œuvres numériques basées sur un fichier numérique intact)<sup>137</sup>.

Les titulaires du droit moral pourront parfois être tentés d'exercer le droit de paternité de manière à favoriser leurs propres intérêts (financiers)<sup>138</sup>, en contestant l'authenticité d'œuvres appartenant à des tiers. En effet, il n'est pas exclu que certains artistes ou héritiers d'artistes essaient de profiter de la valeur commerciale de leur nom et fassent un exercice abusif du droit de paternité.<sup>139</sup>

<sup>130</sup> Sur la problématique (sous l'angle du droit allemand), v. BULLINGER, *Kunstwerkfälschung und Urheberpersönlichkeitsrecht : der Schutz des bildenden Künstlers gegenüber der Fälschung seiner Werke*, Berlin 1998.

<sup>131</sup> Cf. ci-dessus § 1 n° III ch. 1.

<sup>132</sup> DE WERRA, *Successions*, 695; cette approche est également suivie en droit français depuis un arrêt de la Cour de cassation concernant un tableau fausement attribué à Utrillo, Cass., 1<sup>re</sup> civ., RIDA 2001 (188), 309; v. DURET-ROBERT, 217; la problématique reste vive en droit allemand, suite à un arrêt du Bundesgerichtshof concernant des fausses aquarelles attribuées à E. Nolde (la protection fondée sur le droit général de la personnalité, et pas sur le droit moral, ayant été jugée insuffisante), v. BGHZ 107, 384; sur cette question, v. NORDEMANN, *Kunstwerkfälschung und kein Rechtsschutz ?*, GRUR 1996, 737.

<sup>133</sup> Ainsi, la section 84 du Copyright, Designs and Patents Act 1988 anglais régleme cette question comme suit : 84.—(1) A person has the right in the circumstances mentioned in this section—

(a) not to have a literary, dramatic, musical or artistic work falsely attributed to him as author, and

(b) not to have a film falsely attributed to him as director.

<sup>134</sup> DE WERRA, *Successions*, 695.

<sup>135</sup> On note toutefois que certaines réglementations de droit étranger protègent spécifiquement le nom des auteurs, cf. art. 121-1 du Code français de la propriété intellectuelle.

<sup>136</sup> Cf. Benhamou, *Originaux et copies*, Chapitre I.5.

<sup>137</sup> Cf. Benhamou, *Originaux et copies*, Chapitre I.5.

<sup>138</sup> Ainsi, dans l'affaire *Findlay v. Duthuit*, *supra* note 142, le tribunal saisi a constaté que Duthuit n'était pas seulement titulaire du droit moral, mais était également propriétaire et vendeur de nombreuses œuvres de Matisse, ce qui créait ainsi un conflit d'intérêts avec les œuvres de Matisse vendues par d'autres marchands.

<sup>139</sup> V. l'article de BAILEY, *Dix ans après sa mort, Salvador Dali joue encore le grand perturbateur*, *Journal des Arts*, 17 déc. 1999, n° 95, 61-62. Pour une présentation des questions de la pratique des experts en matière d'attribution des œuvres d'art et leur impact sur le marché de l'art, voir aussi Risques et périls dans l'attribution des œuvres d'art : de la pratique des experts aux aspects juridiques, in: Bandle Anne-Laure / Elsig Frédéric, *Etude de droit de l'art*, Zurich (Schulthess) 2018.

Dans ces circonstances, on peut se poser la question de la responsabilité d'un titulaire du droit moral (tout spécifiquement du droit de paternité) qui refuserait d'authentifier une œuvre donnée et refuserait ainsi que le nom de l'artiste soit apposé sur cette œuvre. A cet égard, on doit constater sur le plan du principe que le titulaire du droit d'auteur (respectivement du droit de paternité) est en mesure d'exercer son droit de manière libre (et donc arbitraire), ce sous réserve d'une violation du droit de la concurrence.<sup>140</sup> Dans ces circonstances, il paraît très délicat d'admettre une telle responsabilité.<sup>141</sup>

Comme l'expose M. Duret-Robert, « le droit de faire saisir les faux a donné aux héritiers le pouvoir de juger de l'authenticité des œuvres ».<sup>142</sup> Sur le plan pratique, l'avis des héritiers sera fréquemment sollicité concernant des œuvres qui n'ont pas encore été divulguées et qui sont encore en possession de la succession de l'artiste concerné (p.ex. dans l'atelier de ce dernier). Ainsi, lorsque les héritiers mettent en vente certaines de ces œuvres<sup>143</sup> (p.ex. dans le cadre d'une vente d'atelier), ils marqueront les œuvres d'un cachet spécial<sup>144</sup>, ce cachet valant alors authentification des œuvres sur le marché de l'art.<sup>145</sup>

Dans la perspective du droit d'auteur, l'apposition de ce cachet constituera une manifestation de l'exercice du droit de paternité<sup>146</sup>, soit du droit exclusif de décider « si, quand, de quelle manière et sous quel nom son œuvre sera divulguée ».<sup>147</sup> Les marchands d'art n'ont dès lors pas manqué de requérir spontanément l'avis des héritiers (un avis positif se concrétisant sous la forme d'un certificat) pour authentifier des œuvres inconnues d'un artiste, afin d'éviter le risque d'une saisie des œuvres concernées par les héritiers sur le fondement d'une violation du droit d'auteur.<sup>148</sup> Aux yeux des professionnels du marché de l'art, cette pratique est souvent considérée comme une obligation, les héritiers étant jugés incontournables pour se prononcer sur l'authenticité des œuvres.<sup>149</sup>

C'est donc pour se protéger contre tout risque d'une action judiciaire intentée par les héritiers au titre d'une violation du droit d'auteur que les marchands d'art tenteront d'obtenir un certificat d'authenticité de ces derniers<sup>150</sup>, un avis négatif du titulaire de droit moral pouvant avoir des conséquences désastreuses pour un tableau.<sup>151</sup>

Ce pouvoir des héritiers a ainsi été qualifié d'« autorité de fait ».<sup>152</sup> Toutefois, il apparaît que ce pouvoir ne résulte pas d'une situation de *fait*, mais plutôt de la protection *juridique* découlant du droit d'auteur.<sup>153</sup> Cependant, reconnaître un tel pouvoir aux héritiers ne signifie pas que ce pouvoir soit exclusif ou absolu. Bien au contraire, comme déjà souligné, les titulaires de droits d'auteur (et tout spécialement du droit moral) ne disposent pas du droit exclusif de se prononcer sur la question de l'authenticité des œuvres d'un artiste. En réalité, comme l'a constaté un auteur, « [a]s far as the law is concerned, the holder of the droit moral is just another legal expert whose opinion is only as good as his qualifications and the arguments he puts

---

<sup>140</sup> Sur la question de l'abus de position dominante, voir la contribution de RINGE, Le pouvoir de l'expert face au droit de la concurrence, in: Gabus/Renold/de Werra (éds), L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, volume 19 des Etudes en droit de l'art, Zurich 2007, 135 ss; cette approche fondée sur le droit de la concurrence a donné lieu à de nombreux litiges aux Etats-Unis, Gareth S. LACY, STANDARDIZING WARHOL: ANTITRUST LIABILITY FOR DENYING THE AUTHENTICITY OF ARTWORK, 6 WASH. J.L. TECH. & ARTS 185 (2011), <https://digital.lib.washington.edu/dspace-law/handle/1773.1/560>.

<sup>141</sup> En droit français, la responsabilité civile d'un titulaire du droit moral qui refusait d'authentifier une œuvre semble toutefois pouvoir être engagée en cas d'agissements « avec mauvaise foi ou une légèreté blâmable » selon un arrêt de la Cour de cassation du 10 nov. 2005, cité *supra* note 142.

<sup>142</sup> Duret-Robert, 220.

<sup>143</sup> Ce faisant, les héritiers exercent le droit de divulgation sur ces œuvres, cf. art. 9 al. 2 LDA.

<sup>144</sup> Désigné comme cachets ou timbres d'atelier, cf. LEQUETTE-DE KERVENOAËL, 209.

<sup>145</sup> Duret-Robert, 220.

<sup>146</sup> Voir cependant CARON, « L'exercice du droit moral à des fins d'authentification ne confère pas l'impunité ! », Communication commerce électronique, n° 2 février 2006, comm. 20 (note sous l'arrêt de la Cour de Cass. du 10 novembre 2005), pour qui « [...] le pouvoir d'authentifier un tableau ne relève pas de l'exercice du droit à la paternité. Si c'était le cas, seul le titulaire de cette prérogative pourrait procéder à des authentifications ».

<sup>147</sup> Art. 9 al. 1 LDA.

<sup>148</sup> Duret-Robert, 220.

<sup>149</sup> DURET-ROBERT, 220; LEQUETTE-DE KERVENOAËL, 204, parlant de « point de passage obligé ».

<sup>150</sup> Lequette-de Kervenoaël, 206.

<sup>151</sup> Cf. pour un exemple, voir l'affaire Greenwood v. Koven, 880 F. Supp. 186 (S.D.N.Y. 1995).

<sup>152</sup> Duret-Robert, 220.

<sup>153</sup> LEQUETTE-DE KERVENOAËL, 203 s. constatant que les jugements portés par les héritiers d'un artiste sur l'authenticité des œuvres ont « leur racine dans les prérogatives que la loi leur attribue »; un pouvoir de fait pourra par contre exister lorsqu'un seul expert d'art sera reconnu par le marché comme faisant autorité pour se prononcer de manière définitive sur l'authenticité des œuvres d'un artiste donné.

forward ». <sup>154</sup> Ainsi, l'avis du titulaire du droit d'auteur ne sera pas toujours suivi au profit de celui d'experts plus autorisés. <sup>155</sup>

Le pouvoir des héritiers résultant de l'exercice du droit d'auteur, et plus spécifiquement du droit moral ne doit toutefois pas être négligé pour autant, ce pouvoir résultant de leur prérogative de faire interdire ou cesser toute violation des droits dont ils sont titulaires. <sup>156</sup> Ainsi, « le fait d'avoir un certificat de l'héritier et ami du peintre accompagnant l'œuvre permet au vendeur de ne pas être poursuivi en contrefaçon ». <sup>157</sup> Aussi a-t-on pu concevoir l'obtention d'un tel certificat comme un « contrat d'assurance contre le risque de saisie ». <sup>158</sup> Pour que ce certificat remplisse cette fonction protectrice, il pourra être nécessaire de s'assurer que tous les titulaires des droits concernés l'aient établi ou y aient consenti. En effet, l'exercice du droit d'auteur par les héritiers pourra requérir l'unanimité entre ces derniers. Or, il arrive que les héritiers ne soient pas d'accord entre eux. Dans ces circonstances, un certificat d'authenticité obtenu d'un seul des co-héritiers sans l'aval des autres n'offrira pas toujours la protection souhaitée. <sup>159</sup> Toutefois, ce risque juridique dépendra du droit national de la propriété intellectuelle qui sera applicable dans le cas d'espèce et pourra ainsi évoluer en fonction des déplacements géographiques de l'œuvre concernée. <sup>160</sup> Ainsi, en droit d'auteur suisse, prévaut le principe de l'unanimité dans l'exercice du droit d'auteur par les co-titulaires du droit (particulièrement par les co-héritiers). Des co-héritiers qui deviendraient titulaires de droits d'auteur après le décès de l'artiste ne pourront donc pas agir en justice individuellement pour faire valoir une violation de leur droit, mais seront au contraire tenus d'agir tous ensemble au titre de la légitimation active nécessaire. <sup>161</sup> Par conséquent, dans la perspective du droit suisse, même si un seul des cohéritiers a délivré un certificat d'authenticité pour un tableau donné et considère donc que ce tableau ne viole pas le droit d'auteur (dont il est co-titulaire), les autres co-héritiers ne pourront pas invoquer une violation du droit d'auteur devant les tribunaux, faute de pouvoir agir à l'unanimité.

La situation pourra se compliquer lorsque les droits d'auteur auront été attribués à différents titulaires (notamment dans le cadre d'actes à cause de mort). Il pourra en effet se produire que l'auteur transmette ses droits patrimoniaux à certaines personnes (p.ex. ses héritiers) tout en confiant son droit moral (notamment le droit de paternité) à une personne de confiance extérieure au cercle de ses héritiers. Dans un tel cas, il sera nécessaire d'obtenir l'aval des titulaires respectifs des deux types de droits afin d'éviter le risque d'une action judiciaire intentée par l'un ou l'autre de ces derniers. En effet, chacun des deux groupes de titulaires pourrait tenter de faire valoir la violation de ses propres droits. Ainsi, même à supposer que les titulaires des droits d'exploitation sur les œuvres d'un artiste considèrent que l'œuvre est authentique (et donc ne viole pas les droits d'exploitation exclusifs, notamment le droit de reproduction) <sup>162</sup>, les titulaires du droit moral (particulièrement du droit de paternité) pourront considérer que le nom de l'artiste ne doit néanmoins pas être apposé sur celle-ci en vertu du droit de paternité.

Une question se pose dans les systèmes légaux dans lesquels la durée de protection respective des droits patrimoniaux et des droits moraux n'est pas identique (ce qui n'est pas le cas en droit suisse), et dans lesquels la protection des droits moraux est réputée perpétuelle, comme c'est le cas en droit d'auteur français. <sup>163</sup> Dans de tels systèmes, on constate une certaine tendance à étendre la protection à toute utilisation du nom de l'artiste sur une œuvre, même si cette dernière ne constitue ni une copie, ni une œuvre dérivée de l'œuvre originale de l'artiste <sup>164</sup>, une telle protection du nom de l'auteur, indépendamment de la protection de l'œuvre,

<sup>154</sup> LEVY, 844.

<sup>155</sup> Voir l'arrêt (inédit) de la Cour de Paris du 9 novembre 1988 exposé par LEQUETTE-DE KERVENOAËL, 194 s.

<sup>156</sup> Ce pouvoir se concrétisant en France par la - puissante - sanction de la saisie-contrefaçon, cf. LEQUETTE-DE KERVENOAËL, 205 s.

<sup>157</sup> Arrêt inédit de la Cour de cassation française du 28 février 1991 cité par LEQUETTE-DE KERVENOAËL, 206.

<sup>158</sup> DURET-ROBERT, « Le règne des héritiers », *Connaissance des arts*, mars 1990 (n° 457), 123.

<sup>159</sup> LEQUETTE-DE KERVENOAËL, 210, citant en exemple un avis publié dans la *Gazette de Drouot* (du 13 février 1976) dans lequel la famille du peintre Renoir exprimait que le droit moral afférent à l'œuvre de ce dernier ne pouvait s'exercer qu'indivisément et que toute disposition prise par l'un des héritiers, sans le concours des autres, serait taché d'irrégularité.

<sup>160</sup> Il n'est malheureusement pas possible d'examiner les questions - complexes - de droit international privé de la propriété intellectuelle dans le cadre du présent chapitre, au-delà de la mention du principe généralement reconnu du « pays de protection » (« Schutzland »), en vertu duquel le droit applicable sera le droit de l'Etat pour lequel la protection est revendiquée, cf. p.ex. art. 110 al. 1 LDIP.

<sup>161</sup> En vertu des règles du droit successoral (art. 602 CC), cf. ATF 121 III 118, JdT 1995 I 274; sur la question de la gestion du droit d'auteur après le décès de l'auteur, voir ci-dessous chap. V n° 4.

<sup>162</sup> Cf. art. 10 al. 2 let. a LDA.

<sup>163</sup> Cf. art. L.121-1 du Code de la propriété intellectuelle selon lequel le droit moral est « perpétuel, inaliénable et imprescriptible ».

<sup>164</sup> Cf. Lequette-de Kervenoaël, 572 ss.

comme tel pouvant parfois s'appuyer sur un texte légal plus large. Ainsi, l'art. L.121-1 CPI dispose que l'auteur « jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre », ce qui peut expliquer cette approche extensive de la protection.

Sur cette base, certains tribunaux ont admis le pouvoir du titulaire du droit moral d'interdire la commercialisation d'œuvres constituant des copies de tableaux originaux munis de la signature d'un artiste en dépit de l'expiration des droits patrimoniaux sur l'œuvre concernée.<sup>165</sup> Les tribunaux ont considéré qu'une atteinte au droit moral ne pouvait toutefois être admise que lorsque l'apposition de la signature de l'artiste sur une œuvre tombée dans le domaine public pouvait faire craindre une confusion entre l'original et la copie.<sup>166</sup> C'est alors l'existence d'une confusion auprès du public qui a constitué le critère déterminant pour juger d'une atteinte au droit moral.<sup>167</sup> Cette approche n'est pas sans susciter une certaine critique, dans la mesure où le droit moral, et plus spécialement le droit de paternité, semblerait devoir être protégé sans égard à l'existence d'un quelconque risque de confusion.<sup>168</sup> En tout état, ce genre de questions ne se pose pas en droit suisse compte tenu du fait que tous les droits d'auteur (droit patrimoniaux et droit moral) ont la même durée.

### c) Droit à l'intégrité de l'œuvre

L'art. 11 consacre le principe de la protection de l'intégrité de l'œuvre en disposant en particulier que l'auteur a le droit exclusif de décider « si, quand et de quelle manière l'œuvre peut être modifiée » (art. 11 al. 1 let. a LDA) et que l'auteur « peut s'opposer à toute altération de l'œuvre portant atteinte à sa personnalité », et ce « même si un tiers est autorisé par contrat ou par la loi à modifier l'œuvre ou à l'utiliser pour créer une œuvre dérivée » (art. 11 al. 2 LDA).<sup>169</sup>

La protection de l'intégrité de l'œuvre joue un rôle essentiel dans le domaine artistique dans la mesure où la forme concrète qui a été donnée à l'œuvre par l'artiste constitue l'expression unique et intangible de la créativité de l'artiste. Ainsi, « le respect est dû à l'œuvre telle que l'auteur a voulu qu'elle soit ».<sup>170</sup> Dans cette mesure, toute atteinte portée par un tiers à une création artistique, sera susceptible de léser l'intégrité de cette œuvre et ainsi de violer le droit à l'intégrité de l'auteur de celle-ci. En dépit du texte légal qui semble indiquer que le droit à l'intégrité est absolu et illimité, on doit considérer que la protection qui en découle résulte d'une pondération des intérêts en présence (« *Interessenabwägung* ») qui doit être effectuée au cas par cas en fonction notamment du type d'œuvres concernées.<sup>171</sup>

Les atteintes à l'intégrité pourront être directes ou indirectes, les atteintes directes se caractérisant par une atteinte portée à la substance même de l'œuvre.<sup>172</sup> Ainsi, une atteinte directe pourra résulter du fait qu'une œuvre des beaux-arts qui est composée de divers éléments est dépecée et vendue en pièces détachées<sup>173</sup>, ou qu'elle est restaurée de manière inadéquate. La restauration d'œuvres d'art sera ainsi parfois problématique, étant noté que l'on ne saurait imposer par principe au propriétaire d'une œuvre qui se dégrade de prendre des mesures en vue de préserver l'état de celle-ci.<sup>174</sup> Il est en effet possible que l'artiste ait souhaité inscrire sa création dans le temps en faisant en sorte que son œuvre se détruise naturellement. Dans une telle

<sup>165</sup> « Le fait que les droits patrimoniaux soient arrivés à expiration n'autorise pas les tiers à en disposer sans restrictions : il appartient à celui qui l'exploite de veiller au respect du nom de l'auteur et à l'intégrité de l'œuvre », « l'imitation de la signature de l'auteur constituant une 'atteinte à l'identité artistique de l'auteur' dit droit moral qui persiste après l'expiration des droits patrimoniaux », Tribunal de Grande Instance de Paris, RIDA 1996 (167), 282; voir sur cette question, LEQUETTE-DE KERVENOËL, 570 s.

<sup>166</sup> Arrêt de la Cour de cassation française, Recueil Dalloz II, Informations Rapides, 1997, 200; voir aussi LEQUETTE-DE KERVENOËL, 572

<sup>167</sup> La référence à la notion de risque de confusion est intéressante à souligner dans le cadre du présent chapitre, dès lors que cette notion constitue un élément central de l'analyse en droit des marques § 2 et en droit de la concurrence déloyale, voir ci-dessous § 4.

<sup>168</sup> Lucas/Lucas, 370.

<sup>169</sup> Sur cette question, voir en général DE WERRA, Intégrité.

<sup>170</sup> Tribunal de Grande Instance de Paris, RIDA 1993 (155), 225.

<sup>171</sup> Sur cette question, voir DE WERRA, Intégrité, 87 ss.

<sup>172</sup> DE WERRA, Intégrité, 68.

<sup>173</sup> Voir la célèbre affaire du réfrigérateur et des six panneaux créés par Bernard Buffet et revendus séparément par leur acquéreur jugée par la Cour d'appel de Paris, Dalloz 1962, 570.

<sup>174</sup> Sur ces questions, voir RENOLD, Dégradation et restauration des œuvres d'art exposées sur le domaine public: questions de droit d'auteur, sic ! 2003, 204 ss; voir le § 22 de la loi autrichienne sur le droit d'auteur (qui dispose : « Der Besitzer eines Werkstückes hat es dem Urheber auf verlangen zugänglich zu machen, soweit es notwendig ist, um das Werk vervielfältigen zu können; hiebei hat der Urheber die Interessen des Besitzers entsprechend zu berücksichtigen. Der Besitzer ist nicht verpflichtet, dem Urheber das Werkstück zu dem angeführten Zwecke herauszugeben, auch ist er dem Urheber gegenüber nicht verpflichtet, für die Erhaltung des Werkstückes zu sorgen ».

perspective, toute intervention de tiers visant à préserver l'œuvre dans son état initial serait contraire à la volonté artistique de l'artiste et pourrait porter atteinte à l'intégrité de l'œuvre.<sup>175</sup>

Des atteintes indirectes peuvent également être portées aux œuvres, ce type d'atteintes résultant du contexte inapproprié dans lequel l'œuvre est utilisée sans que l'œuvre comme telle ne soit modifiée.<sup>176</sup> Il en va ainsi de l'utilisation d'une œuvre (des beaux-arts) à des fins publicitaires<sup>177</sup> ou de l'adjonction de cadres à des tableaux faisant penser que ces cadres ont été conçus par l'auteur des œuvres encadrées.<sup>178</sup> La protection contre des atteintes indirectes ne sera toutefois pas illimitée.

En effet, on peut ainsi citer une affaire allemande (tranchée par le Tribunal d'Erfurt) dans lequel une artiste cherchait à s'opposer à l'exposition de plusieurs de ses toiles dans le cadre d'une exposition collective consacrée à l'art dans l'ancienne Allemagne de l'Est. L'artiste reprochait aux organisateurs une violation de son droit moral (droit à l'intégrité de l'œuvre) causée par la présentation désavantageuse de ses toiles sur un mur surchargé.<sup>179</sup> Tranchant en faveur des organisateurs, le Tribunal d'Erfurt a nié toute atteinte au droit à l'intégrité, en soulignant au passage l'importance du principe constitutionnel de la liberté de l'art invoqué avec succès par les organisateurs de l'exposition.<sup>180</sup>

De même, on peut se référer à la situation dans laquelle un auteur tenterait de se prévaloir d'une atteinte indirecte à l'intégrité lorsqu'une de ses œuvres est exposée conjointement avec des œuvres appartenant à un courant artistique auquel il ne souscrit pas.<sup>181</sup> Ainsi, le peintre De Chirico avait tenté d'interdire l'exposition de ses œuvres dans le cadre de la Biennale de Venise qui avait organisé une rétrospective sur ce peintre au motif que l'exposition organisée n'était pas représentative de son œuvre dans la mesure où l'accent était mis sur ses premières créations au détriment de ses œuvres plus récentes.<sup>182</sup> Bien qu'il ait gagné en première instance<sup>183</sup>, l'artiste s'est vu débouter par la Cour d'appel de Venise, l'instance de recours considérant que le droit d'auteur ne devait pas permettre à l'artiste de s'opposer à l'organisation d'une exposition d'exemplaires d'œuvres qui ne lui appartenaient plus.<sup>184</sup>

On peut enfin se référer à la situation dans laquelle un tiers reproduit des exemplaires d'une œuvre pour laquelle il a les droits patrimoniaux de reproduction (ou qui est tombée dans le domaine public mais dans une juridiction reconnaissant un droit moral imprescriptible comme en France)<sup>185</sup>. Les titulaires du droit moral (souvent les héritiers) pourraient s'opposer à la confection d'exemplaires de l'œuvre originale au motif que la technique de reproduction ne permettrait pas la reproduction exacte et fidèle de l'œuvre originale (p.ex. sculpture reproduite par surmoulage sans le moule d'origine). Ainsi, dans l'affaire française Rodin, le Cour de cassation a conclu que les copies de la sculpture de Rodin (tombée dans le domaine public depuis 1982) violaient le droit moral du sculpteur au motif qu'elles étaient basées sur la technique du surmoulage

<sup>175</sup> Pour une discussion des questions de droit moral en matière de restauration d'œuvres, voir les contributions de DREIER et de COHEN dans l'ouvrage collectif : *La restauration des objets d'arts, aspects juridiques et éthiques*, Quentin Byrne-Sutton/Marc-André Renold éd(s.), vol. 6 des *Etudes en droit de l'art*, Zurich 1995; voir aussi DREIER, *Urheberpersönlichkeitsrecht und die Restaurierung von Werken der Architektur und der bildenden Kunst*, in: *Aktuelle Herausforderung des geistigen Eigentums, Festgabe von Freunden und Mitarbeitern für Friedrich-Karl Beier zum 70. Geburtstag*, Cologne Berlin Bonn Munich 1996, 365 ss.

<sup>176</sup> DE WERRA, *Intégrité*, 72, de telles atteintes sont souvent invoquées en matière d'œuvres architecturales; sur cette question, voir ci-dessous chapitre 9 § 3 du présent ouvrage.

<sup>177</sup> Voir, concernant l'utilisation non autorisée d'une copie d'une œuvre de Niki de Saint-Phalle dans une campagne publicitaire, WALRAVENS, *La protection de l'œuvre d'art et le droit moral de l'artiste*, RIDA 2003 (197), 3 ss, 51.

<sup>178</sup> Voir l'affaire allemande « Unikatrahmen » concernant des tableaux encadrés dans des cadres continuant les tableaux concernés faisant ainsi penser au public que les cadres feraient parties et constitueraient une continuation artistique des œuvres en cause qui a été jugée par le BGH (affaire I ZE 304/99), BGHZ 150, 32 ss.

<sup>179</sup> Arrêt résumé dans l'Art-Law Centre News (du Centre du droit de l'art) n° 3, mars 2000, 3; sur cette affaire, voir aussi HEGEMANN, *Der Schutz des bildenden Künstlers vor Entstellung und sonstigen Beeinträchtigungen seines Werkes durch direkte und indirekte Eingriffen*, in: *Festschrift für Paul W. Hertin zum 60. Geburtstag am 15. November 2000*, Schertz/ Omsels (Hrsg.) Munich 2000, 87 ss.

<sup>180</sup> Expressément ancré dans la Constitution allemande (Grundgesetz) à l'art. 5 al. 3.

<sup>181</sup> Exemple donné par PERRET, *Rapport national sur le sujet 3. Droits des créateurs et de leurs héritiers*, in: *La Vente internationale d'œuvres d'art*, vol. III, Paris New York Deventer Boston, 1991, 301 ss, 306; on peut discuter de l'existence d'une atteinte au droit moral dans un tel cas, voir les références citées par DE WERRA, *Intégrité*, 100, note 189.

<sup>182</sup> Voir l'analyse de ce cas par RICHARD/JUNKER, *Kunstfälschung und Persönlichkeitsrecht*, GRUR 1988, 18 ss, 25.

<sup>183</sup> *Rivista Diritto Commerciale* 1952 II 128 (Tribunal de Venise).

<sup>184</sup> Ente Autonomo « La Biennale » di Venezia/De Chirico, *Foro Italiano* 1955 I 717 (Cour d'appel de Venise); voir également FABIANI, *La présentation de l'œuvre au public et le droit moral de l'auteur*, in: *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Paris 1995, 143 ss.

<sup>185</sup> Benhamou, *Posthumous replications*, relevant que l'étendue du droit de moral à l'intégrité de l'œuvre varie d'une juridiction à l'autre, certaines juridictions appliquant ce droit uniquement lorsque les modifications de l'œuvre sont préjudiciables à l'honneur ou la réputation de l'auteur, d'autres juridictions ne reconnaissant même pas un tel droit moral.

qui ne permet pas de reproduire fidèlement les caractéristiques exactes de l'œuvre originale et montées sur des pieds différents<sup>186</sup>.

La question de la portée de la protection de l'intégrité de l'œuvre se pose pour des atteintes qui seraient portées à l'intégrité de l'œuvre dans la sphère privée du propriétaire de celle-ci. Bien que la question soit controversée en doctrine, on doit considérer que ce type d'atteinte est illicite lorsqu'une telle atteinte portée à l'œuvre est grave et irréversible (tel serait p.ex. le cas de l'unique exemplaire original d'un tableau ou d'une fresque qui seraient repeints sans autorisation).<sup>187</sup> Dans un tel cas, le propriétaire ne devrait pas pouvoir se prévaloir de l'exception d'usage privé pour échapper à la protection du droit d'auteur.<sup>188</sup>

Le propriétaire d'un exemplaire de l'œuvre ou le cessionnaire de certains droits d'auteur peut avoir par ailleurs prévu contractuellement la possibilité de modifier l'œuvre ou de l'utiliser pour créer des œuvres dérivées. Même dans ces cas, l'auteur peut s'opposer à toute altération de l'œuvre si elle porte atteinte à sa personnalité (art. 11 al. 2 LDA). Pour juger de l'atteinte à la personnalité, il faut en particulier établir l'intensité du rapport entre la personnalité de l'auteur et l'œuvre. Si l'individualité de l'œuvre est élevée, le rapport entre l'auteur et son œuvre sera réputé étroit et le juge sera plus enclin à admettre une atteinte à la réputation en cas de modification de l'œuvre. Inversement, si l'individualité est moindre (se manifestant par exemple dans des détails), les modifications seront admises plus facilement<sup>189</sup>.

La loi prévoit une protection particulière contre la destruction des exemplaires uniques d'œuvres.<sup>190</sup> Ainsi, l'art. 15 al. 1 LDA dispose que « si le propriétaire de l'unique exemplaire original d'une œuvre doit admettre que l'auteur a un intérêt légitime à la conservation de cet exemplaire, il ne peut le détruire sans avoir au préalable offert à l'auteur de le reprendre. Il ne peut en exiger plus que la valeur de la matière première ». Lorsque l'auteur ne peut reprendre cet exemplaire original (notamment pour des raisons financières), le propriétaire de celui-ci devra permettre à l'auteur de reproduire l'exemplaire original de manière appropriée (art. 15 al. 2 LDA). La loi prévoit encore une protection restreinte en matière d'œuvre d'architecture. Dans un tel cas en effet, l'auteur a seulement le droit de photographier l'œuvre et d'exiger que des copies des plans lui soient remises à ses frais (art. 15 al. 3 LDA). Cette disposition est intéressante parce qu'elle institue un mécanisme de protection de l'auteur face à ce qui constitue la forme la plus radicale d'atteinte à l'intégrité de son œuvre.

Elle soulève cependant certaines questions d'interprétation pour lesquelles une clarification jurisprudentielle serait bienvenue, notamment concernant la notion d'« intérêt légitime » de l'artiste à la conservation de l'exemplaire (figurant à l'art. 15 al. 1 LDA). On pourrait souhaiter à ce propos que l'on présume que l'artiste a un intérêt légitime à la conservation de tous les exemplaires originaux de ses œuvres. Une autre question d'interprétation tient à la notion d'œuvre d'architecture pour laquelle la loi prévoit un régime de protection fortement réduit. Compte tenu du fait que de nombreux litiges de droit d'auteur éclatent au sujet de créations artistiques sculpturales s'intégrant dans des projets architecturaux (publics<sup>191</sup> ou privés<sup>192</sup>) ou plus

<sup>186</sup> Cour de cassation, 25 octobre 2016, N° de pourvoi: 15-8462. Cf. Benhamou, Posthumous replications, relevant qu'un autre élément important était que les copies ne mentionnaient pas "reproductions", ce qui a été considéré comme trompeur, et comparant cette décision Rodin avec la décision Camille Claudel, dans laquelle la reproduction de la sculpture "La Vague" (par la nièce du sculpteur détentrice des droits de reproduction) a été admise comme respectueuse droit moral puisque basée sur le moulage d'origine. Cour de Cassation, 4 mai 2012, 11-10763.

<sup>187</sup> Voir le fameux exemple de la fresque des sirènes qui étaient nues dans leur état original et qui ont été repeintes, voir Reichsgericht allemand, RGZ 79, 397 discuté par DESSEMONTET, Droit d'auteur, n° 206, 154.

<sup>188</sup> A la différence du droit allemand (§ 23 de la loi allemande sur le droit d'auteur), le droit suisse donne à l'auteur le droit exclusif de décider de toute modification ou adaptation de son œuvre et non pas seulement de toute divulgation et exploitation de telles œuvres modifiées ou adaptées, cf. art. 11 al. 1 let. a et b LDA, par conséquent, on peut en déduire un pouvoir de contrôle plus important en droit suisse qu'en droit allemand; pour le droit allemand, voir SCHACK, Kunst, n° 259, 133; même avis en droit français, voir LUCAS/LUCAS, n° 487, 372.

<sup>189</sup> ATF 142 III 387, sic ! 2016 446, c. 3.2 ("Fermeture d'une terrasse") : à l'égard d'une œuvre architecturale (une villa (de style contemporain, construite en béton blanc et présentant une particularité au niveau de la toiture), le TF a considéré que les modifications doivent être admises plus aisément si elles portent sur des constructions à vocation fonctionnelle (p.ex. une maison de famille) et moins facilement à l'égard de constructions à vocation esthétique ou religieuse (p.ex. un musée ou une église). En l'espèce, il a admis les modifications litigieuses en constatant que l'œuvre et la modification sont fonctionnelles et non purement esthétiques, car elles répondent à un besoin fonctionnel du propriétaire. A titre de commentaire, on notera que, selon le TF, il convient de se placer du seul point de vue de l'architecte sans tenir compte des intérêts du propriétaire pour apprécier si la modification est attentatoire à la personnalité. Pourtant le TF procède bien à une pesée des intérêts en tenant compte de la destination fonctionnelle de la modification souhaitée.

<sup>190</sup> Pour une présentation du droit allemand, voir SCHMELZ, Zum Schutz des Urhebers vor Werkzerstörungen, eine methodenorientierte Betrachtung, UFITA 2005, 705 ss.

<sup>191</sup> Sur la question des œuvres d'art placées sur le domaine public, voir l'article de RENOLD précité.

<sup>192</sup> Voir par exemple la célèbre affaire concernant la création sculpturale de Richard Serra destinée à une place (Federal Plaza) à New York dont la destruction a été ordonnée par les autorités après une procédure judiciaire, Serra v. U.S. General Services Adm., 847 F2d 1045 (2d Cir.

généralement d'œuvres dont l'objectif artistique est de s'intégrer dans un site particulier construit ou naturel<sup>193</sup>, la question se pose de savoir si ces créations artistiques constituent des œuvres d'architecture au sens de l'art. 15 al. 3 LDA (et de l'art. 2 al. 2 let. e LDA), auquel cas la protection contre leur destruction sera fortement réduite. Il semble que l'on ne doive pas admettre l'application de l'art. 15 al. 3 LDA pour ce type d'œuvres, les œuvres d'architecture devant concerner les constructions à destination fonctionnelle et pas les œuvres artistiques.

## IV. Les limites de la protection

### 1. Introduction

Le droit d'auteur, comme les autres droits de propriété intellectuelle, connaît certaines limites. Ces limites ont pour objectif de préserver un équilibre entre la protection des intérêts des titulaires des droits d'auteur (et des droits voisins) et les intérêts des tiers utilisateurs des œuvres.<sup>194</sup> La limite la plus importante de la protection tient à la durée du droit d'auteur, qui est, sous réserve de la protection des logiciels<sup>195</sup>, de septante ans après le décès de l'auteur (art. 29 al. 2 let. b LDA), étant noté que certains Etats instituent une protection perpétuelle de certains droits d'auteur (et spécialement du droit moral).<sup>196</sup> Après l'échéance de cette durée, les œuvres tombent dans le domaine public et peuvent ainsi être librement utilisées par quiconque le souhaite sans aucune restriction.

Pour ce qui concerne les exceptions au droit d'auteur proprement dites, soit les limitations à la portée du droit exclusif pendant la durée de protection du droit d'auteur, les législateurs sont en mesure d'instituer des exceptions au droit dans leur réglementation dans le respect des conventions internationales et particulièrement du test en trois étapes (*three step test*)<sup>197</sup> et des éventuels accords régionaux.<sup>198</sup> Sur le plan du principe, deux grandes méthodes s'opposent, l'une, suivie notamment en droit américain, consistant à adopter une approche ouverte fondée sur une exception générale au droit d'auteur (soit l'exception du « fair use »<sup>199</sup>) laissant alors aux tribunaux la tâche de décider de la portée du droit d'auteur et de ses exceptions dans chaque cas d'espèce, l'autre, mise en œuvre en droit européen continental, consistant au contraire à énumérer de manière précise différentes exceptions spécifiques au droit d'auteur dans la loi (p.ex. exception de citation, exception d'usage privé, etc.).<sup>200</sup> C'est cette dernière approche qui a été adoptée en droit suisse aux art. 19 à 28 LDA. Pour préserver la cohérence du système et l'équilibre du droit d'auteur, on considère généralement que l'énumération des exceptions légales est exhaustive. Toutefois, force est de constater que des limites extrinsèques à la protection du droit d'auteur ne paraissent pas pouvoir être évitées, notamment par application du droit de la concurrence (réprimant les abus de position dominante).<sup>201</sup>

Quoi qu'il en soit, les dispositions légales de la loi sur le droit d'auteur, et particulièrement celles relatives aux exceptions, doivent être interprétées de manière conforme à la Constitution.<sup>202</sup> Dans ce contexte, le principe constitutionnel de la liberté de l'art pourra jouer un rôle important, qui sera potentiellement

1988), à ce propos, voir l'ouvrage *The Destruction of Tilted Arc: Documents*, Clara Weyergraf-Serra/Martha Buskirk (éds.), introduction de SERRA, MIT Press 1990 et MERRYMAN, *The Refrigerator of Bernard Buffet*, 27 *Hastings Law Journal* 1023 (1976).

<sup>193</sup> Site-specific art ou Land Art, voir SCHACK, *Kunst*, n° 194, 103 voir l'ouvrage de MICHAEL LAILACH, *Land Art*, Cologne 2007.

<sup>194</sup> Sur ces questions, voir la thèse de PAHUD, *Die Sozialbindung des Urheberrechts*, Berne 2000.

<sup>195</sup> Art. 29 al. 2 let. a LDA.

<sup>196</sup> Tel est le cas en France (art. 121-1 CPI); à ce propos, voir LUCAS/LUCAS, n° 505, 389.

<sup>197</sup> Art. 9 al. 1 de la Convention de Berne (RS 0.231.15) et art. 13 de l'ADPIC (RS 0.632.20 annexe 1.C), cf. FICSOR, *The three step test*, *RIDA* 2002 (192), 111-251.

<sup>198</sup> Pour l'Union européenne, voir l'art. 5 de la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, étant noté que cette disposition contient un très long catalogue d'exceptions optionnelles pouvant être mises en œuvre par les Etats membres et de ce fait n'harmonise pas véritablement le droit des Etats membres.

<sup>199</sup> Consacrée au § 107 de la loi américaine sur le droit d'auteur (1976 Copyright Act).

<sup>200</sup> Sur ces différences d'approche, voir SCHACK, *Kunst*, n° 273, 139; sur les divergences et convergences entre les systèmes du droit d'auteur et du copyright, voir en général la thèse de STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, convergences et divergences*, Bruxelles, 1993.

<sup>201</sup> Comme confirmé par les affaires *Magill* (CJCE RTE et al. C. Commission, affaires jointes C-241/91 P et C-242/91 [1991]) et *IMS Health* (CJCE, *IMS Health c. NDC Health* affaire C-418/01 [2004]) jugées par la CJCE, voir § 4.

<sup>202</sup> Pour le droit allemand, voir SCHACK, *Kunst*, n° 273, 140.

susceptible d'entrer en conflit avec la protection du droit d'auteur, raison pour laquelle il convient d'étudier cette question.

## 2. Conflit entre le droit d'auteur et la liberté de l'art

Conçu comme le droit exclusif du créateur sur son œuvre, produit de son travail intellectuel, le droit d'auteur s'impose à quiconque souhaite utiliser de manière créative ou non une œuvre préexistante.<sup>203</sup> Dans cette mesure, le droit d'auteur peut entrer en conflit avec le principe constitutionnel de la liberté de l'art.<sup>204</sup> L'art. 21 de la Constitution fédérale dispose en effet que « la liberté de l'art est garantie »<sup>205</sup>, la liberté de l'art se trouvant ainsi formellement élevée au rang de droit fondamental dans l'ordre juridique suisse.<sup>206</sup> On rappellera ici que, sur le plan international<sup>207</sup>, la liberté de l'art trouve son fondement dans l'art. 15 § 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>208</sup>, et, en tant que partie intégrante de la liberté d'expression, dans l'art. 19 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>209</sup> ainsi que dans l'art. 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. La liberté de l'art est également consacrée dans certaines Constitutions cantonales.<sup>210</sup>

Avant d'être formellement ancrée dans la Constitution fédérale, la liberté de l'art n'était pas reconnue comme un droit constitutionnel non-écrit indépendant<sup>211</sup>, mais était au contraire considérée par le Tribunal fédéral comme une facette de la liberté d'expression.<sup>212</sup>

Ce conflit entre la liberté de l'art et la protection du droit d'auteur met dès lors aux prises (au moins)<sup>213</sup> deux droits fondamentaux, la liberté de l'art d'une part et la garantie de la propriété d'autre part<sup>214</sup>, cette dernière protégeant également le droit d'auteur.<sup>215</sup> Dès lors que les droits fondamentaux trouvent leur concrétisation dans le cadre des législations mettant en œuvre la Constitution, il conviendra ainsi d'interpréter la législation sur le droit d'auteur de manière conforme à la Constitution, en prenant en compte le principe de la liberté de l'art. Au-delà de la liberté de l'art, la protection constitutionnelle de la liberté d'expression sera également susceptible d'entrer en conflit avec la protection du droit d'auteur.<sup>216</sup>

<sup>203</sup> Pour autant que cette utilisation entre dans le champ de protection du droit d'auteur.

<sup>204</sup> Voir DE WERRA, Liberté de l'art et droit d'auteur, *Medialex* 2001, 143 ss; SCHMIEDER, Freiheit der Kunst und freie Benutzung urheberrechtlich geschützter Werke, *UFITA* 1982, 63 ss; DESSEMONTET, Droit d'auteur, 117 ss; PAHUD, 94.

<sup>205</sup> La liberté de l'art a fait l'objet de plusieurs études en droit suisse, cf. BAGGI, Die Kunstfreiheit in der Schweiz, thèse Berne 1973; HEMPEL, Die Freiheit der Kunst, thèse Zurich 1991; VOGT, Die Freiheit der Kunst im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz, thèse Zurich 1974.

<sup>206</sup> Les droits fondamentaux sont consacrés au chapitre premier du titre 2 (Droits fondamentaux, citoyenneté et buts sociaux) de la Constitution (art. 7 à 34 Cst.).

<sup>207</sup> Il convient de mentionner que la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, bien qu'elle n'ait aucune force obligatoire, dispose à son art. 27 al. 1 que: « Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent », alors son art. 27 al. 2 consacre la protection du droit d'auteur (« Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur »), préfigurant ainsi la tension existant entre la liberté de l'art et le droit d'auteur.

<sup>208</sup> RS 0.103.1; l'art. 15 ch. 3 dispose: « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices ».

<sup>209</sup> RS 0.103.2; l'art. 19 ch. 2 énonce: « Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix ».

<sup>210</sup> Voir les références citées par AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II: Les droits fondamentaux, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2013, n° 601, 292.

<sup>211</sup> Message du Conseil fédéral, FF 1997 I 163.

<sup>212</sup> ATF 120 II 225, 227, *JdT* 1996 I 99, 101; ATF 117 Ia 472, 478 et la jurisprudence citée; la liberté d'expression est protégée par l'art. 16 de la Constitution intitulé « Libertés d'opinion et d'information » qui dispose (art. 16 al. 2) que « toute personne a le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion »; la consécration expresse de la liberté de l'art pose d'ailleurs la question délicate de la délimitation précise devant être faite entre ces deux libertés, ce qui mériterait de faire l'objet d'une étude distincte et dépasse le cadre de la présente contribution.

<sup>213</sup> La liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) protège également les éléments extra-patrimoniaux (droit moral) du droit d'auteur, BARRELET/EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2000, n° 9 ad Titre et préambule; pour une discussion de cette question, voir MACCIACCHINI, 65 ss.

<sup>214</sup> Consacrée à l'art. 26 Cst.

<sup>215</sup> ATF 131 III 480, 490 consid. 3.1, *JdT* 2005 I 525; ATF 120 Ia 120, 121.

<sup>216</sup> Sur cette question, voir en général MACCIACCHINI; en droit comparé, HUGENHOLTZ, Copyright and Freedom of Expression in Europe, in: *Expanding the Boundaries of Intellectual Property, Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford 2001, 343-364; COHEN, The Freedom of Expression in Copyright and Media Law, *GRUR Int.* 1983, 385 ss; cette question fait l'objet d'un intense débat doctrinal aux Etats-Unis, récemment ravivé par la crainte que la nouvelle législation américaine sur le droit d'auteur (Digital Millennium Copyright Act de 1998) étende excessivement le champ de protection du droit d'auteur à l'ère numérique, au mépris du respect du « fair use », et protège

La liberté de l'art est ainsi susceptible d'être invoquée à propos des exceptions légales<sup>217</sup> de la parodie, de la citation et des catalogues de musées, d'expositions et de ventes aux enchères.<sup>218</sup>

Il appartient alors aux tribunaux de préserver l'équilibre délicat entre la promotion de la création d'œuvres  *futures*  (protégée par la liberté de l'art) et la protection des œuvres  *existantes*  (découlant du droit d'auteur)<sup>219</sup>, en ne perdant pas de vue qu'une protection excessive du droit d'auteur léserait aussi les artistes dès lors que ces derniers s'inspirent (consciemment ou non)<sup>220</sup> des œuvres créées par autrui pour leurs propres créations.

Les tribunaux européens et la CJUE tranchent ainsi de plus en plus de décisions concernant les exceptions sur la base des droits fondamentaux (en particulier la liberté de l'art et la liberté d'expression), au point que l'on peut se demander si les tribunaux n'introduisent pas de nouvelles exceptions hors catalogue sur le fondement des droits fondamentaux. A titre d'exemples au niveau européen, on peut songer au cas de  *sampling*  "Metall auf Metall" concernant la reprise par le producteur Moses Pelham d'un extrait de deux secondes d'un morceau Metall auf Metall de Kraftwerk, l'avocat général s'est prononcé sur l'exception de citation. Il a refusé de l'admettre en l'espèce au motif que son étendue excédait les habitudes du marché mais a rappelé qu'il était nécessaire de rechercher une pesée des intérêts entre des droits fondamentaux (la liberté d'expression et la liberté artistique d'un côté et la protection du droit d'auteur respectivement de la propriété)<sup>221</sup>. On peut aussi songer aux décisions concernant les hyperliens qui ont certes porté sur l'étendue du droit exclusif de communication (non sur les exceptions) mais dont les considérations issues des droits fondamentaux (en particulier la liberté d'expression) ont semble-t-il guidé le résultat<sup>222</sup>.

### 3. L'exception de citation

L'art. 25 al. 1 LDA rend licite « les citations tirées d'œuvres divulguées » « dans la mesure où elles servent de commentaire, de référence ou de démonstration et pour autant que leur emploi en justifie l'étendue ». Bien que l'exception de citation semble a priori devoir s'appliquer essentiellement dans un contexte scientifique, la jurisprudence étrangère enseigne qu'une application de cette exception est également envisageable dans le domaine de l'art.

Ainsi, dans un arrêt fondamental<sup>223</sup>, la Cour constitutionnelle allemande a donné une interprétation relativement large à l'exception de citation (consacrée au § 51 de la loi allemande sur le droit d'auteur) en justifiant celle-ci par référence au respect du principe constitutionnel de la liberté de l'art. Dans cette affaire, les ayant droits de Bertolt Brecht s'opposaient à l'utilisation d'extraits de deux de ses pièces de théâtre dans le cadre d'une nouvelle pièce de théâtre écrite par Heiner Müller.<sup>224</sup> En renversant la décision de l'instance inférieure (qui avait considéré que ces citations violaient le droit d'auteur, car elles ne satisfaisaient pas aux

potentiellement des œuvres qui sont tombées dans le domaine public, voir notamment BENKLER, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U.L. Rev. 354 ss (1999).

<sup>217</sup> Sur le fondement constitutionnel des exceptions au droit d'auteur, voir PAHUD, 123 ss.

<sup>218</sup> Par l'application du principe de la liberté de l'art en matière de libre utilisation (« *freie Benutzung* »), voir DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, 117 ss et pour le droit allemand SCHMIEDER, 63 ss.

<sup>219</sup> A propos de cette tension, on peut se référer à un considérant de l'arrêt de la cour constitutionnelle allemande, GRUR 2001, 150 : « *Diese gesellschaftliche Einbindung der Kunst ist damit gleichzeitig Wirkungsvoraussetzungen für sie und Ursache dafür, dass die Künstler in gewissem Mass Eingriffe in ihre Urheberrechte durch andere Künstler als Teil der sich mit dem Kunstwerk auseinander setzenden Gesellschaft hinzunehmen haben* ».

<sup>220</sup> Voir l'affaire *Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd.* (420 F. Supp. 177, S.D.N.Y. 1976, jugement confirmé: *ABKCO Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd.*, 722 F. 2d 988 [2<sup>nd</sup> Circuit 1983]), dans laquelle George Harrison a été condamné pour plagiat pour avoir inconsciemment copié une œuvre d'un autre compositeur.

<sup>221</sup> CJUE, AG, 12 décembre 2018, C-476/17.

<sup>222</sup> Comme résultat de la jurisprudence, les hyperliens sont des actes non couverts par le droit d'auteur lorsque le contenu cible est librement accessible (CJUE C-466/12 du 13 février 2014, "Svensson"; CJUE C-348/13 du 21 octobre 2014, "BestWater") mais des actes couverts par le droit d'auteur lorsque le contenu cible a été placé initialement sans l'autorisation du titulaire et que la personne ayant placé le lien vers ce contenu connaissait le caractère illégal de ce contenu (CJUE C-160/15 du 8 septembre 2016, "GS Media BV"). Pour parvenir à ce résultat, la CJUE a rappelé l'importance de la liberté d'expression : « *il convient de constater qu'Internet revêt effectivement une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, et que les liens hypertexte contribuent à son bon fonctionnement ainsi qu'à l'échange d'opinions et d'informations [et] de tenir compte de la circonstance que cette personne [ayant placé le lien hypertexte] ne sait pas, et ne peut pas raisonnablement savoir, que cette oeuvre avait été publiée sur Internet sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur.* » (CJUE C-160/15 du 8 septembre 2016, "GS Media BV", N 45 et 47).

<sup>223</sup> Arrêt du Bundesverfassungsgericht du 29 juin 2000 (la cour examinant pour la première fois la question de la relation entre le droit d'auteur et la liberté de l'art), GRUR 2001, 149 ss.

<sup>224</sup> Pour une analyse de cet arrêt, voir METZGER, « *Germania 3 Gespenster am toten Mann* » oder welchen Zweck darf ein Zitat gemäss § 51 Nr. 2 UrhG verfolgen ?, ZUM 2000, 924 ss.

conditions strictes de l'exception légale de citation) et en renvoyant l'affaire à celle-ci pour nouvelle décision, la Cour constitutionnelle allemande a souligné qu'il était nécessaire de tenir particulièrement compte de la liberté de l'art, dès lors que les citations litigieuses étaient faites dans le cadre d'une création artistique.

Cette décision pourrait ainsi constituer un argument favorisant l'application de la liberté de l'art en matière de citation en droit suisse également.<sup>225</sup> D'ailleurs, en sus de l'argument tiré de la liberté de l'art qui pourrait plaider en faveur d'une conception élargie de l'exception de citation, on peut s'étonner que, selon l'interprétation de l'art. 25 LDA faite par une partie de la doctrine<sup>226</sup>, les œuvres des arts plastiques et les photographies ne puissent pas bénéficier de l'exception de citation, au motif qu'il s'agirait d'œuvres « qui, par nature, ne peuvent être citées qu'en entier et pour lesquelles le droit de citation équivaldrait pratiquement à une libre utilisation [...] ».<sup>227</sup> On peut en effet s'interroger sur la valeur de cet argument dans la mesure où rien ne s'oppose à ce qu'une utilisation d'une œuvre des arts plastiques ou d'une photographie ne porte que sur une fraction de celles-ci, ce d'autant que la jurisprudence récente du Tribunal fédéral ne semble pas exclure catégoriquement qu'une œuvre entière puisse être citée.<sup>228</sup> Si l'on pense en particulier aux collages artistiques<sup>229</sup> ou à d'autres œuvres des beaux-arts faisant visuellement référence à certaines créations préexistantes, on peut imaginer que ces œuvres antérieures ne soient que partiellement reproduites, et soient simplement utilisées de manière créative comme point de départ d'une inspiration nouvelle. Dans un tel cas, pour autant que les autres conditions de l'exception de citation soient remplies<sup>230</sup>, l'auteur de la nouvelle œuvre, de même que toutes les personnes et entités intervenant dans le processus de distribution de cette œuvre<sup>231</sup>, devraient pouvoir se prévaloir de l'exception de citation, en invoquant une interprétation de l'art. 25 LDA conforme à la liberté de l'art.<sup>232</sup> D'ailleurs, la doctrine récente souligne que la citation d'œuvres visuelles devrait être autorisée par l'art. 25 LDA, compte tenu des exigences posées par la liberté d'expression tout particulièrement en regard des besoins des médias.<sup>233</sup> A l'occasion de la révision de la LDA, le législateur suisse a d'ailleurs suivi cette approche, selon laquelle les œuvres des beaux-arts et photographiques relèvent aussi du champ d'application de l'exception de citation<sup>234</sup>.

En matière artistique, la difficulté sera plutôt de respecter les conditions de la citation, soit en particulier que la citation serve de commentaire, de référence ou de démonstration (connexité), que son emploi en justifie son étendue (proportionnalité) et que la source et l'auteur soient mentionnés (indication de la source). La condition d'indication de la source n'est pas nécessairement problématique, ou en tout cas aisément remplie, lorsque l'artiste indique la source d'une manière ou d'une autre<sup>235</sup> ou que la citation se rapporte à des œuvres

<sup>225</sup> On peut également noter le jugement du Tribunal de Grande Instance (TGI) de Paris du 23 février 1999, RIDA 2000 (184), 374 (avec une note de KEREVER). Dans cette affaire, le TGI avait jugé que le droit d'auteur sur les œuvres de Maurice Utrillo pouvait pas interdire la diffusion d'un reportage télévisuel portant sur une exposition de tableaux du peintre (en dépit du caractère étroit de l'exception de citation en droit d'auteur français), décidant ainsi que la violation de l'art. 10 CEDH (liberté d'expression et droit du public à l'information) devait prévaloir sur la protection des droits exclusifs de l'auteur; cet arrêt a été renversé en appel par la Cour d'appel de Paris, RIDA 2002 (191), 294, cet arrêt ayant été confirmé par la Cour de cassation, RIDA 2004 (200), 291; pour une analyse de ces arrêts, voir GEIGER, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Paris 2004, 391 ss.

<sup>226</sup> BARRELET/EGLOFF, n° 2 ad art. 25; DESSEMONTET, Droit d'auteur, 356 ss; voir les autres nombreuses références citées par MACCIACCHINI, 184 note 256.

<sup>227</sup> BARRELET/EGLOFF, n° 8 ad art. 25, se référant à KETTMEIR HUG, Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht, UFITA 1998, 151 ss.

<sup>228</sup> ATF 131 III 480, 491 consid. 3.2., JdT 2005 I 391.

<sup>229</sup> Voir à titre d'exemple la réutilisation d'une fraction d'une photographie de mode dans une œuvre de Jeff Koons dans l'affaire Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2d Cir., 2006); voir aussi DESSEMONTET, Droit d'auteur, 118.

<sup>230</sup> Soit en particulier que la citation serve de commentaire, de référence ou de démonstration (ce qui pourra toutefois être délicat à remplir dans le contexte artistique), que son emploi en justifie son étendue et que la citation soit indiquée (souvent, les citations artistiques d'œuvres visuelles se rapportent à des œuvres célèbres de sorte que la citation est automatiquement « reconnaissable comme telle », BARRELET/EGLOFF, n° 11 ad art. 25) et que la source et l'auteur soient mentionnés (il se produit souvent que l'auteur d'un collage/tableau intitule précisément son tableau « En hommage à ... », remplissant ainsi cette condition du droit de citation).

<sup>231</sup> Puisqu'ils sont tous titulaires de la liberté de l'art.

<sup>232</sup> Voir SCHMIEDER, 65, considérant (en droit allemand) que le droit de citation constitue une expression de la liberté de l'art et de la science.

<sup>233</sup> Macciacchini, 184 ss.

<sup>234</sup> P-LDA, 19, en référence à l'opinion majoritaire de la doctrine récente, MACCIACCHINI, SANDRO / OERTLI, REINHARD, *Stämpflis Handkommentar*, 2e édition, Berne 2012, URG 25, n. 5 à 8.

<sup>235</sup> Il se produit souvent que l'auteur d'un collage/tableau intitule précisément son tableau « En hommage à ... », remplissant ainsi cette condition du droit de citation.

célèbres qui sont automatiquement reconnaissables comme telles par le public cible (p.ex. un mélomane reconnaît la citation d'une œuvre musicale)<sup>236</sup>.

La condition de proportionnalité peut être en revanche plus délicate à remplir en matière artistique, puisque souvent les œuvres artistiques sont citées en entier. On serait alors tenté de reproduire uniquement une fraction de l'œuvre citée. Le problème suivant est que la reproduction partielle pourrait ensuite porter atteinte au droit moral de l'artiste puisqu'elle consisterait en une modification de l'œuvre préexistante et possiblement à une atteinte à l'intégrité de l'œuvre. Une solution serait d'être attentif à ne pas dénaturer l'œuvre préexistante quant au choix de l'élément repris, ou de se rappeler que dans certain cas la reprise d'une œuvre entière semble admissible.<sup>237</sup>

La condition de connexité peut être aussi plus délicate à remplir dans le contexte artistique puisqu'elle suppose que la citation serve de commentaire, de référence ou de démonstration. Elle est en effet subordonnée, au service de l'œuvre citée, et non l'inverse<sup>238</sup>. Elle doit rester ainsi accessoire, et ne doit pas acquérir une signification propre ou supérieure par rapport à l'œuvre citée<sup>239</sup>. Or, en matière artistique, les nouvelles œuvres reprennent souvent des œuvres préexistantes non pas pour les citer mais pour devenir de nouvelles œuvres autonomes. Par exemple en musique, il est fréquent de recourir aux techniques de *sampling*. Une récente affaire allemande illustre bien cette problématique. Il s'agissait du morceau *Nur Mir* de 1997 de Moses Pelham qui reprenait un extrait de deux (2) secondes d'une séquence rythmique d'un morceau *Metall auf Metall* de Kraftwerk de 1977. La Cour suprême allemande a soumis la question préjudicielle à la CJUE pour savoir si cet extrait de deux (2) secondes tombait dans le champ de protection du droit de reproduction de l'art. 2 let. 2 de la Directive InfoSoc et, cas échéant, si le droit de citation s'appliquait. L'affaire n'a pas encore été tranchée par la CJUE mais l'avocat général l'AG a considéré que le *sampling* est une reproduction partielle de l'œuvre originale et qu'en l'espèce elle ne respecte pas les conditions de la citation puisque celle-ci doit entrer dans une sorte de dialogue avec la nouvelle œuvre, la fraction de l'œuvre initiale doit être citée et incorporée dans la nouvelle œuvre sans modification). Or en l'espèce, le morceau semble devenir une nouvelle œuvre autonome et la fraction reprise modifiée, de sorte que ces conditions ne sont pas remplies<sup>240</sup>.

#### 4. L'exception de parodie

L'art. 11 al. 3 LDA dispose que « [l']utilisation d'œuvres existantes pour la création de parodies ou d'imitations analogues est licite ». Contrairement à ce qui pourrait être déduit de la place de cette exception dans la systématique de la loi (cette exception figurant dans l'article consacré au droit à l'intégrité et pouvant ainsi être conçue comme une exception à ce seul droit exclusif de l'auteur), il est acquis que l'exception de parodie constitue une exception à tous les droits d'auteur qui permet dès lors à son bénéficiaire, lorsque ses conditions sont remplies, d'échapper complètement aux droits exclusifs de l'auteur.

Bien que la parodie vise souvent davantage un but politique et critique que proprement artistique<sup>241</sup>, ce qui la conduirait à être traitée davantage comme une manifestation de la liberté d'expression plus que de la liberté de l'art, on peut admettre que la liberté de l'art peut également s'appliquer en matière de parodies ou d'imitations analogues.<sup>242</sup> Ainsi, au même titre que l'auteur d'une satire (qui est susceptible de porter atteinte à la personnalité de la victime de celle-ci)<sup>243</sup>, le créateur d'une parodie devrait également être en mesure de

<sup>236</sup> Renold/Contel, CR PI-LDA 25 N 33 ; BARRELET/EGLOFF, n° 11 ad art. 25, indiquant que les citations artistiques d'œuvres visuelles se rapportent souvent à des œuvres célèbres de sorte que la citation est automatiquement « reconnaissable comme telle », et estimant que la citation n'a pas besoin d'être indiquée si elle est facilement reconnaissable.

<sup>237</sup> ATF 131 III 480, 491 consid. 3.2., JdT 2005 I 391 ("Schweizerzeit").

<sup>238</sup> Renold/Contel, CR PI-LDA 25 N 20-21; Ruedin, La citation en droit d'auteur, Etude de l'article 25 LDA dans son contexte constitutionnel et international, Bâle, 2010, p. 158 : "[...] il n'est logiquement pas imaginable qu'une œuvre citée puisse commenter le cadre nouveau dans laquelle elle est insérée".

<sup>239</sup> ATF 131 III 480, JdT 2005 I 390 c. 2.1 : "[...] la citation ne peut pas acquérir une signification autonome, ou même la signification principale".

<sup>240</sup> CJUE, AG, 12 décembre 2018, C-476/17.

<sup>241</sup> Voir SALVADE, L'exception de parodie ou les limites d'une liberté, *Medialex* 1998, 92 ss; DE WERRA, Intégrité, 156 ss.

<sup>242</sup> PAHUD, 128.

<sup>243</sup> Sur la satire, voir en général SENN, *Satire und Persönlichkeitsschutz: zur rechtlichen Beurteilung satirischer Äusserungen auf der Grundlage der Literatur- und Rezeptionsforschung*, Berne 1998.

se prévaloir de la liberté de l'art pour légitimer son activité créatrice face à l'opposition de la personne qui se prétend lésée dans son droit d'auteur (et plus spécifiquement dans son droit à l'intégrité de l'œuvre).

Bien que l'exception de parodie ait été - naturellement - souvent invoquée en matière d'*Appropriation Art*, elle a généralement été rejetée par les tribunaux, ces derniers confirmant ainsi que cette exception ne saurait constituer une voie de sortie facile (et gratuite) par trop défavorable aux créateurs des œuvres prétendument parodiées.<sup>244</sup> Pour retenir une telle exception, il faudra en effet démontrer que l'œuvre parodique constitue une critique artistique ou sociale de l'œuvre parodiée.<sup>245</sup>

## 5. L'exception pour les catalogues de musées, d'expositions et de ventes aux enchères

L'art. 26 LDA consacre une exception au droit exclusif de l'auteur en vue de favoriser l'édition de catalogues de musées, d'expositions et de ventes aux enchères en disposant que : « dans les catalogues édités par l'administration d'une collection accessible au public, il est licite de reproduire des œuvres se trouvant dans cette collection ; cette règle s'applique également à l'édition de catalogues d'expositions et de ventes aux enchères ». Selon la jurisprudence (s'appuyant plus particulièrement sur une interprétation du texte légal dans ses versions française et italienne)<sup>246</sup>, l'exception de l'art. 26 LDA s'applique également aux catalogues d'expositions temporaires, et non seulement à ceux relatifs aux expositions permanentes. Toutefois, cette exception semble se limiter au droit de reproduction ("*il est licite de reproduire des œuvres se trouvant dans cette collection*") et ne pas couvrir les modes d'exploitation des œuvres autres que l'édition et la commercialisation de catalogues imprimés (soit sous forme de livres). Ainsi, ni la mise à disposition en ligne des œuvres sur Internet ni la commercialisation de cartes postales des œuvres concernées ne sont couvertes par l'exception de l'art. 26 LDA. Cette limitation vaut également pour les catalogues de vente aux enchères. A propos de cette limitation, on notera qu'avec le P-LDA le législateur semble vouloir étendre cette exception aux catalogues en ligne sans pour autant modifier l'art. 26 LDA<sup>247</sup>. Si une telle extension aux catalogues en ligne paraît souhaitable (notamment de permettre aux musées d'exercer leur mission y compris grâce au numérique), elle est délicate sans modification législative. Le texte paraît en effet clair et limité au droit de reproduction ("*il est licite de reproduire des œuvres se trouvant dans cette collection*"), de sorte que l'interprétation littérale devrait l'emporter sur toute autre interprétation (historique, téléologique ou systématique)<sup>248</sup>.

Contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine<sup>249</sup>, les catalogues produits sous le régime de l'exception peuvent continuer à être diffusés une fois l'évènement achevé, faute de quoi l'institution concernée pourrait se voir privée de la possibilité d'écouler un stock d'ouvrages commandés (et payés). En revanche, une fois que l'évènement est achevé et le stock (prévu initialement) épuisé, l'institution ne pourra plus bénéficier de l'exception et ainsi ré-imprimer des catalogues.

## 6. L'exception de la liberté de panorama

En vertu de l'art. 27 al. 1 LDA, il « est licite de reproduire des œuvres se trouvant à demeure sur une voie ou une place accessible au public; les reproductions peuvent être proposées au public, aliénées, diffusées

<sup>244</sup> Comme exprimé par la Cour suprême des Etats-Unis dans le célèbre affaire concernant la parodie rap de la chanson « Pretty Woman », « this is of course not to say that anyone who calls himself a parodist can skim the cream and get away scot free », *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994), 589.

<sup>245</sup> Ceci a été retenu à juste titre dans l'affaire des poupées Barbies, voir *Mattel v. Walking Mountain Productions*, 353 F.3d 792 (9<sup>th</sup> Cir. 2003) ; voir aussi *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

<sup>246</sup> Dans cet arrêt, ATF 127 III 26, 32, le Tribunal fédéral a d'ailleurs constaté que la loi sur le droit d'auteur « à côté de la protection des droits d'auteurs, [elle] tend aussi à ne pas freiner exagérément la diffusion de la culture ».

<sup>247</sup> Message P-LDA, 19: "la requête sollicitant l'extension expresse de la restriction en faveur des catalogues inscrite à l'art. 26 LDA aux catalogues en ligne et aux nouveaux médias encore inconnus aujourd'hui n'a pas été retenue non plus. La loi sur le droit d'auteur est neutre du point de vue technologique. Il est dès lors évident que les nouvelles formes de catalogues tombent déjà sous le champ d'application de l'art. 26 LDA".

<sup>248</sup> Dans le P-LDA, l'introduction d'une nouvelle exception dite d'inventaire (*Verzeichnisprivileg*) (art. 24e P-LDA) devrait permettre aux musées, bibliothèques et autres institutions d'archives de rendre accessibles en ligne de courts extraits d'œuvres se trouvant dans leurs fonds, et ainsi aux institutions de passer par cette exception pour éventuellement mettre en ligne de (courts) extraits de leurs catalogues. A ce propos, on relèvera toutefois une problématique similaire à l'exception de catalogue: si le législateur entend bien permettre la mise en ligne d'inventaires, l'art. 24e P-LDA semble aussi se limiter au droit de reproduction (les institutions "*sont autorisés à reproduire dans leurs inventaires*" des extraits d'œuvres).

<sup>249</sup> BARRELET/EGLOFF, n° 3 ad art. 26.

ou, de quelque autre manière, mises en circulation ». Une des conditions d'application de cette exception au droit d'auteur est que les œuvres concernées se trouvent « à demeure » sur une voie ou une place accessible au public. L'interprétation de cette condition pourrait être délicate s'agissant d'œuvres dont l'existence (et donc l'accessibilité au public) serait volontairement limitée par leur auteur.

Dans ce cadre, on peut se référer à l'affaire du Reichstag allemand qui avait été emballé en 1995 par les artistes Christo et Jeanne-Claude pendant une période de deux semaines.<sup>250</sup> Ces artistes se sont ainsi opposés à la commercialisation de cartes postales reproduisant des photographies de leur œuvre qui avait été effectuée par une société qui invoquait comme moyen de défense l'exception de liberté de panorama (« *Panoramafreiheit* ») consacrée au § 59 de la loi allemande sur le droit d'auteur. A l'image de l'art. 27 LDA, cette disposition comporte également la condition que l'œuvre concernée soit située de manière durable (« *bleibend* ») sur le lieu (public) concerné. Dans son arrêt, le Bundesgerichtshof a jugé que cette exception ne s'appliquait pas aux œuvres exposées temporairement sur un espace public, peu importe à cet égard le sort réservé aux œuvres concernées après leur exposition (soit que celles-ci soient détruites ou non après l'exposition). Sur cette base, on devrait considérer par analogie que l'exception de l'art. 27 LDA ne pourra pas être invoquée en cas d'expositions temporaires d'œuvres sur une voie ou une place accessible au public.

## V. Actes de disposition du droit d'auteur

### 1. Cession du droit d'auteur

En vertu de l'art. 16 al. 1 LDA, le droit d'auteur est cessible. En vertu de ce principe, tous les droits d'exploitation découlant du droit d'auteur peuvent être cédés à des tiers par l'auteur qui est le titulaire originaire des droits en vertu du principe du créateur (« *Schöpferprinzip* », art. 6 LDA). La cession des prérogatives de l'auteur rattachées au droit moral (particulièrement du droit de paternité et du droit à l'intégrité) est plus délicate.<sup>251</sup> En principe, on peut considérer que ces prérogatives ne sont pas cessibles comme telles en vertu du lien indéfectible qui existe entre ces prérogatives et l'auteur, mais que ce dernier peut néanmoins renoncer à l'avance à leur exercice par contrat pour autant qu'un tel engagement ne soit pas jugé excessif.<sup>252</sup> Ainsi, un artiste pourra accepter que des modifications soient apportées à son œuvre par un tiers dans la mesure où les modifications projetées seront connues ou à tout le moins déterminables. A contrario, un artiste ne pourra pas valablement s'engager à autoriser un tiers par contrat à apporter toute modification à son œuvre, ce que précise l'art. 11 al. 2 LDA qui réserve à l'auteur le droit de s'opposer à « toute altération de l'œuvre portant atteinte à sa personnalité », et ce particulièrement lorsqu'« un tiers est autorisé par contrat » à modifier l'œuvre ou à créer une œuvre dérivée.

Les droits d'exploitation découlant du droit d'auteur, et particulièrement les droits énumérés à l'art. 10 al. 2 LDA peuvent être cédés de manière globale ou individuelle, la cession globale de ces droits contre un paiement forfaitaire étant valable en droit suisse.<sup>253</sup> En vertu du principe de la liberté contractuelle, les contrats relatifs au droit d'auteur peuvent revêtir des formes variées. Ainsi, les droits d'auteur peuvent être cédés notamment dans le cadre de contrats de donation, d'échange, de vente, de travail ou encore d'entreprise.<sup>254</sup>

La cession de droits d'auteur a un effet absolu (*erga omnes*) et est dès lors opposable à tous.<sup>255</sup> La cession se distingue ainsi de la licence qui n'a qu'un effet relatif.<sup>256</sup> La cession tout comme la licence de droits

<sup>250</sup> BGH, GRUR 2002, 605.

<sup>251</sup> Pour une discussion, voir DE WERRA, in: Müller/Oertli (éds), N 16 ss ad art. 16 LDA.

<sup>252</sup> La question de la cession du droit moral est toutefois discutée en doctrine, voir pour tous DE WERRA, in: Müller/Oertli (éds), N 16 ss ad art. 16 LDA.

<sup>253</sup> CHERPILLOD, Titularité, 88, 102; STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 18; UHL, 101.

<sup>254</sup> VON BÜREN/MEER, 250; pour une cession fondée sur un contrat d'entreprise, voir TF, sic! 1999, 119, 122; les contrats relatifs au droit d'auteur dans les domaines de l'architecture, du théâtre, de la musique, du cinéma et de la littérature sont présentés aux chapitres 9 à 13 respectivement.

<sup>255</sup> BARRELET/EGLOFF, 16 N 2, 2a; STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 18.

<sup>256</sup> BARRELET/EGLOFF, 16, N 2 und 2a; STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 18; autre avis : REHBINDER, Urheberrecht, 164, qui considère que la licence a des effets réels; voir à ce propos la thèse de WEINMANN.

d'auteur ne requièrent en principe pas le respect de la forme écrite.<sup>257</sup> Elles peuvent ainsi se produire de manière tacite et concluante entre les parties. La délimitation entre la licence et la cession, de même que leur étendue dépendront de la volonté des parties et seront déterminées selon les règles usuelles d'interprétation, soit l'interprétation subjective (volonté réelle des parties)<sup>258</sup>, subsidiairement objective des parties (volonté présumée de parties selon le principe de la confiance)<sup>259</sup>. Elles seront également déterminées selon la règle spécifique d'interprétation du droit d'auteur, en vertu de laquelle l'auteur ne cède pas plus de droits d'auteur que le but du contrat ne l'exige (théorie de la finalité). Ainsi, dans le doute quant à la nature du transfert (cession ou licence), il faut admettre l'octroi d'une licence, plutôt que la cession des droits (*in dubio pro auctore*)<sup>260</sup>. A l'égard des oeuvres créées par des employés (p.ex. le curateur, scénographe ou photographe employé par un musée, ou l'artiste salarié d'une association), il existe une présomption de transfert des droits d'auteur sur les oeuvres que l'auteur a créées dans l'exercice de son activité en faveur de l'employeur. Toutefois, en cas de pluralité d'artistes contribuant à l'œuvre (co-auteurs), comme c'est souvent le cas en matière artistique (p.ex. œuvres musicales ou multimédia), cette présomption peut être renversée, en particulier si l'employeur n'est pas en mesure de désigner chaque coauteur et son rôle dans la création<sup>261</sup>.

Bien que cela ne soit pas d'une importance pratique essentielle dans le contexte artistique (même s'il n'est pas exclu que des droits d'auteur d'artistes soient détenus par des sociétés), il faut relever qu'une exception au principe de la liberté de la forme résulte des nouvelles institutions de la scission (art. 29 ss LFus) et du transfert de patrimoine (art. 69 ss LFus). Les actifs destinés à faire l'objet de la scission ou du transfert, parmi lesquels peuvent figurer des droits d'auteur, doivent en effet être expressément mentionnés dans les contrats de scission ou de transfert de patrimoine, ces contrats étant soumis à la forme écrite (art. 36 al. 3 et art. 70 al. 2 LFus). En vertu de l'art. 37 lit. b ou respectivement de l'art. 71 al. 1 lit. b LFus, le contrat doit comporter en annexe « un inventaire renfermant la désignation claire, le partage et l'attribution des objets du patrimoine actif et passif ainsi que l'attribution des fractions d'entreprise », ces dispositions précisant que « les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles sont mentionnés individuellement, les « valeurs immatérielles » au sens de l'art. 37 lit. b et de l'art. 71 al. 1 lit. b LFus comprenant ainsi les droits d'auteur.<sup>262</sup>

En principe, seuls les titulaires du droit d'auteur peuvent agir en violation des droits dont ils sont titulaires.<sup>263</sup> Toutefois, selon la jurisprudence<sup>264</sup>, les preneurs de licence exclusive peuvent faire valoir la violation des droits d'auteur concédés en licence face à des violations commises par des tiers pour autant que ce pouvoir leur ait été conféré dans le contrat de licence. Selon l'art. 62 al. 3 LDA, « [l]a personne qui dispose d'une licence exclusive peut elle-même intenter l'action pour autant que le contrat de licence ne l'exclue pas explicitement ».<sup>265</sup> Ainsi, le régime légal consacre la qualité pour agir du preneur de licence exclusive, sauf si cela a été expressément exclu dans le contrat de licence, le nouveau régime n'étant toutefois applicable qu'aux « contrats de licence conclus ou confirmés après l'entrée en vigueur de la modification du 22 juin 2007 de la présente loi » (art. 81a LDA).<sup>266</sup>

<sup>257</sup> TF, sic ! 1997, 382; pour l'ancien droit – sous l'empire de l'art. 9 de la loi sur le droit d'auteur de 1922 – voir TF, sic! 1999, 119.

<sup>258</sup> Pour une illustration, voir TC Fribourg, sic! 2003, 694. Cf. aussi TF du 23 avril 2013, 4A\_643/2012, consid. 3.1 ; ATF 125 III 305, consid. 2b et les références.

<sup>259</sup> ATF 132 III 268, consid. 2.3.2 ; ATF 126 III 59, consid. 5 a)-b), JdT 2001 I 144 ; ATF 125 III 305, consid. 2b et les références. Voir également TF du 08 mai 2008, 4A\_104/2008, consid. 4.2.

<sup>260</sup> TF du 23 avril 2013, 4A\_643/2012, consid. 3.1 et les références. Cette règle d'interprétation (*in dubio pro auctore*), développée par la jurisprudence sur la base de l'art. 16 al. 2 LDA et en raison de la position de l'auteur partie souvent faible au contrat, doit être nuancée: d'abord la jurisprudence tend ces dernières années à l'appliquer de manière autonome plutôt au détriment des auteurs et en faveur des employeurs (cf. TF du 08 mai 2008, 4A\_104/2008, consid. 4.2 ; Obergericht Zurich, jugement du 29.01.2009, consid. 3.1, sic ! 2011, 228 ; Cour civile de Bâle-Ville, jugement du 20.01.2004, sic ! 2004, 491, consid. 2b ; Tribunal d'arrondissement d'Unterrheintal, jugement du 14.2.2002, sic ! 2002, 591, consid. II 4.). Ensuite, il convient d'appliquer cette règle uniquement comme complément à l'interprétation objective et si les circonstances l'exigent.

<sup>261</sup> HGer Berne, 17 juin 2015, HG 15 39 CAA, sic! 2016, p. 56, cons. 17.4 (“Theorieprüfung für Motorfahrzeugfahrer”).

<sup>262</sup> STREULI-YOUSSEF, Fusionsgesetz, 612.

<sup>263</sup> En application de l'adage « nul ne plaide par procureur ».

<sup>264</sup> ATF 113 II 190, JdT 1988 I 306; voir aussi TC Fribourg, sic! 2003, 694; Obergericht Lucerne, sic! 1997, 458.

<sup>265</sup> Modification de la loi fédérale sur les brevets d'invention du 22 juin 2007, FF 2007 4363, 4380.

<sup>266</sup> FF 2007 4363, 4385.

## 2. Gestion individuelle et gestion collective des droits d'auteur

Sous réserve de certaines exceptions légales (art. 22, 22a à 22c et 24b LDA prévoyant pour certains droits la gestion collective obligatoire, et art. 13, 20, 24c et 35 LDA réduisant certains droits à un droit à rémunération<sup>267</sup>), l'auteur est libre de décider s'il souhaite gérer ses droits d'auteur de manière individuelle ou collective par le biais d'une société de gestion.<sup>268</sup> Lorsque des droits sont cédés à une société de gestion par l'auteur, la société de gestion les acquiert de manière exclusive à titre fiduciaire.<sup>269</sup> Les droits ainsi cédés à la société de gestion doivent alors être exercés par cette dernière, et ne peuvent plus l'être par l'auteur lui-même.<sup>270</sup> Les tiers qui concluent un contrat avec l'auteur portant sur l'exploitation d'une œuvre ne sont pas protégés même s'ils sont de bonne foi.<sup>271</sup> Il est donc essentiel pour tout tiers de vérifier la question de la titularité des droits dans le cadre de négociations conduites avec les auteurs ou les sociétés de gestion portant sur l'utilisation des œuvres.

La Confédération exerce une surveillance sur la gestion de certains droits (soit des droits exclusifs d'exécution et de diffusion des œuvres musicales non théâtrales, ainsi que de la confection de phonogrammes et vidéogrammes de telles œuvres, au sens de l'art. 40 al. 1 let. a LDA et sur les droits pour lesquels la gestion collective est obligatoire (art. 40 al. 1 let. b LDA).

Pour tous les droits dont la gestion collective n'est pas obligatoire, la loi précise que l'auteur ou ses héritiers sont en droit de les exercer librement, soit que cet exercice des droits d'auteur n'est pas soumis à la surveillance de la Confédération (art. 40 al. 3 LDA). Ce privilège de la gestion individuelle est réservé à l'auteur et à ses héritiers et ne s'applique pas aux tiers cessionnaires des droits d'auteur.<sup>272</sup>

La gestion collective pourrait faire l'objet d'une importante nouveauté avec l'introduction d'une licence collective étendue (*extended collective licence*) dans le P-LDA (art. 43a P-LDA). La licence collective étendue permet aux sociétés de gestion de concéder des licences pour des titulaires des droits qu'elles ne représentent pas. Ceux qui ne souhaitent pas être liés par un tel accord de licence ont la possibilité de demander à la société de gestion qui octroie les licences que leurs droits soient exclus de la licence collective (*opt-out*). Cette solution représenterait une solution dans les cas d'utilisation d'œuvres à grande échelle et dans les situations dans lesquelles le prix d'une licence individuelle pour toutes les œuvres seraient disproportionnés par rapport aux recettes de la gestion escomptées (p.ex. utilisation de photographies d'un fonds d'archives)<sup>273</sup>.

## 3. Création dépendante et droit d'auteur

Une grande partie de la création artistique résulte actuellement des efforts créatifs accomplis par des auteurs employés qui créent collectivement des œuvres au profit de leurs employeurs (notamment dans l'industrie cinématographique). Dans cette mesure, l'image du poète solitaire créant dans sa mansarde<sup>274</sup> ne reflète pas pleinement les processus de création actuels des œuvres, même si la création individuelle et indépendante reste la norme dans le domaine des beaux-arts.<sup>275</sup> La question de la titularité des droits par les employeurs est ainsi posée.

La loi consacre le principe du créateur (« *Schöpferprinzip* », art. 6 LDA). En vertu de ce principe, seule la personne physique qui a créé l'œuvre peut être titulaire originaire des droits d'auteur sur celle-ci. A titre d'exception, l'art. 17 LDA prévoit un régime particulier applicable aux logiciels créés par des employés dans le cadre de leur fonction visant à permettre à l'employeur de jouir des droits d'auteur sur le logiciel

<sup>267</sup> Voir le projet de modification publié à la FF 2006 3315 ss (accessible à : <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/3315.pdf>).

<sup>268</sup> BARRELET/EGLOFF, N 15 ad art. 40.

<sup>269</sup> TF, sic! 2002, 599; ATF 117 II 463, 465, JdT 1992 I 393; sur le contrat de gestion des droits par une société de gestion, voir en général la thèse de HIESTAND et WITTWEILER, 269 ss.

<sup>270</sup> TF, sic! 2002, 599.

<sup>271</sup> STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 22; la situation inverse peut également se produire et aboutit à la même conséquence, soit celle dans laquelle la société de gestion n'est pas titulaire des droits parce que l'auteur en a disposé, voir Kantonsgericht St. Gall, sic! 1999, 630 avec une note de HILTY.

<sup>272</sup> Govoni/Stebler, 436.

<sup>273</sup> Message, P-LDA, 14.

<sup>274</sup> Telle qu'elle a été merveilleusement peinte par Carl Spitzweg (1808-1885) dans son tableau « Der arme Poet » (1839).

<sup>275</sup> Voir toutefois les œuvres collectives de certains duo d'artistes tels que Gilbert & Georges, Christo et Jeanne Claude ou encore Pierre et Gilles.

créé. En dehors de ce cas spécifique<sup>276</sup>, il n'existe pas de cession légale des droits d'auteur en faveur de tiers (particulièrement de l'employeur) de sorte qu'une cession contractuelle est nécessaire si le tiers souhaite bénéficier des droits exclusifs sur l'œuvre, étant rappelé que la cession des droits d'auteur peut intervenir de manière concluante.

En cas de litige sur la portée d'une cession contractuelle des droits d'auteur notamment dans le cadre d'un contrat de travail, il conviendra d'interpréter la volonté des parties. A cet égard, la théorie du but de la cession (« *Zweckübertragungstheorie* ») jouera un rôle très important.<sup>277</sup> Il va toutefois de soi qu'en tant que règle d'interprétation, la « *Zweckübertragungstheorie* » ne peut pas trouver application, lorsque la volonté réelle et concordante des parties peut être déterminée.<sup>278</sup>

La « *Zweckübertragungstheorie* » constitue la première règle d'interprétation des contrats de droit d'auteur en Suisse.<sup>279</sup> Selon cette théorie, la portée d'une cession de droit d'auteur se détermine en cas de doute selon le but du contrat concerné. Bien que la « *Zweckübertragungstheorie* » qui trouve son origine en droit allemand a été reconnue par la doctrine depuis longtemps, elle n'a été mentionnée que très récemment dans la jurisprudence.<sup>280</sup> Elle est expressément consacrée dans le domaine du contrat d'édition.<sup>281</sup> Ainsi, l'art. 381 al. 1 CO dispose que « le contrat transfère à l'éditeur les droits de l'auteur, en tant et aussi longtemps que l'exécution de la convention l'exige ». La « *Zweckübertragungstheorie* » signifie ainsi qu'en cas de doute sur la portée d'une cession, l'auteur n'est pas supposé transférer davantage de droits que ce qui exigé pour atteindre le but du contrat.<sup>282</sup>

L'application de la « *Zweckübertragungstheorie* » ne se limite pas à la détermination de la portée d'une cession de droits d'auteur. En effet, cette théorie a un champ d'application plus large que la règle d'interprétation de l'art. 16 al. 2 LDA qui dispose que « [s]auf convention contraire, le transfert d'un des droits découlant du droit d'auteur n'implique pas le transfert d'autres droits partiels ». <sup>283</sup> Cette théorie peut en effet aussi être appliquée pour déterminer la nature (soit cession ou licence) et la durée du transfert (pour la durée, voir l'art. 381 al. 1 CO).<sup>284</sup> La « *Zweckübertragungstheorie* » est également applicable à l'interprétation des contrats de licence de droit d'auteur<sup>285</sup>, dès lors qu'elle permet de déterminer si l'on a affaire à une cession ou à une licence de droit d'auteur.<sup>286</sup> En cas de doute, on doit admettre l'existence d'une licence et non d'une cession de droit d'auteur.<sup>287</sup>

En matière de contrats de travail, on peut admettre que les droits d'auteur sur les œuvres qui ont été créées par l'employé en exécution de ses obligations contractuelles peuvent être cédés tacitement à l'employeur en fonction du but du contrat de travail en application de la « *Zweckübertragungstheorie* ». <sup>288</sup> Selon le principe de la bonne foi, on peut admettre que l'employé a cédé à l'employeur tous les droits sur l'œuvre qui sont nécessaires pour atteindre le but du contrat de travail.<sup>289</sup> Toutefois, en cas de pluralité d'artistes contribuant à l'œuvre (co-auteurs), comme c'est souvent le cas en matière artistique (p.ex. œuvres musicales ou multimédias), ce principe peut être ? appliqué au détriment de l'employeur, en particulier lorsque l'employeur n'est pas en mesure de désigner chaque coauteur et son rôle dans la création<sup>290</sup>.

<sup>276</sup> Qui n'est pas pertinent dans le domaine artistique.

<sup>277</sup> Voir VON BÜREN/MEER, 165 ss.

<sup>278</sup> BARRELET/EGLOFF, N 21 ad art. 16; STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 11.

<sup>279</sup> DESSEMONTET, Droit d'auteur, 598.

<sup>280</sup> TF, sic! 1997, 382; comme souligné par la doctrine, voir VON BÜREN/MEER, 171, la « *Zweckübertragungstheorie* » a déjà été appliquée dans l'ATF 101 II 102, JdT 1976 I 525, même si elle n'avait alors pas été expressément mentionnée.

<sup>281</sup> von Büren/Meer, 255.

<sup>282</sup> TF, sic! 1999, 119, 122; VON BÜREN/MEER, 169; CHERPILLOD, Titularité, 95; PIAGET, 3.

<sup>283</sup> CHERPILLOD, Titularité, 95, qui considère les art. 16 al. 2 et 3 LDA comme des expressions particulières de la « *Zweckübertragungstheorie* ».

<sup>284</sup> CHERPILLOD, Titularité, 96.

<sup>285</sup> BARRELET/EGLOFF, URG 16 N 20; CHERPILLOD, Titularité, 46; voir toutefois HILTY, Urhebervertragsrecht, 96 note 28.

<sup>286</sup> CHERPILLOD, Titularité, 95 s; pour des exemples pratiques, voir l'arrêt du Tribunal cantonal de Fribourg, sic! 2003, 694 et la sentence d'un tribunal arbitral zurichois publiée dans la RSPI/SMI 1990, 339; pour une discussion de cette sentence, voir PIAGET, 8; avis contraire: STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 11.

<sup>287</sup> CHERPILLOD, Titularité, 97 s.

<sup>288</sup> Bezirksgericht Unterrheintal, sic! 2002, 589.

<sup>289</sup> LAUX, 174 avec des renvois.

<sup>290</sup> HGer Berne, 17 juin 2015, HG 15 39 CAA, sic! 2016, p. 56, cons. 17.4 («Theorieprüfung für Motorfahrzeugfahrer»).

Pour ce qui concerne les œuvres qui sont créées sur commande<sup>291</sup>, le principe du créateur reste applicable (art. 6 LDA) de sorte que le client qui a commandé une œuvre à un artiste doit se faire céder le droit d'auteur par ce dernier s'il entend exploiter l'œuvre. Dans ce cadre, la règle de l'art. 16 al. 3 LDA qui prévoit que le transfert de l'exemplaire de l'œuvre n'emporte pas cession des droits d'auteur relatifs à cette œuvre trouvera application (sous réserve de dispositions contraires intervenues par accord entre les parties).

#### 4. Transmission du droit d'auteur par succession

L'art. 16 al. 1 LDA dispose que les droits d'auteur sont transmissibles par succession. L'ensemble des droits d'auteur sont concernés, qu'il s'agisse des droits patrimoniaux ou des droits découlant du droit moral.<sup>292</sup>

Sous réserve de dispositions qui aurait été prises par l'auteur de son vivant, les héritiers de ce dernier jouissent d'une liberté totale dans l'exercice (ou le non-exercice) des droits d'auteur qu'ils ont hérités.<sup>293</sup> Selon les règles ordinaires du droit des successions (art. 602 al. 2 CC) les héritiers doivent agir ensemble de manière unanime, les règles relatives aux co-auteurs (art. 7 LDA) n'étant pas applicables à la communauté héréditaire.<sup>294</sup>

Afin de contrôler son patrimoine artistique après son décès, l'auteur est en mesure de prendre des mesures de droit successoral dans ce but. L'auteur peut ainsi nommer un exécuteur testamentaire (art. 517 CC) dans le but d'exercer (ou de contrôler l'exercice de) certains droits d'auteur (p.ex. les prérogatives découlant du droit moral).<sup>295</sup> L'auteur peut également imposer des charges (art. 482 CC) relatives à l'exercice des droits d'auteur, notamment dans le but d'interdire la divulgation d'œuvres inachevées par les héritiers.<sup>296</sup> En raison de la durée de protection relativement longue du droit d'auteur<sup>297</sup>, il serait utile qu'une personne morale soit désignée comme exécutrice testamentaire. L'auteur pourra d'ailleurs créer une fondation de son vivant, à qui il céderait ses droits d'auteur de son vivant ou par des dispositions à cause de mort<sup>298</sup>, en respectant à cet égard les limites du droit des successions (soit en particulier les dispositions relatives à la réserve, art. 471 ss CC).

## VI. Relation entre le droit d'auteur sur l'œuvre et le droit de propriété sur l'exemplaire matériel de l'œuvre

La loi comporte certaines dispositions qui visent à arbitrer les relations existant entre l'artiste en tant que titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre (ou ses ayant-droits) et le propriétaire d'un exemplaire de celle-ci qui jouit du droit de propriété sur cet exemplaire, qui lui permet de disposer de sa chose « dans les limites de la loi » (art. 641 al. 1 CC), une des limites légales du pouvoir du propriétaire découlant précisément du droit d'auteur.

En vertu de l'art. 14 al. 1 LDA, l'artiste a ainsi le droit d'accéder aux exemplaires de son œuvre « dans la mesure où cela se révèle indispensable à l'exercice de son droit d'auteur et à condition qu'aucun intérêt légitime du propriétaire ou du possesseur ne s'y oppose ». Cette disposition crée un droit d'accès qui permettra par exemple à l'artiste de reproduire un exemplaire unique d'une œuvre qui est la propriété d'un collectionneur afin d'en faire une copie (et d'exercer ainsi son droit de reproduction de l'œuvre)<sup>299</sup> ou de vérifier si une atteinte a été portée à l'intégrité de l'œuvre (de sorte que l'auteur puisse cas échéant s'y opposer). Par contre, une demande d'accès à une œuvre qui serait fondée sur le simple souhait de l'artiste

<sup>291</sup> Sur la question des œuvres de commande, voir SCHACK, Kunst, n° 445 ss, 226 ss.

<sup>292</sup> BARRELET/EGLOFF, URG 16 N 12; VOUILLOZ, 103; DE WERRA, Successions, 686.

<sup>293</sup> Certaines réglementations étrangères permettent de lutter contre des abus qui seraient commis après le décès de l'auteur, cf. p.ex. art. 121-3 du Code français de la propriété intellectuelle : « En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée. »; pour une illustration, voir l'affaire Fujita, Cour de cassation, RIDA 1989 (141), 257.

<sup>294</sup> ATF 121 III 118, 121, JdT 1995 I 274.

<sup>295</sup> SCHACK, Kunst, n° 327, 164.

<sup>296</sup> Baumgartner, 103.

<sup>297</sup> Septante ans après le décès de l'auteur – sous réserve des logiciels - en vertu de l'art. 29 al. 2 let. a et b LDA.

<sup>298</sup> Voir BAUMGARTNER, 79 s., 115 ss.; DE WERRA, Successions, 694 ss.

<sup>299</sup> Pour une illustration (sous l'angle du droit allemand), voir l'affaire Totenmaske, KG, GRUR 1983, 507.

de répertorier ses œuvres ne pourra pas être fondée sur l'art. 14 al. 1 LDA dès lors qu'une telle requête d'accéder à son œuvre ne serait pas « indispensable à l'exercice de son droit d'auteur ». Aussi ne saurait-on trop recommander aux artistes de tenir un inventaire détaillé et précis de leurs œuvres et des propriétaires de celles-ci, faute de pouvoir contraindre les propriétaires à leur donner accès à ces œuvres.<sup>300</sup>

L'exercice du droit d'accès de l'art. 14 LDA supposera en outre qu'aucun « intérêt légitime du propriétaire ou du possesseur ne s'y oppose », de tels intérêts légitimes pouvant notamment résulter de la fragilité de l'œuvre. La question de l'intérêt légitime du propriétaire ou possesseur pourra en particulier se poser dans le contexte où l'artiste souhaiterait copier l'exemplaire unique de l'œuvre propriété d'un collectionneur (p.ex. par moulage). Faute de stipulation contractuelle contraire garantissant une certaine exclusivité au collectionneur propriétaire de l'exemplaire unique de l'œuvre, ce dernier n'aura pas d'intérêt légitime à s'opposer à ce que l'artiste accède à son œuvre, même si les copies de l'exemplaire unique qui seraient ultérieurement commercialisées par l'artiste seraient susceptibles d'affecter la valeur commerciale de l'exemplaire (jusqu'alors unique) qui est la propriété du collectionneur.<sup>301</sup>

L'art. 14 al. 2 LDA consacre pour sa part le droit de l'auteur d'obtenir la remise d'un exemplaire d'une œuvre du propriétaire ou possesseur de celle-ci afin de pouvoir l'exposer en Suisse à condition que l'auteur puisse « établir un intérêt prépondérant ». Un tel intérêt prépondérant pourra en particulier être admis s'agissant d'expositions rétrospectives de l'œuvre de l'artiste concerné ou d'une autre exposition majeure (même s'il s'agit d'une exposition collective).

Dans cette perspective, l'art. 14 al. 3 LDA permet au propriétaire ou possesseur de subordonner la remise de l'œuvre à la fourniture de sûretés en garantie de la restitution de l'exemplaire intact, de telles sûretés pouvant notamment résulter de la preuve de la conclusion d'une assurance suffisante de l'exemplaire de l'œuvre pour l'exposition. En outre, la loi prévoit que l'artiste sera responsable même sans faute de sa part en cas de dommage causé à l'œuvre ainsi empruntée (art. 14 al. 3 *in fine* LDA) et crée ainsi une responsabilité causale à la charge de l'artiste.

L'art. 16 al. 3 LDA consacre pour sa part la distinction essentielle qui doit être faite entre les droits d'auteur sur l'œuvre immatérielle et les droits de propriété civile sur le support matériel de cette œuvre (p.ex. un tableau ou une sculpture). En vertu de cette disposition, « le transfert de la propriété d'une œuvre, qu'il s'agisse de l'original ou d'une copie, n'implique pas celui du droit d'auteur ».<sup>302</sup> Cette disposition confirme ainsi le principe de l'indépendance réciproque entre le droit d'auteur sur l'œuvre immatérielle et les droits de propriété civile sur l'exemplaire de l'œuvre (*corpus mechanicum*).<sup>303</sup> L'art. 16 al. 3 LDA institue une présomption réfragable<sup>304</sup> en vertu de laquelle le propriétaire d'un exemplaire de l'œuvre n'acquiert aucun droit d'auteur sur l'œuvre matérialisée dans cet exemplaire.<sup>305</sup> Ainsi, l'acquéreur d'un tableau ne dispose, sauf convention contraire conclue avec l'artiste, d'aucun droit d'auteur sur l'œuvre qui est matérialisée dans le tableau acheté. Toutefois, une personne qui exécute un dessin sur la commande d'un tiers dans un but donné doit admettre de bonne foi que la remise du dessin contre paiement implique une cession du droit d'exploitation de l'œuvre aux fins envisagées.<sup>306</sup> On peut ainsi parfois déduire du transfert de propriété civile sur l'exemplaire matériel de l'œuvre une cession tacite des droits d'auteur.<sup>307</sup> Il s'agit en définitive d'une question d'interprétation de la volonté des parties au contrat dans le cas particulier.

---

<sup>300</sup> Sachant que, sous réserve de ventes publiques (pour lesquelles l'artiste pourrait éventuellement toucher une rémunération au titre du droit de suite), l'artiste ne sera pas en mesure ni de contrôler le transfert ultérieur de ses œuvres ni d'obtenir les noms et coordonnées des propriétaires de celles-ci.

<sup>301</sup> Dans ce sens SCHACK, Kunst, n° 167, 93 se référant à GRUR 1983, 567.

<sup>302</sup> La terminologie en français est trompeuse dans la mesure où il est fait référence au « transfert de la propriété de l'œuvre », et pas au transfert de la propriété d'un exemplaire de l'œuvre (la version allemande y fait correctement référence : « Die Übertragung des Eigentums am Werkexemplar [...] »).

<sup>303</sup> Cette indépendance a été consacrée de longue date par la jurisprudence, cf. voir ATF 68 III 65, JdT 1943 II 11.

<sup>304</sup> TF, sic! 1999, 119 ss, 122.

<sup>305</sup> Pour des illustrations – décidées en application de l'ancien droit –, voir CJ Genève, SJ 1964, 191; Obergericht Zurich, RSPI/ SMI 1971, 237.

<sup>306</sup> TF, sic! 1999, 122.

<sup>307</sup> Voir STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 12 et note 32 avec renvoi à l'ATF 54 II 52, 54, JdT 1928 I 300 (la possession d'un négatif de film photo crée la présomption de la cession du droit de reproduction en faveur du possesseur du négatif).

## VII. Droit d'auteur et exploitation des œuvres numériques

A l'ère du numérique, les liens entre l'art et le droit d'auteur posent de nombreux défis juridiques. A titre d'exemples de défis, on peut mentionner les difficultés du droit commun à appréhender les biens numériques et l'émergence de nouveaux concepts de propriété, dont l'idée que tout bien numérique s'apparente à un objet des droits réels susceptible d'appropriation ou au contraire l'idée inspirée de la théorie des biens communs (*commons*) que tout bien numérique appartient à chacun comme l'air et l'eau<sup>308</sup>. Les hologrammes ramenant à la vie des artistes décédés posent quant à eux des questions de cohérence des domaines, en particulier entre le droit d'auteur dont la protection s'étend au-delà du décès de l'artiste et le droit de la personnalité dont la protection expire avec le décès de l'artiste<sup>309</sup>. Les nouveaux modèles de licence permettant un meilleur partage du contenu numérique, tels que les *Creative Commons*, posent des questions délicates d'interprétation des contrats, de droit applicable et d'articulation avec le droit moral<sup>310</sup>. Vu la variété des modes de production offerts par Internet et les réseaux, c'est sur les deux défis de créations réalisées par l'Intelligence Artificielle (IA) et par les utilisateurs de réseaux sociaux que nous nous concentrerons.

### 1. Créations réalisées par l'intelligence artificielle

L'IA<sup>311</sup> crée aujourd'hui toutes sortes d'œuvres du domaine littéraire et artistique (p.ex. des poèmes, des peintures, des articles de presse, des morceaux de musique et des vidéo-clips)<sup>312</sup>, remettant en question les notions de base du droit d'auteur : ces créations réalisées par l'IA sont généralement basées sur des contenus préexistants (*input* utilisé par le robot, souvent appelé donnée d'entraînement ou *training data*). Ces inputs sont généralement soigneusement sélectionnés par le concepteur ou l'utilisateur de l'IA et forment un *pool* de données d'entraînement spécifiques (*training dataset*) permettant une création IA spécifique (p.ex. album "Hello World" de Stromae, le morceau "Dadd'y car" réalisé à partir de morceaux des Beatles, ou encore le "Next Rembrandt" réalisé à partir de tableaux du peintre). Les inputs peuvent être également extraits de l'Internet ou d'autres bases de données en libre accès (p.ex. les rêves de Google, puisant souvent dans les images en libre accès sur Internet, sorte de répertoire mondial). Cela pose ainsi la question de la licéité de réutilisation de ces contenus préexistants lorsqu'ils sont protégés par le droit d'auteur. Le résultat obtenu (*output* réalisé par le robot) pose ensuite des questions de protection du résultat en tant que "création de l'esprit" et d'attribution de droits d'auteur<sup>313</sup>.

#### a) Inputs

La difficulté pour l'IA d'utiliser des *inputs* préexistants est que ces contenus peuvent être des œuvres ou des parties d'œuvres protégées par le droit d'auteur<sup>314</sup>. La question sera alors de savoir si une telle réutilisation

<sup>308</sup> Au sujet des différents concepts de propriété et des régimes applicables aux biens numériques : Benhamou Yaniv, Bien et immatériel : rapport suisse, in L'immatériel : Journées internationales de l'Association Henri Capitant 2014, Bruxelles (Bruylant) 2015, p. 311.

<sup>309</sup> Cf. Amélie Favreau, Droit de l'immatériel, décembre 2016, 36.

<sup>310</sup> Par exemple, une licence autorisant par avance toute modification à l'œuvre pourrait être considérée comme nulle par certains juges / juridictions. Cf. DULONG DE ROSNAY Mélanie, Creative Commons licenses legal pitfalls : incompatibilities and solutions, Amsterdam (Study of the Institute for information Law) 2009. A propos des enjeux juridiques des Creative Commons en général, cf. Michel Jaccard / Eva Cellina, SJ 2017 II 229.

<sup>311</sup> L'IA fait l'objet de différentes définitions. Il s'agit avant tout d'une machine intelligente dotée de "processus cognitifs comparables à ceux de l'être humain", Villani, 8. On peut néanmoins la répartir dans deux catégories : des systèmes basés sur la connaissance (*knowledge-based systems*) et l'apprentissage-machine (*Machine Learning*), BKC, AI & Human rights, 10.

<sup>312</sup> En 2018, une intelligence artificielle nommée Amper a composé un morceau Break Free quel l'artiste Taryn Southern a commercialisé (après y avoir posé des paroles). En 2016, un ordinateur a créé un portrait intitulé The Next Rembrandt, après avoir analysé de milliers d'œuvres réalisées par l'artiste néerlandais du XVIIe siècle, Rembrandt Harmenszoon van Rijn. En 2016, un programme informatique japonais a passé la première phase de sélection d'un prix littéraire national. En 2016, la société d'intelligence artificielle Deep Mind, rachetée par Google, a créé un logiciel capable de produire de la musique à partir de l'écoute d'enregistrements. Pour d'autres exemples, cf. Andres Guadamuz, L'Intelligence et le droit d'auteur, OMPI Magazine, Octobre 2017.

<sup>313</sup> Cf. la contribution de Daniel Schönberger, Up- and down-stream - Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML) in Droit d'auteur 4.0 / Copyright 4.0, DE WERRA Jacques (éd.), Genève / Zurich (Schulthess Editions Romandes) 2018, 145 ss.

<sup>314</sup> Techniquement et suivant le type d'IA, ces contenus qualifiés de données techniques et d'entraînement (technical and training data) peuvent être protégés par d'autres droits ou prétentions, telles que des secrets d'affaires, la protection contre la concurrence déloyale ou un droit *sui generis* de base de données.

(ou d'autres prétentions, telles que des secrets d'affaires, la protection contre la concurrence déloyale ou un droit *sui generis* de base de données)

entre dans le champ de protection des droits exclusifs et nécessite ainsi l'autorisation des ayants droit et, cas échéant, s'il existe des exceptions.

S'agissant des droits exclusifs, ceux-ci accordent à l'auteur un droit général de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée, et couvrent tant l'utilisation intégrale (copie 1:1) que l'utilisation partielle. En cas d'utilisation partielle, il faudra déterminer quels éléments de l'œuvre initiale ont été repris par l'IA et vérifier si les éléments repris (en eux-mêmes ou dans leur combinaison) sont protégés<sup>315</sup>. A ce propos, on relèvera que l'IA n'utilise parfois qu'une partie du contenu initial (utilisation partielle) et/ou sans que le contenu initial soit perceptible dans le résultat final (*output*). Un exemple récent est le portrait d'Edmond de Belamy, 1<sup>er</sup> tableau peint par une IA vendu lors d'une vente aux enchères pour USD 432'000<sup>316</sup>. On relèvera aussi que, pour vérifier si les éléments repris sont protégés, on peut se référer aux critères d'individualité statistique et comparée (l'œuvre apparaissant comme unique aux yeux du public respectivement comparée à d'autres œuvres du même genre)<sup>317</sup>. Une approche pourrait être de vérifier si l'input est reconnaissable du point de vue du public cible (critère de perceptibilité du public cible). La réponse dépendra du type d'IA : pour les IA créant des œuvres (*output*) permettant au public cible de reconnaître l'imitation ou la reproduction de tout ou partie d'une œuvre initiale (*input*) (p.ex. sous forme d'hommage ou de référence), il y aurait exercice des droits d'utilisation de l'œuvre initiale. En revanche, pour les IA réutilisant des œuvres initiales (*input*) pour des seuls motifs d'entraînement sans qu'elles soient perceptibles par le public cible dans le résultat (*output*), il n'y aurait aucun exercice des droits d'utilisation<sup>318</sup>. La référence au public cible paraît d'autant plus justifiée puisque, à l'inverse, la référence à des experts pointus, voire des "hommes augmentés" (p.ex. portant des lunettes connectées) ou des IA entraînées à détecter les similitudes pourrait conduire à admettre systématiquement et précisément des similitudes avec tout input, même imperceptible à l'œil nu. Pour un exemple parlant, il suffit de comparer à l'œil nu les deux tableaux "Your World Without Paper" de l'artiste Amel Chamandy et "85.81%\_match: Amel Chamandy 'Your World Without Paper'" de l'artiste Adam Basanta pour s'apercevoir que les similitudes ne sont pas évidentes, voire imperceptibles à l'œil nu, quand une IA permet de chiffrer précisément les similitudes avec les inputs utilisés<sup>319</sup>.

S'agissant des exceptions (à supposer que l'utilisation des *inputs* par l'IA tombe dans le champ de protection des droits exclusifs de l'auteur de l'*input*), on peut se demander si l'IA ne bénéficie pas d'exception du droit d'auteur, en particulier celle de reproductions provisoires au sens de l'art. 24a LDA. Or, il est incertain de savoir si cette exception s'applique aux systèmes d'IA : l'exception vise en effet essentiellement les reproductions temporaires en mémoire vive résultant de l'utilisation d'un logiciel dans un ordinateur (p.ex. lancement d'un logiciel, la consultation sur Internet (*browsing*) ou l'envoi d'e-mails qui suscitent la création d'au moins une, et souvent de plusieurs copies dans la mémoire vive de l'ordinateur), tandis qu'il n'y a pas

<sup>315</sup> CR PI-LDA, Cherpillod, art. 10 N 5.

<sup>316</sup> Cf. <http://obvious-art.com/edmond-de-belamy.html>.

<sup>317</sup> A propos de l'individualité statistique et comparée, cf. CR PI-Dessemontet, LDA 2 N 14 ss et 20. A propos du public cible, Senn Mischa, Die urheberrechtliche Individualität, sic! 2017 521, 532 ("relevante Zielpublikum, d. h. der massgebende Personenkreis"); F. Thouvenin, Irrtum: Je kleiner der Gestaltungsspielraum [...], in: M. Berger/S. Macciachini (Hg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht, Zürich 2008, 64 ("intimen Kenntnissen der jeweiligen Werkgestaltung").

<sup>318</sup> Sans nous livrer à une analyse de droit comparé, nous nous contenterons d'évoquer que ce critère de perceptibilité par le public semble indifférent dans d'autres juridictions et que l'IA exerce systématiquement les droits de reproduction que les inputs soient perceptibles ou non. En droit français L-122-3 CPI : "La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte". En droit européen, art. 2 Directive 2001/29/CE : "Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie". Cf. aussi Comp. CJUE, Infopaq, C-5/08, § 51 "(...) un acte effectué au cours d'un procédé d'acquisition de données, qui consiste à mettre en mémoire informatique un extrait d'une oeuvre protégée composé de onze mots ainsi qu'à imprimer cet extrait, est susceptible de relever de la notion de reproduction partielle au sens de l'article 2 de la directive 2001/29, si – ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier – les éléments ainsi repris sont l'expression de la création intellectuelle propre à leur auteur". GIUSEPPE MAZZIOTTI, EU digital copyright law and the end-user, Berlin, Springer, 2008. Contra, SEVERINE DUSOLLIER (2014), L'exploitation des oeuvres : une notion centrale en droit d'auteur, in : Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, pp. 265-27, au motif qu'il n'y a pas d'exploitation économique de la copie elle-même.

<sup>319</sup> Cf. Article de Chris Hannay "Artist faces lawsuit over computer system that creates randomly generated images" du 4 octobre 2018 <https://www.theglobeandmail.com/arts/art-and-architecture/article-artist-faces-lawsuit-over-computer-system-that-creates-randomly/>. Voir aussi les autres œuvres de Adam Basanta créée par une IA qui indique le pourcentage de similitudes avec les œuvres d'autres artistes (94.46%\_match: Richard Serra "Double Rift #4", 2011) <http://allwedeveryneed.com/20180525.html>

nécessairement de copies avec l'IA (pour motif d'entraînement) ou que les copies n'ont pas besoin d'être gardées en mémoire une fois qu'elles sont passées par le système neuronal<sup>320</sup>.

Cette incertitude face à la licéité des créations de l'IA (savoir si la confection de copies d'œuvres utilisées par l'IA relève du droit de reproduction au sens de l'art. 10 al. 2 let. a LDA et/ou au bénéfice de l'exception de reproductions provisoires au sens de l'art. 24a LDA) devrait être tempérée avec la nouvelle exception de *text and data mining* proposée dans le P-LDA. Cette exception rendra licite toute reproduction d'une œuvre à des fins de recherche scientifique pour autant qu'elle soit nécessaire à l'application d'un procédé technique et que l'accès à l'œuvre reproduite soit licite (art. 24d P-LDA). Si cette exception est suffisamment ouverte quant à la condition de recherche (et s'applique sans distinction aux recherches à but commercial et non commercial), elle ne couvre toutefois que l'acte de reproduction à des fins de recherche et ne s'étend pas en particulier à la mise à disposition et à la publication des œuvres utilisées<sup>321</sup>.

## b) Outputs

La création générée par l'IA (*output*) pose la question de savoir s'il faut lui conférer une protection par le droit d'auteur, et interroge ainsi la question des conditions de protection et d'attribution des droits d'auteur. Le droit suisse ne semble pas encore prêt à protéger par le droit d'auteur des œuvres qui n'auraient pas été créées par un être humain<sup>322</sup>.

Ceci résulte déjà de la **notion d'œuvre** définie comme une "*création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel*" au sens de l'art. 2 al. 1 LDA. Si les critères du domaine littéraire ou artistique et de caractère individuel ne semblent pas faire obstacle à la protection du droit d'auteur des créations de l'IA<sup>323</sup>, le critère de création de l'esprit est plus problématique puisqu'il exige que le processus repose sur une volonté humaine et soit l'expression d'une pensée humaine<sup>324</sup>. L'auteur comme personne physique doit ainsi avoir un certain contrôle sur l'exécution de l'œuvre<sup>325</sup>. Cela exclurait ainsi les créations de l'IA qui ne reposent pas sur l'expression de la pensée humaine, ni sur le contrôle de l'artiste dans l'exécution de l'œuvre. Ensuite en raison de la notion d'auteur défini comme "*la personne physique qui a créé l'œuvre*" (art. 6 LDA). L'IA ne pourrait donc pas être qualifiée d'auteur ni *a fortiori* de co-auteur (art. 7 LDA). Le législateur suisse a encore récemment rappelé cette exigence de personne physique derrière l'œuvre à l'égard de la protection des photographies sans caractère individuel dans son message relatif au P-LDA par rapport, rappelant que "*l'on parle de création de l'esprit lorsqu'elle est le fait d'un être humain. Par conséquent, l'auteur [...] doit nécessairement être une personne*"<sup>326</sup>. Paradoxalement, on notera toutefois que le législateur exclut ainsi "*la protection les clichés obtenus par des procédés de photographie automatique comme les photos de radars, de caméras de surveillance ou de pièges de caméra*", tout en admettant la

<sup>320</sup> CR PI-LDA, Gilliéron, art. 24a N 3-4. Cf. aussi l'exception européenne de reproduction provisoire (art. 5(1) Directive InfoSoc), qui est comparable à l'exception suisse et que nombreux auteurs européens recommandent d'appliquer pour admettre la confection de copies par l'IA. Cf. Schönberger, 19, et les nombreuses références.

<sup>321</sup> Message, P-LDA, 37.

<sup>322</sup> A l'étranger, la plupart des législations ne semblent pas non plus disposées à protéger par le droit d'auteur des œuvres qui n'auraient pas été créées par un être humain. Aux Etats-Unis, voir l'affaire *Feist Publications c. Rural Telephone Service Company, Inc.* 499 U.S. 340 (1991) (selon laquelle le droit d'auteur protège uniquement le fruit d'un travail intellectuel fondé sur le pouvoir créateur de l'esprit). En Australie, voir l'affaire *Acohs Pty Ltd c. Ucorp Pty Ltd* [2012] FCAFC 16 (dans laquelle le tribunal a déclaré qu'une œuvre créée au moyen d'un ordinateur ne pouvait faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur car elle n'avait pas été réalisée par un humain). En Europe, la protection du droit d'auteur suppose "une création intellectuelle propre à son auteur" et a été interprétée comme nécessitant une intervention humaine. Cf. CJUE, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening* [2009], C-5/08, ECR I-06569 ; *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and ors.* [2011], C-145/10, ECDR (13) 297, 324 (le droit d'auteur s'applique uniquement en lien avec un objet, tels qu'une photographie, qui est originale dans le sens d'une création intellectuelle... l'auteur d'un portrait photographique peut mettre son cachet, son empreinte propre").

<sup>323</sup> A propos du critère du domaine littéraire et artistique, cf. I.2. A propos du critère d'individualité, cf. I.3. On rappellera que l'individualité doit s'exprimer dans l'œuvre elle-même et se distingue de la banalité ou du travail de routine; elle résulte de la diversité des décisions prises par l'auteur, de combinaisons surprenantes et inhabituelles, de sorte qu'il paraît exclu qu'un tiers confronté à la même tâche ait pu créer une œuvre identique (arrêt 4A\_675/2015, consid. 3.1). Cette définition permettrait d'inclure l'IA puisque les créations résultent d'une prise de décisions (c'est sa fonction), on peut donc y voir un travail "intellectuel", bien qu'on puisse peut-être aussi argumenter qu'une autre intelligence artificielle aurait pu créer une musique identique. Cf. Charlet, *Une IA peut-elle être auteure d'une œuvre ?*, post du 8 octobre 2018, <https://francoischarlet.ch/2017/intelligence-artificielle-auteure-oeuvre/>.

<sup>324</sup> ATF 130 II 168 ; CJUE idem.

<sup>325</sup> Dans le même sens, cf. Ginsburg 2003, p. 1066 : (...) an author is a human being who exercises subjective judgment in composing the work and who controls its execution".

<sup>326</sup> Message P-LDA, 25.

protection des photographies et “*clichés obtenus grâce à des procédés analogues à la photographie [...] des techniques d’imagerie de transmission (par ex. infra-rouge ou rayons X) ainsi que les microcopies, macrocopies et reproductions de négatifs*”<sup>327</sup>.

La création de l’IA pourrait être toutefois considérée comme résultant de choix faits par le concepteur de l’IA et/ou la personne ayant sélectionné soigneusement les données d’entraînement (*training data*) et les droits d’auteur pourraient lui / leur être attribués. Cas échéant, si tous deux (concepteur et celui ayant sélectionné les *training data*) ont un apport suffisamment important dans la création de l’IA, ils seront considérés comme co-auteurs. Par ailleurs, si les *inputs* restent reconnaissables dans l’*output*, celui-ci devrait être considéré comme une œuvre dérivée des *inputs* (art. 3 al. 1 LDA). Il sera protégé en tant que tel (et les droits d’auteur seront conférés au concepteur et/ou celui ayant sélectionné les *training data*) mais nécessitera en principe l’autorisation des ayants droit de l’input (art. 3 al. 4 LDA). Toute la difficulté sera alors de déterminer la causalité entre l’output et la sélection d’inputs introduits, la logique générale et la conception de l’IA par son concepteur et plus l’IA prend des décisions autonomes plus il est difficile d’y voir une causalité avec le producteur. Une autre piste serait de considérer le concepteur ou le propriétaire de l’IA comme un employeur auquel l’IA cède automatiquement tous les droits d’auteur sur les outputs (au sens de la cession légale de l’art. 17 LDA ou de la présomption de cession en faveur de l’employeur). La difficulté sera toutefois qu’il ne peut y avoir de cession de droits d’auteur qui n’ont jamais existé en raison des motifs évoqués précédemment<sup>328</sup>. A ce propos, on relèvera enfin que le droit suisse, ainsi que de nombreuses juridictions reconnaissent que les personnes morales peuvent être détentrices des droits d’auteur par cession légale (en particulier les employeurs à l’égard des droits d’auteur de leurs employés, ou les mandants d’œuvres sur commande, appelées *works made for hire*). Il s’agit en réalité d’une fiction légale conférant des droits d’auteur à une personne morale (employeur ou commissionnaire) en raison du contrôle qu’elle exerce sur la production et pour des raisons pratiques visant à permettre l’exploitation de la production respectivement un retour sur investissement de la personne morale<sup>329</sup>.

## 2. Créations réalisées par les utilisateurs de réseaux sociaux

Les Internauts utilisent souvent d’autres contenus protégés par le droit d’auteur (p.ex. texte, photo, vidéos, musique, illustrations, souvent récupérés sur d’autres sites ou réseaux sociaux)<sup>330</sup> pour les intégrer à leurs propres créations et les partager au travers des réseaux sociaux (Facebook, Twitter, Flickr, blogs personnels) ou autres plateformes d’hébergement (YouTube, Daily Motion, SoundCloud)<sup>331</sup>. Parmi les pratiques les plus courantes sur les réseaux sociaux, on songe surtout à la fourniture d’hyperliens (*hyperlinking*) ou d’images encadrées ou incrustées (*framing* ou *embedding*) ou aux remixs ou mashups (p.ex. *mem* ou *giff*). Cela pose la question de savoir si ces actes sont couverts par le droit d’auteur et nécessitent ainsi l’autorisation de l’ayant droit ou s’ils sont au contraire hors champ de protection et possibles sans autorisation des ayant droits.

---

<sup>327</sup> Message P-LDA, 28.

<sup>328</sup> Le Royaume-Uni est la première juridiction à préciser les droits d’auteur relatifs à une “œuvre créée par ordinateur” définie comme toute “œuvre créée par ordinateur dans des conditions excluant toute intervention humaine” (art. 178 loi sur le droit d’auteur, les dessins et modèles et les brevets). La loi attribue les droits d’auteur au programmeur en précisant que “dans le cas d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique créée au moyen d’un ordinateur, la personne ayant pris les dispositions nécessaires pour créer ladite œuvre sera réputée en être l’auteur.” (art. 9.3) et que la protection est de 50 ans après la création de l’œuvre (art. 12.7). Cette disposition a pour but de créer une exception à l’exigence de paternité humaine de l’œuvre en reconnaissant la somme de travail investie dans la conception d’un programme capable de donner naissance à une œuvre, même si l’étincelle créatrice provient de la machine elle-même Cf. Andres Guadamuz, L’intelligence artificielle et le droit d’auteur, WIPO Magazine, Octobre 2017.

<sup>329</sup> Ramalho, 12, indiquant toutefois que cette analogie avec les œuvres sur commande a ses limites puisque les créations de l’IA ne tombent pas dans l’une des catégories des œuvres sur commande (typiquement les œuvres réalisées par les employés dans l’exécution de leur rapport de travail) et que l’IA n’a pas de droit ou d’obligation (contrairement aux employés ou commissionnaires qui ont des droits et obligations issus de leurs rapports contractuels avec l’employeur / mandat).

<sup>330</sup> Il peut aussi s’agir de contenus protégés par d’autres droits ou prétentions, tels que les droits de la personnalité (CC) ou de la protection des données personnelles (LPD). Leur utilisation peut aussi faire l’objet de motifs justificatifs (art. 28 CC ; art. 13 LPD).

<sup>331</sup> Nous nous concentrerons ici sur les utilisateurs “actifs” qui génèrent et partagent des contenus créatifs sur les réseaux, contrairement aux utilisateurs “passifs” qui ne font qu’accéder à ces contenus sans apport créatif. Pour une distinction entre ces deux catégories d’utilisateurs, cf. Schmidt-Gabain, Social Media und Recht, 2015, 52.

Les hyperliens (*hyperlinking*) ou images encadrées ou incrustées (*framing* ou *embedding*) sont des connexions renvoyant vers des contenus se situant ailleurs et accessibles par des réseaux de communication (par exemple le réseau Internet)<sup>332</sup>. Le contrôle du contenu cible reste dans les mains du webmaster du site cible, le site liant ne fait que renvoyer à cette source. Juridiquement, il n'existe à ce jour pas de réponse claire. Les tribunaux suisses n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer clairement sur la question<sup>333</sup>, contrairement à la CJUE<sup>334</sup>. La doctrine tend à considérer que les hyperliens échappent au droit d'auteur puisqu'il s'agit d'un simple chemin d'accès vers un contenu cible, tandis que les images encadrées ou incrustées seraient couvertes par le droit exclusif du droit de mise à disposition (LDA 10 al. 2 let. c LDA) puisque le contenu devient accessible directement à travers le site liant et que la visite sur le site cible n'est plus nécessaire<sup>335</sup>. Les remixs ou mashups reprennent tout ou partie d'œuvres préexistantes. Ils constituent ainsi des œuvres dérivées et nécessitent l'autorisation des ayants droit du contenu initial, sauf s'ils constituent une œuvre simplement inspirée<sup>336</sup>. Pour les remixs ou mashups qualifiés d'œuvres dérivées et les hyperliens couverts par le droit exclusif du droit de mise à disposition, leur utilisation nécessite en principe l'autorisation de l'ayant droit (art. 10 al. 1 LDA), sauf s'il existe une exception (art. 19 ss LDA)<sup>337</sup>.

Comme exceptions envisageables, on songera essentiellement à celles de parodie (art. 11 al. 3 LDA) et de citation (art. 25 LDA), étant précisé que celles-ci ont aussi leurs propres conditions d'application qui ne seront pas toujours remplies. Par exemple, avec l'exception de citation, la difficulté sera de respecter les conditions de connexité et de proportionnalité (i.e. que la citation dans le remix ou le mashup reste accessoire, et n'acquière pas une signification propre ou supérieure par rapport à l'œuvre citée)<sup>338</sup>. On songera aussi à l'exception d'usage privé (art. 19 al. 1 let. a LDA), étant précisé que le partage sur les réseaux excédera en principe systématiquement l'usage privé (sous réserve des cas exceptionnel de profils de réseaux sociaux fermés et réservés au cercle de personnes étroitement liées à l'Internaute)<sup>339</sup>. On relèvera à ce propos que les pratiques de remix ou de mashups ont été discutées à l'échelle européenne (dans le cadre de la révision européenne de la Directive 2001/29/CE avec la proposition d'introduire une nouvelle exception d'œuvre transformative qui n'a finalement pas été retenue) et font l'objet d'une exception spécifique dite de *User-Generated-Content* en droit canadien (limitée en particulier à des usages non-commerciaux et pour autant que la source est mentionnée et que l'internaute pense que l'œuvre préexistante reprise est licite)<sup>340</sup>.

<sup>332</sup> On distingue généralement le lien simple ou de surface (qui permet d'accéder, à partir d'un site Internet, à la page d'accueil d'un autre site web) et le lien profond (*deep link*) (lorsque la connexion renvoie non pas à la page d'entrée du site mais à l'une de ses pages intérieures) des techniques de cadrage (*framing*) et d'incrustation (*embedding*) (qui n'est pas un lien mais plutôt une technique au moyen de laquelle le webmaster permet d'intégrer dans l'une de ces fenêtres le contenu d'une page figurant sur un site tiers, sans révéler à l'internaute l'origine réelle de ce contenu). Salvadé, Droit d'auteur et technologies de l'information et de la communication, *Quid iuris*, 52.

<sup>333</sup> TF, 6 mai 2015, 5A\_658/2014, cons. 4, "Carl Hirschmann" considérant qu'il n'y a pas de participation à une atteinte à la personnalité par le simple fait d'insérer un hyperlien général d'un média à un autre média ; TF, 7 février 2011, 6B\_757/2010, cons. 4, "Internet-Piraterie", considérant qu'un site répertoriant des liens *magnet* (permettant simultanément le téléchargement et le chargement de fichiers protégés par le droit d'auteur) est un cas de complicité de violation de droit d'auteur.

<sup>334</sup> CJUE C-466/12 du 13 février 2014, "Svensson"; CJUE C-348/13 du 21 octobre 2014, "BestWater", considérant que le fait de fournir des "liens cliquables vers des œuvres librement disponibles sur un autre site Internet" n'est pas un acte de communication couvert par le droit d'auteur ; CJUE C-160/15 du 8 septembre 2016, "GS Media BV"; CJUE, C-610/15 du 15 juin 2017, "The Pirate Bay", considérant que le fait de fournir des liens cliquables vers des œuvres placées sans le consentement de l'auteur "en pleine connaissance du caractère illégal de cette publication" est un acte de communication.

<sup>335</sup> Parmi les différents auteurs, avec différentes approches toutefois, cf. Cherpillod Ivan, Commentaire romand de propriété intellectuelle, LDA 10 N 24 ; Vincent Salvadé, Droit d'auteur et technologies de l'information et de la communication, *Quid iuris* 2015, 51 ss; Marco Handle/Fabian Wigger et al., Linking and making available on the Internet, sic! 2016 615 ss.

<sup>336</sup> A propos de la dichotomie entre œuvre dérivée et inspirée, cf. III. 1 (Portée et limites du droit d'auteur).

<sup>337</sup> Il peut aussi s'agir de contenus protégés par d'autres droits ou prétentions, tels que les droits de la personnalité (CC) ou de la protection des données personnelles (LPD). Leur utilisation peut aussi faire l'objet de motifs justificatifs (art. 28 CC ; art. 13 LPD).

<sup>338</sup> A propos des exceptions, cf. IV (Les limites de la protection).

<sup>339</sup> Pour une analyse approfondie et critique de la condition de "cercle de personnes étroitement liées" appliquée aux réseaux sociaux (notamment sur le nombre d'amis / followers et la qualité des relations), cf. Schmidt-Gabain, *Social Media und Recht*, 75 ; Gasser, *Handkommentar URG*, Art. 19 N 10 ss. Baumgartner, *Privatvervielfältigung im digitalen Umfeld*, Zürich 2006, 74 ss.

<sup>340</sup> A propos de l'exception canadienne de *User-generated-content*, cf. Ysolde Gendreau, *User-generated Content and Other Digital Copyright Challenges: A North American Perspective*, in: *Droit d'auteur 4.0* (de Werra Jacques), collection pi-ip, Zurich (Schulthess) 2018, 99 ss; Nabhan Victor, *L'exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur en droit canadien*, RIDA n° 248, avril 2016, 1 ss.

### 3. Mise en œuvre des violations de droit d’auteur (responsabilité des prestataires)

Le développement de nouvelles technologies d’information et de communication a constitué et constitue encore à ce jour un défi majeur pour les titulaires de droit d’auteur et de droits voisins, comme en témoigne le nombre de procédures judiciaires ayant éclaté à ce propos de part le monde, notamment à propos de la mise à disposition illicite de musique sur Internet.<sup>341</sup>

L’exploitation globale et illimitée des contenus numériques, y compris des œuvres protégées par le droit d’auteur (et des prestations protégées par les droits voisins) est désormais à la portée de tout Internaute, les coûts de reproduction et de diffusion à l’échelle planétaire étant désormais pratiquement nuls, ce qui n’est pas sans risque pour la protection efficace des titulaires de droits et a suscité certaines évolutions du droit d’auteur.<sup>342</sup>

En cas de violation de droit d’auteur (p.ex. lorsqu’un internaute crée et partage sans autorisation sur les réseaux sociaux des œuvres protégées par le droit d’auteur), les ayants droit, tribunaux et praticiens sont confrontés à un autre défi de taille : quels moyens ont-ils à disposition pour empêcher de telles violations ?

Les moyens de mise en œuvre peuvent être dirigés directement contre l’auteur du contenu illicite (p.ex. l’internaute auteur de la création illicite) ou indirectement contre le prestataire<sup>343</sup>, et par le biais d’une action civile (en cessation ou prévention de l’atteinte et/ou en dommages-intérêts), pénale ou administrative. Les mesures pénales étant limitées en principe aux violations intentionnelles (internaute ou prestataire) et les mesures administratives à certains sites spécifiques, nous nous concentrerons ici sur les actions civiles exercées contre le prestataire (responsabilité indirecte), consistant à demander au prestataire de bloquer un site web ou un contenu déterminé (p.ex. il serait ordonné à Facebook ou à Swisscom de bloquer l’accès à certains sites ou contenus illicites)<sup>344</sup>.

En droit d’auteur, il n’existe aujourd’hui aucune règle spéciale ni de jurisprudence claire. La responsabilité des prestataires ordinaires se règle donc actuellement sur la base des règles générales. Le P-LDA introduira une obligation de non-réintroduction de contenus illicites (obligation de *stay down*) à l’égard des hébergeurs à l’origine d’un risque particulier de violations du droit d’auteur (art. 39d P-LDA), de sorte qu’il existera deux types de prestataires internet avec des obligations différentes, les prestataires ordinaires soumis aux règles générales du droit commun et les prestataires qualifiés soumis à une obligation de *stay down*<sup>345</sup>.

Les actions défensives et réparatrices peuvent être intentées contre l’auteur de la violation (responsabilité directe) ou le participant à la violation (responsabilité indirecte). Toute la difficulté étant de déterminer ce qu’est un acte de participation, puisque tout prestataire peut être considéré comme participant, y compris le fournisseur d’électricité, autrement dit de déterminer la légitimation passive du prestataire. Pour régler cette question (légitimation passive du prestataire), on peut s’inspirer des pistes suivantes. En cas d’atteinte à la personnalité (p.ex. atteinte à la vie privée ou l’honneur), le demandeur peut agir en prévention ou cessation

---

<sup>341</sup> Voir en particulier la célèbre affaire Grokster qui a tranché par l’arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005).

<sup>342</sup> Voir DE WERRA, L’évolution du droit d’auteur à l’épreuve d’Internet, in: Internet 2003 (A. Raguenaud éd.), Lausanne 2004, 3 ss.

<sup>343</sup> Par “prestataire”, on entend tout intermédiaire internet offrant à ses utilisateurs une prestation (souvent automatisée), sans contrôle éditorial sur l’information et couvre tant les hébergeurs (i.e. prestataires mettant à disposition un espace sur lequel l’utilisateur peut enregistrer son contenu) que les fournisseurs d’accès internet (i.e. permettant aux utilisateurs d’accéder à Internet par via un téléphone ou un accès à large bande). Cf. Rapport du Conseil fédéral du 11 décembre 2015, La responsabilité civile des fournisseurs de services internet, 20, soulignant que les frontières entre ces rôles sont souvent poreuses car les formes mixtes ou particulières de prestataires sont nombreuses.

<sup>344</sup> Pour une analyse approfondie des différentes mesures de blocage (tant sous l’angle civil que pénal et administratif), cf. Benhamou Yaniv, Blocage de site web en droit suisse : des injonctions civiles et administratives au blocage pénal. In: Droit d’auteur 4.0 (de Werra Jacques), collection pi-ip, Zurich (Schulthess) 2017.

<sup>345</sup> Il est intéressant de relever que l’AP-LDA prévoyait une obligation de blocage à l’égard des fournisseurs d’accès internet (FAI) (Projet de révision de la loi sur le droit d’auteur (LDA) du 11 décembre 2015) qui a été retiré dans le P-LDA. Cf. AGUR 12 II, communiqué aux médias du 2 mars 2017, Modernisation du droit d’auteur : compromis au sein de l’AGUR12 II (“*Les propositions de compromis n’incluent pas les mesures prévoyant le blocage par les fournisseurs d’accès, ni l’envoi de messages d’information en cas de violations graves de droits d’auteur par le biais de réseaux pair-à-pair*”). Il est aussi intéressant que cette obligation de stay-down sera limitée au droit d’auteur, alors que les portails touchent tous types d’atteinte (p.ex. atteintes à la personnalité, à la protection des données, violations de droit d’auteur, de droit des marques).

de l'atteinte contre toute personne qui y participe (CC 28 al. 1)<sup>346</sup>. Une contribution mineure suffit. Le TF admet la responsabilité du prestataire dès qu'il joue un rôle objectif causal fût-il secondaire dans l'atteinte, ce indépendamment du contrôle et de toute faute. C'est le fameux arrêt de la Tribune de Genève condamnant la Tribune pour le simple hébergement d'un blog contenant des propos diffamatoires. Pour le TF, il suffit d'une contribution mineure<sup>347</sup>. En cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle (droit d'auteur, marque, brevet, design), le demandeur peut aussi agir en prévention ou cessation contre le participant à l'atteinte (LBI 66 let. d ; LDes 9 al. 2 ; LDA 62 al. 1 ; LPM 55). La jurisprudence et la doctrine tendent à limiter la légitimation passive aux actes de participations qualifiés en référence aux règles du droit des brevets et droit du design (LBI 66 let. d ; LDes 9 al. 2) prévoyant la légitimation passive de toute personne qui incite, collabore, favorise ou facilite l'exécution d'une atteinte<sup>348</sup> ou en référence à l'art. 50 CO prévoyant la légitimation de celui qui sait ou doit savoir que ses services sont aptes à violer le droit et que les clients violent effectivement le droit<sup>349</sup>.

Appliquée aux prestataires, la légitimation passive en cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle suppose de rejeter la responsabilité des FAI pour défaut d'incitation ou de connaissance du contenu et d'admettre celle de l'hébergeur uniquement s'il a connaissance de violations concrètes (en cas de sommation préalable ou de services fournis intentionnellement en vue de violer le droit). Cette approche nous semble douteuse puisqu'elle conditionne les actions défensives à la faute du prestataire, laquelle s'analyse uniquement au stade d'une action en dommages-intérêts, et glisse ainsi vers une subjectivisation de l'atteinte. Elle conduit par ailleurs à des solutions fragmentées ; différentes selon que la violation porte sur des cas d'atteinte à la personnalité, de droit de propriété intellectuelle, voire de droit d'auteur. Selon nous, il faudrait au contraire admettre une solution uniforme à l'égard des prestataires, puisque ces derniers peuvent porter atteinte à tous types de droits, et que des solutions fragmentées en fonction des droits protégés apporteraient confusion et incertitude en la matière. Il convient par ailleurs d'admettre que les prestataires jouent un rôle, même purement objectif et secondaire, dans le flux d'informations et donc dans la réalisation de l'infraction, de sorte qu'il faudrait admettre leur légitimation passive systématiquement. Ce n'est ensuite dans un deuxième temps que la mesure sera appréciée sous l'angle de la proportionnalité<sup>350</sup>.

Ainsi, pour les actions défensives (en cessation ou en prévention de l'atteinte), il semble proportionnel qu'un hébergeur ait l'obligation de supprimer un contenu déterminé et manifestement illicite (p.ex. fichier magnet visant à télécharger et téléverser simultanément des œuvres en violation du droit d'auteur)<sup>351</sup>. De même, il semble proportionnel qu'un fournisseur d'accès internet ait l'obligation de bloquer un site web manifestement illicite (p.ex. plateforme d'échange de fichiers magnets majoritairement en violation de droit d'auteur) mais disproportionné qu'il bloque un site web ayant à la fois des contenus licites et illicites, ou un contenu déterminé qui n'est manifestement pas illicite (p.ex. au bénéfice d'exceptions du droit d'auteur, comme des remix ou mashups créatifs). Pour les actions réparatrices, la faute sera amisée selon le degré de diligence du prestataire, qui dépendra du contrôle et de la proximité du prestataire par rapport au contenu.

Les prestataires qualifiés pourraient faire l'objet d'une obligation spécifique avec le P-LDA. L'art. 39d LDA prévoit que le fournisseur d'un service d'hébergement Internet qui sauvegarde les informations saisies par

<sup>346</sup> On peut aussi imaginer une violation de la LPD (p.ex. les utilisateurs d'un réseau social, les participants à un blog ou plus largement les bénéficiaires d'un contrat d'hébergement publient des données personnelles d'une personne. La légitimation passive en cas d'atteinte à la personnalité s'applique aussi à cet égard en raison du renvoi de l'art. 15 al. 1 à l'art. 28 CC, cf. Rapport (n. 2), 35.

<sup>347</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_792/2011 du 14.1.2013, consid. 6.2-6.3 ; La doctrine a critiqué cet arrêt au motif que cela conduisait à une légitimation passive illimitée, *Schoch/Schüepf*, Jusletter du 13.5.2012, n° 36. Cf. toutefois TF, 6 mai 2015, 5A\_658/2014, sic ! 2015, 571, c. 4.1 "Carl Hirschmann", rejetant la qualité de participant de celui qui met sur son site web un lien général vers le site Internet d'un journal ou d'une station de radio car le lien est "trop peu spécifique".

<sup>348</sup> Hess-Blumer Andri, *Teilnahmehandlungen im Immaterialgüterrecht unter zivilrechtlichen Aspekten*, sic! 2003, 100 s. ; Schoch Nik/Schüepf Michael, *Provider-Haftung « de près ou de loin »?*, in: Jusletter du 13 mai 2012, 27 ss, justifiant l'application des règles de droit des brevets et de design aux atteintes de droit d'auteur au motif que le législateur souhaitait une réglementation aussi uniforme que possible dans tout le droit de la propriété intellectuelle. Ils refusent par ailleurs d'appliquer la légitimation en référence à CC 28 au motif que la propriété intellectuelle porte sur des biens économiques, tandis que CC 28 porte sur des biens de la personnalité dont l'atteinte suppose une pesée des intérêts.

<sup>349</sup> ATF 129 III 588 (machine à broder à navettes), soulignant également que la réglementation de la participation inscrite à l'art. 66, let. d, LBI correspond au niveau du contenu à celle de l'art. 50 CO.

<sup>350</sup> Pour une analyse approfondie du principe de la proportionnalité des mesures de blocage, cf. Benhamou Yaniv, *Blocage de sites web*.

<sup>351</sup> Etant rappelé que techniquement les hébergeurs peuvent généralement retirer des contenus déterminés mis à disposition sur leur portail, tandis que les fournisseurs d'accès internet (FAI) peuvent uniquement bloquer uniquement l'intégralité d'un nom de domaine par le verrouillage des adresses IP ou DNS, cf. Benhamou Yaniv, *Blocage de sites web*, [...].

les internautes devront prendre des mesures techniques et économiques raisonnables pour empêcher la réintroduction d'une violation de droit d'auteur, lorsque le contenu a déjà été rendu accessible de manière illicite par le biais du même service, que le fournisseur a été rendu attentif à la violation et que son service favorise les violations du droit. Cette obligation de *staydown* est donc limitée aux cas des hébergeurs qui transforment les atteintes aux droits d'auteur en modèle commercial, autrement dit aux cas où le risque particulier justifie un devoir étendu de prévention des violations du droit d'auteur (en particulier les plateformes de piratage en Suisse, telles que celles favorisant l'échange de liens magnets permettant le téléchargement et le téléversement d'œuvres en violation du droit d'auteur)<sup>352</sup>. Le but du législateur est en effet que lutter contre les plateformes de piratage en Suisse sans toucher au système actuel (y compris l'autorégulation, telle que le Code de conduite Hébergement de la simsa)<sup>353</sup>.

### 3. Mesures techniques de protection

Dans cette nouvelle ère du numérique, les solutions techniques de protection (« *technological protection measures* ») ont été considérées comme un moyen approprié de protéger les œuvres. Comme telles (soit comme un moyen purement technique de protéger les contenus numériques), les mesures techniques ne nécessitent ni réglementation, ni protection légale. Cependant, dès lors que toutes les mesures techniques sont finalement susceptibles d'être contournées<sup>354</sup>, le besoin de leur conférer une protection légale s'est fait sentir.<sup>355</sup>

Une protection légale contre la neutralisation des mesures techniques a ainsi été adoptée dans le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (World Copyright Treaty, ci-après: WCT) ainsi que dans le traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (World Performances and Phonograms Treaty, ci-après: WPPT), tous deux signés à Genève en décembre 1996.<sup>356</sup>

Il en résulte que les titulaires du droit d'auteur bénéficient de trois niveaux de protection cumulables: le premier est la protection *légale* par le droit d'auteur. Le deuxième niveau est la protection *technique* des œuvres par le moyen de mesures techniques de protection. Le troisième et nouveau niveau est la protection *légale* contre le contournement des mesures techniques de protection introduite par les Traités Internet de l'OMPI.<sup>357</sup>

L'art. 11 WCT (intitulé « obligations relatives aux mesures techniques ») qui institue un seuil de protection juridique minimale contre le contournement des mesures techniques dispose que « [l]es Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi ». <sup>358</sup> L'art. 18 WPPT adopte une formulation similaire en matière de droits des interprètes et des producteurs de phonogrammes.<sup>359</sup>

---

<sup>352</sup> Message P-LDA, 43.

<sup>353</sup> Message P-LDA, 43.

<sup>354</sup> SAMUELSON, The U.S. Digital Agenda at WIPO, 37 Va. J. Int'l L. (1997), 369 ss, 410: « What one technology can do, another can generally undo ».

<sup>355</sup> Voir DE WERRA, Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les Traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les Directives européennes et d'autres législations (Australie, Japon)/The Legal System of Technological Protection Measures under the WIPO Treaties, the Digital Millennium Copyright Act, the European Union Directives and other National Legislations (Australia, Japan), in: Adjuncts and Alternatives to Copyright/Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur: Proceeding of the 2001 Congress/Actes du Congrès 2001 de l'Association Littéraire et Artistique Internationale, New York 2002, 179-279, également publié in: RIDA 2001 (189), 66-213.

<sup>356</sup> Le WCT et le WPPT sont appelés les « Traités Internet de l'OMPI »; ils sont entrés en vigueur le 6 mars 2002 pour le WCT et le 20 mai 2002 pour le WPPT.

<sup>357</sup> Ce niveau de protection a ainsi pour effet d'« électrifier la barrière des mesures techniques de protection », voir DUSSOLIER, Electrifying the Fence: The Legal Protection of Technological Protection Measures for Protecting Copyright, EIPR 1999, 285 ss; et la thèse de cet auteur, Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique - Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres, Bruxelles 2005.

<sup>358</sup> Disponible à : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2006/3325.pdf>.

<sup>359</sup> Vu la similarité entre l'art. 11 WCT et l'art. 18 WPPT, référence sera faite ici au seul art. 11 WCT.

Ces dispositions conventionnelles ont ultérieurement été mises en œuvre par les législateurs nationaux (ou régionaux pour ce qui concerne l'Union européenne), ce qui a été fait de manière rapide par les Etats-Unis dans le Digital Millennium Copyright Act (DMCA) adopté en octobre 1998, et ce de manière extrêmement détaillée<sup>360</sup>, voire "diaboliquement compliquée".<sup>361</sup> Il n'est dès lors pas surprenant que cette réglementation ait suscité de nombreux commentaires et analyses.<sup>362</sup> Même si une présentation détaillée du DMCA (ainsi que des critiques formulées à son encontre) dépasse le cadre de la présente contribution, cette réglementation est importante sur le plan international et du droit comparé, s'agissant de la première réglementation d'envergure mettant en œuvre les Traités Internet de l'OMPI contre laquelle un mouvement d'opposition s'est formé.

De manière générale, on a critiqué le DMCA parce qu'il créerait une société payant par usage ("*pay-per-use society*").<sup>363</sup> Le DMCA a effectivement créé, de manière indirecte<sup>364</sup>, un nouveau "droit d'accès" à l'œuvre en faveur des titulaires des droits. Ainsi, selon le système du DMCA, à moins qu'un utilisateur puisse bénéficier d'une exception spécifique qui lui permettrait de neutraliser la mesure technique contrôlant l'accès à une œuvre numérique<sup>365</sup>, chaque accès à l'œuvre sera soumis aux conditions imposées par les titulaires des droits (généralement le paiement d'une redevance). Si les mesures techniques interdisent également la réalisation de copies de l'œuvre, l'utilisateur sera contraint d'accéder à l'œuvre en ligne s'il souhaite l'utiliser ou en profiter à nouveau. Par comparaison, dans le monde actuel des objets tangibles, si l'utilisateur acquiert un livre dans une librairie, il en est propriétaire et décide librement de sa future utilisation, cette utilisation privée n'étant pas soumise à un paiement additionnel ni à des conditions imposées par les titulaires des droits.

Sur le plan de l'Union européenne, la protection légale contre le contournement des mesures techniques résultant des Traités Internet de l'OMPI a été mise en œuvre par la Directive 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (Directive droit d'auteur et société de l'information, DDASI), adoptée le 9 avril 2001.<sup>366</sup>

L'art. 6 al. 3 DDASI définit ainsi les mesures techniques comme « toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la Directive 96/9/EC. » En suivant la solution de la neutralité technologique adoptée dans le WCT, les mesures techniques sont définies par leur but, qui est d'empêcher des actes qui ne sont pas autorisés par le titulaire du droit d'auteur ou d'un droit voisin au droit d'auteur.

Sur la base de cette définition, une question qui se pose est de déterminer si le titulaire du droit d'auteur a autorisé ou non l'acte pour lequel des mesures techniques de protection ont été mises en œuvre. Si le titulaire du droit d'auteur n'a pas autorisé cet acte, toute mesure technique protégeant l'exercice non autorisé de cet acte entrera dans le champ d'application de cette disposition, même si cet acte se trouve en dehors de la sphère de protection du droit d'auteur. En prenant l'exemple d'un titulaire de droits (par exemple une société de presse en ligne) qui interdit spécifiquement par contrat (dans un contrat en ligne [« *click on agreement* »]<sup>367</sup>) la citation du contenu protégé dans le cadre de comptes rendus d'actualité, une mesure technique protégeant ce contenu serait valable (la contourner serait illicite) au sens de l'art. 6 al. 3 DDASI,

<sup>360</sup> 17 U.S.C. § 1201.

<sup>361</sup> Voir par exemple NIMMER, A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act, 148 U. Penn. L. R. (2000), 673 ss, 675; même si la réglementation est concentrée dans une section de la loi (§ 1201), elle consacre deux types de mesures techniques différentes [accès et utilisation]; fonde deux procédures réglementaires [dont l'une est supposée être renouvelée tous les trois ans] et sept exceptions spécifiques à l'interdiction de neutralisation.

<sup>362</sup> Voir p.ex. NIMMER (cité à la note précédente) et SAMUELSON, Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised, 14 Berkeley Tech. L. J. (1999), 519 ss, 563, constatant que les dispositions anti-neutralisation du DMCA sont « imprévisibles, trop larges, inconsistantes et complexes ».

<sup>363</sup> NIMMER, 710.

<sup>364</sup> En rendant en principe illicite la neutralisation des mesures techniques protégeant l'accès au § 1201(a)(1).

<sup>365</sup> Notamment dans le but de tester la sécurité du système informatique, voir § 1201 (j).

<sup>366</sup> Voir l'étude réalisée par le Centre de recherche en droit de l'information (Institute for Information Law, IViR) de l'Université d'Amsterdam à la demande de la Commission européenne, Study on the implementation and effect in member states' laws of directive 2001/29/ec on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (février 2007), accessible à : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/infosoc-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study_en.pdf).

<sup>367</sup> En présupposant que ce contrat est valable.

parce que l'acte en cause (la citation du contenu) *n'a pas été autorisée* par le titulaire du droit, même si la citation en matière de comptes-rendus d'actualité d'œuvres protégées ne peut pas être interdite par le droit d'auteur.<sup>368</sup> Cet exemple démontre que cette définition extensive des mesures techniques va au-delà des exigences posées par le WCT en penchant en faveur des titulaires des droits.<sup>369</sup>

L'art. 6 al. 4 DDASI contient pour sa part une solution originale au problème essentiel de l'interaction entre l'interdiction du contournement des mesures techniques de protection et le respect des exceptions au droit d'auteur. Cette disposition a pour but d'assurer que les intérêts des utilisateurs soient pris en compte lors de l'introduction d'une nouvelle protection contre le contournement des mesures techniques introduites en faveur des titulaires des droits. Elle invite les parties intéressées (soit les titulaires des droits, les utilisateurs et les autres parties concernées [en particulier les producteurs de biens électroniques de consommation]) à prendre des « mesures volontaires » afin de permettre aux utilisateurs de bénéficier des exceptions au droit d'auteur garanties par les législations nationales. Cet article délègue ainsi la tâche de définir la portée du droit d'auteur (et de ses exceptions) à des entités privées. Cela peut constituer une solution acceptable pour autant que le pouvoir de négociation des parties soit similaire.

A défaut<sup>370</sup>, l'équilibre du droit d'auteur en souffrirait. Si aucun accord n'est conclu entre les parties intéressées, les Etats membres sont invités à prendre les « mesures appropriées » afin d'assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations au droit d'auteur « puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question » (art. 6 al. 4 par. 1 DDASI).

Cependant, en dépit de son apparence équilibrée, tout le système de l'art. 6 est mis en danger par l'art. 6 al. 4 par. 4 qui dispose que les mesures volontaires définissant l'étendue des exceptions à la protection du droit d'auteur, ou, à défaut, les mesures prises par les Etats membres définissant ces exceptions « ne s'appliquent pas aux œuvres ou autres objets protégés qui sont mis à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. » Il en résulte que, vu que ce mode d'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur est actuellement le mode le plus répandu (si ce n'est le seul) dans le commerce en ligne, l'application effective des exceptions au droit d'auteur est mise en danger par la DDASI.

Pour ce qui concerne la Suisse, la LDA comporte une protection légale contre le contournement des mesures techniques de protection à l'art. 39a LDA qui reprend les principes essentiels figurant à l'art. 6 DDASI.<sup>371</sup> Toutefois, l'art. 39a al. 4 LDA prévoit que « [l']interdiction de contourner ne peut pas frapper celui qui contourne une mesure technique efficace exclusivement dans le but de procéder à une utilisation licite », l'objectif étant de ne pas entraver l'exercice d'une exception au droit d'auteur. Cette disposition a pour effet de faire échapper à toutes sanctions civiles et pénales celui qui contourne une mesure technique efficace dans le but de bénéficier d'une exception du droit d'auteur. Toutefois, son utilité concrète reste douteuse compte tenu du fait que la personne qui souhaite bénéficier de cette exception et veut ainsi contourner des mesures de protection devrait pouvoir le faire par ses propres moyens. En effet, aucun tiers ne pourra l'aider à contourner la protection technique, dès lors que la fourniture de dispositifs ou de services visant essentiellement à permettre le contournement de mesures techniques de protection est réprimée (art. 39a al. 3 LDA)<sup>372</sup>.

<sup>368</sup> La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à Paris le 24 juillet 1971 (RS 0.231.15) prévoit des exceptions tant pour la citation que pour les comptes rendus d'actualité (art. 10 al. 1 et art. 10bis al. 1), cf. art. 28 LDA.

<sup>369</sup> Il n'y a plus de convergence entre l'étendue du droit d'auteur et celle des dispositions anti-neutralisation.

<sup>370</sup> Tel serait le cas si les titulaires des droits peuvent imposer des conditions contractuelles qui ne respectent pas les exceptions accordées aux utilisateurs par les législations nationales sur le droit d'auteur. Pour éviter de tels résultats, les clauses des accords (« les mesures volontaires ») pourraient être contrôlées par une autorité officielle (au niveau de l'Union européenne ou au niveau national) avant d'être effectives, p.ex. par le « comité de contact » devant être créé selon l'art.12 DDASI.

<sup>371</sup> Voir le projet d'Arrêté fédéral relatif à l'approbation de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et à la modification de la loi sur le droit d'auteur, FF 2006 3319 (accessible à: <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/3319.pdf>).

<sup>372</sup> Ainsi les fournisseurs de services de *stream ripping* (consistant à permettre aux internautes de confectionner des copie sur leur disque dur d'une œuvre diffusée en streaming, p.ex. sur Youtube) est interdite en droit suisse en raison de l'art. 39a al. 3 LDA. Pour des affaires en France, voir notamment Blogmusik, Scaem et al. v. Jérôme G, TGI Nîmes, 28 juin 2013.

Dans cette mesure, on doit constater que le nouveau régime légal de protection contre le contournement des mesures techniques de protection crée directement ou indirectement un « droit d'accès » qui est un nouveau concept en droit d'auteur, qui n'est pas consacré ni par la Convention de Berne ni par le WCT.<sup>373</sup>

On a ainsi craint que le système du DMCA et des autres réglementations mettant en œuvre les obligations des Traités Internet de l'OMPI menacent l'équilibre entre les intérêts des titulaires des droits et ceux des utilisateurs des œuvres d'une manière préjudiciable à ces derniers.<sup>374</sup> Ainsi, la question a été posée: « Le *fair use* va-t-il survivre? ». <sup>375</sup> Plus généralement, on redoute l'apparition d'un phénomène de privatisation de l'accès à la culture<sup>376</sup>, et la création d'une société de l'information dans laquelle tout accès à un contenu protégé serait payant. Ces appréhensions ont conduit à une prise de conscience de la nécessité de protéger le domaine public, qui s'est notamment concrétisée par la création de différents centres de recherche (parfois dans un cadre académique)<sup>377</sup> dans ces domaines.<sup>378</sup>

Toutefois, on doit relever qu'il n'est pas exclu que les risques redoutés qui résultent de l'application des dispositions légales relatives à l'interdiction du contournement des mesures techniques de protection deviennent plus théoriques que pratiques. En effet, comme l'avait prédit un spécialiste, et comme cela semble se vérifier en pratique<sup>379</sup>, « si les fournisseurs de contenu viennent à penser qu'un bon modèle économique constitue le meilleur moyen de protéger la propriété intellectuelle contre les appropriations qui détruisent leur marché, peut-être qu'à l'avenir le débat à propos de la réglementation anti-neutralisation du DMCA sera perçu comme une tempête dans un verre d'eau ».<sup>380</sup>

## § 2 L'art et le droit des marques

### I. Introduction

La relation entre l'art et le droit des marques peut s'examiner sous deux angles opposés, selon que le droit des marques intervient pour réprimer ou au contraire pour protéger la création artistique.

Pour ce qui concerne le premier aspect, on peut relever que des titulaires de marques ont fait valoir des violations du droit sur leur marque afin de (tenter de) faire interdire ou cesser l'utilisation de leurs marques dans un contexte artistique. Dans cette perspective, on sait que certains mouvements artistiques ont utilisé et utilisent largement des produits industriels et marques commerciales à des fins artistiques, ce qui est susceptible de provoquer des conflits avec les titulaires des marques concernées.<sup>381</sup> De telles utilisations ont parfois suscité des réactions (judiciaires) des titulaires de marques. Ainsi, la société titulaire de la marque « Barbie » a tenté de s'opposer à l'utilisation de ce terme comme titre d'œuvres photographiques mettant en scène les poupées homonymes qui étaient placées dans des situations étranges. Toutefois, les tribunaux américains n'ont pas jugé que de telles utilisations violaient le droit à la marque, un tel usage ne risquant pas de créer un risque de confusion au sein du public et pouvant au demeurant être justifié par le principe constitutionnel de la liberté d'expression, ce pour autant que la marque concernée ait « transcendé sa

<sup>373</sup> DUSSOLIER, 291: « This [the right to control access to the work] *de facto* right goes beyond the criteria of *exercise of their rights* which justified the protection of TM enacted by the WIPO Treaties »; KOELMAN/HELBERGER, 10 et 23.

<sup>374</sup> Voir l'article de NIMMER (précité), *passim*.

<sup>375</sup> Voir COHEN, WIPO Copyright Treaty Implementation in the United States, Will Fair Use Survive?, EIPR 1999, 236 ss.

<sup>376</sup> Contre lequel luttent certains académiciens, parmi lesquels on doit citer le professeur de droit américain Larry Lessig (actuellement à Stanford Law School) de par ses différentes publications sur ce (vaste) sujet, notamment son ouvrage *Free Culture, How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York 2004 (accessible gratuitement en ligne à : <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>).

<sup>377</sup> Voir par exemple le Center for the Study of the Public Domain (rattaché à la Duke Law School), <http://www.law.duke.edu/cspd/>.

<sup>378</sup> Voir par exemple l'Electronic Frontier Foundation, [www.eff.org](http://www.eff.org).

<sup>379</sup> Voir la déclaration de Steve Jobs intitulée « Thoughts on Music » du 6 février 2007 (accessible à : <https://web.archive.org/web/20080107121341/http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/>) et l'article de Jeff Lees, *EMI May Sell Recordings Online With No Anti-Copying Software*, New York Times, 9 juillet 2007.

<sup>380</sup> SAMUELSON, *Intellectual Property and the digital economy: why the anti-circumvention regulations need to be revised*, 565; voir aussi SCHLACHTER, *The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why Copyright Law Could Be Unimportant on the Internet*, 12 Berkeley Tech. L. J. (1997), 15.

<sup>381</sup> Qu'il suffise de penser ici aux célèbres œuvres représentant des boîtes de conserve de « Campbell's Soup » d'Andy Warhol.

fonction d'identification » des produits ou services d'une entreprise et soit entrée dans le vocabulaire commun, ce qui était le cas de la marque « Barbie ».<sup>382</sup>

Dans un sens opposé, le droit des marques peut également être invoqué pour protéger des créations artistiques. Selon l'art. 1 al. 1 LPM, la marque est « un signe propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises ». On peut ainsi envisager qu'un artiste dépose comme marque ses œuvres des beaux-arts comme telles (particulièrement comme marques figuratives ou comme marques tridimensionnelles).<sup>383</sup> Toutefois, une œuvre (d'art) ne peut pas constituer simultanément sa propre marque, car la marque doit conceptuellement se distinguer du produit qu'elle est supposée différencier des produits d'autres entreprises.<sup>384</sup> Ainsi, une sculpture ne peut pas constituer la marque (potentiellement tridimensionnelle) qui servirait à identifier cette même sculpture, mais pourra être utilisée pour distinguer d'autres produits ou services.<sup>385</sup> Dans la mesure où la description des produits et services qui est faite dans la demande d'enregistrement de marques respectera cette contrainte (ce qui ne semble pas problématique), les autorités d'enregistrement (soit en Suisse, l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle) enregistreront une telle marque. Pour ce qui concerne plus spécifiquement le dépôt de marques tridimensionnelles, le motif d'exclusion de l'art. 2 let. b LPM qui exclut de la protection les formes tridimensionnelles qui « constituent la nature même du produit » (et les formes techniquement nécessaires) ne permettra pas d'interdire l'enregistrement de formes purement esthétiques. En effet, « [l]es formes de produits ne présentant que des différences minimales par rapport aux éléments purement génériques sont exclues de l'enregistrement. Par contre, si une forme de produit comporte des éléments décoratifs allant au-delà des éléments inhérents à la forme, elle ne constitue en principe plus la nature même du produit ».<sup>386</sup>

Le droit des marques pourra également être utilisé pour protéger d'autres éléments caractéristiques de la création d'un artiste, par exemple la couleur utilisée par un peintre (p.ex. le célèbre bleu utilisé par Yves Klein)<sup>387</sup>, ce qui soulève également la question de la validité de telles marques au regard des principes généraux du droit des marques, tout particulièrement du caractère distinctif de celles-ci et « du besoin absolu de disponibilité ».<sup>388</sup> Ainsi des signes peuvent être d'abord refusés à l'enregistrement pour défaut de caractère distinctif. Par exemple, en droit européen, la jurisprudence a admis que des *concept stores* puissent être enregistrés comme marque (leur mobilier design), en particulier si le design permet d'indiquer l'origine commerciale des produits. Dans deux décisions, elle a toutefois refusé l'enregistrement de *concept store* de deux entreprises (Kiko respectivement Apple pour un design mobilier 3D) au motif qu'ils ne se différenciaient pas suffisamment des autres designs existants dans le même secteur<sup>389</sup>.

Dans la perspective de la protection contre une monopolisation de certains signes par le droit des marques dans le domaine artistique, une question particulière qui s'est posée est celle de la protection par le droit des marques d'œuvres tombées dans le domaine public (selon le droit d'auteur).<sup>390</sup> Sur le plan du principe, il

<sup>382</sup> *Mattel v. Walking Mountain Productions*, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003), 807: "As we recently recognized in *MCA*, however, « when marks 'transcend their identifying purpose' and 'enter public discourse and become an integral part of our vocabulary,' they 'assume[ ] a role outside the bounds of trademark law.' Where a mark assumes such cultural significance, First Amendment protections come into play. In these situations, 'the trademark owner does not have the right to control public discourse whenever the public imbues his mark with a meaning beyond its source-identifying function. »; l'affaire *MCA* à laquelle il est fait référence dans cet arrêt est l'affaire *Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894, 898 (9th Cir. 2002), cert. denied, 123 S. Ct. 993 (2003) (concernant une utilisation du terme « Barbie » dans une chanson parodique intitulée « Barbie Girl »).

<sup>383</sup> La question de l'enregistrement du nom et de la signature de l'artiste sera examinée ci-dessous sous § 2 II.

<sup>384</sup> CHERPILLOD, Geltungsbereich, 12.

<sup>385</sup> CHERPILLOD, Geltungsbereich, 12.

<sup>386</sup> Directives en matière de marques de l'Institut fédéral de la Propriété Intellectuelle (1.1.2017), ch. 4.10.2.3.1, 84 (accessibles à [https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/schuetzen/marken/f/directives\\_marques/Directives\\_Marques\\_01012017.pdf](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/marken/f/directives_marques/Directives_Marques_01012017.pdf)); par comparaison, le droit allemand prévoit, à la différence du droit suisse, un motif d'exclusion pour les formes de produits qui donnent à ceux-ci une valeur importante (cf. § 3 al. 2 ch. 3 de la loi allemande sur le droit des marques: „Dem Schutz als Marke nicht zugänglich sind Zeichen, die ausschließlich aus einer Form bestehen, [...] 3. die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht », ce qui semble exclure la protection des formes esthétiques par le droit des marques; dans ce sens, SCHACK, *Kunst*, n° 212, 111 s.

<sup>387</sup> Yves Klein ayant créé le « International Klein Blue » (IKB) et l'ayant utilisé pour ses célèbres monochromes d'un bleu « ultramarin ».

<sup>388</sup> Pour les marques de couleur, voir les Directives en matière de marques précitées note 312, ch. 4.9., 81 s.

<sup>389</sup> *Kiko vs EUIPO*, 29 mars 2016, C-R 1135/2015-1 ("none of the shapes, line and colour characteristics highlighted, either individually or in combination with each other, departs significantly from the norm or customs of the cosmetics retail sector"); CJUE, 10 juillet 2014, *Apple Inc. vs Deutsches Patent- und Markenamt*, C-421/13.

<sup>390</sup> Cette question a été passablement discutée en Allemagne suite à une affaire concernant le dépôt comme marque tableau de « Mona Lisa » décidée par le Bundespatentgericht, GRUR 1998, 1021, voir KOUKER, *Markenrechtlicher Schutz gemeinfreier Werke*, in *Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004*, München/Berne 2004, 381 ss; LIEBAU, *Gemeinfreiheit und Markenrecht : Möglichkeit einer Remonopolisierung von urheberrechtliche gemeinfreien Werke*, thèse Berlin 2000; OSENBERG, *Markenschutz für*

n'y a pas d'obstacle à ce qu'un même bien immatériel soit potentiellement protégé par différents droits de propriété intellectuelle, en raison de l'indépendance respective des droits de propriété intellectuelle.<sup>391</sup> Dans la mesure où la protection du droit des marques a une autre fonction et une autre portée que la protection du droit d'auteur, la protection par le droit des marques pour des œuvres tombées dans le domaine public ne doit donc pas être exclue par principe, pour autant bien entendu que les conditions de protection du droit des marques soient remplies. A ce propos, dans un arrêt concernant la marque figurative représentant « Mona Lisa », le *Bundespatentgericht* allemand a tranché que la célébrité du tableau et son utilisation intensive avaient pour effet que ce signe ne jouissait d'aucune force distinctive et ne pouvait dès lors pas remplir sa fonction de marque (comme moyen de distinction des produits ou services d'une entreprise par rapport à ceux d'autres entreprises).<sup>392</sup> En droit suisse, c'est le motif d'exclusion de l'art. 2 let. a LPM concernant les signes appartenant au domaine public qui serait applicable dans une telle hypothèse, qui laisse ouverte la possibilité de démontrer que le signe se serait imposé dans le commerce, ce qui sera très délicat à démontrer pour des œuvres d'art célèbres tombées dans le domaine public qui seraient - généralement - largement utilisées par différentes sociétés.

La protection du droit des marques aux profits des artistes pourra aussi reposer sur l'enregistrement comme marque du nom et/ou de la signature. Le nom d'un artiste peut en effet être considéré comme une marque identifiant ses œuvres<sup>393</sup>, ceci étant susceptible de jouer un rôle dans le contexte de l'authentification des œuvres de cet artiste.<sup>394</sup> Il convient ainsi d'examiner plus spécifiquement cette question en s'arrêtant tout d'abord à la fonction respective d'identification de la signature artistique et de la marque (II), avant de se pencher sur la question de l'utilisation du droit des marques pour authentifier des œuvres d'art (III), de sa portée (IV) et de ses limites (V).

## II. La fonction d'identification de la signature artistique et de la marque

Dans le domaine des beaux-arts, la signature d'une œuvre par son auteur est supposée indiquer que l'œuvre a bien été exécutée par l'artiste concerné et que cette œuvre est considérée comme achevée.<sup>395</sup> La signature constitue ainsi un indice de l'authenticité de l'œuvre. Il ne s'agit toutefois pas d'une preuve absolue de l'authenticité, compte tenu de la relative facilité d'imitation de la signature d'un artiste et des abus potentiels qui peuvent être commis.<sup>396</sup>

Dans cette perspective, la signature a une fonction d'authentification des œuvres. Or cette fonction est très proche de la fonction distinctive de la marque. Ainsi, « la marque est un signe propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises ».<sup>397</sup> La marque a ainsi pour but d'identifier l'origine de produits ou de services provenant d'une entité particulière par rapport à ceux offerts par d'autres entités. Similairement, la signature d'un artiste a pour fonction de distinguer ses œuvres de celles d'autrui. Par conséquent, signature et marque sont très proches<sup>398</sup>, ce qui se vérifie conceptuellement dans certains courants artistiques récents dans lesquels la qualification comme œuvre d'art découle essentiellement du

---

urheberrechtlich gemeinfreie Werkteile, GRUR 1996, 101 ss; SCHACK, Kunst als Marke – Marke als Kunst, in: Festschrift für Manfred Rehbinder, Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Jürgen Becker et al. (éds), Munich Berne 2002, 345 ss.

<sup>391</sup> SCHACK, Kunst, n° 210, 110.

<sup>392</sup> GRUR 1998, 1022.

<sup>393</sup> On notera à cet égard que la présomption de la qualité d'auteur (art. 8 LDA) s'applique à la « personne désignée comme auteur par son nom, un pseudonyme ou un signe distinctif sur les exemplaires de l'œuvre » (art. 8 al. 1 LDA); sur cette approche, voir GINSBURG, Essay - The Author's Name as a Trademark : A Perverse Perspective on the Moral Right of 'Paternity'? (10 mai 2005), Columbia Law School Pub. Law Research Paper No. 05-91, Site du Social Science Research Network [en ligne], <<http://ssrn.com/abstract=724343>>; pour une approche d'histoire de l'art de l'utilisation du droit des marques dans le domaine artistique, voir WON YIN WONG W., Appropriating the Real : The Trademark in Art (MIT working paper) 2002.

<sup>394</sup> Sur la question du rôle de la propriété intellectuelle dans l'authentification des œuvres, voir DE WERRA, L'authentification des œuvres d'art et le droit de la propriété intellectuelle, in: L'expertise et l'authentification des œuvres d'art. Etudes en droit de l'art (vol. 19), Zurich 2007, 103 ss.

<sup>395</sup> Lequette-de Kervenoaël, 186.

<sup>396</sup> L'exemple de Salvador Dali, qui a apposé sa signature sur de nombreuses feuilles blanches, est bien connu, cf. LEQUETTE-DE KERVENOAEL, 188, et les autres exemples qui y sont cités.

<sup>397</sup> Art. 1 al. 1 de la loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance du 1992 (LPM), RS 232.11.

<sup>398</sup> Dans ce sens également GINSBURG, 2, considérant que « the author's name is in fact a term that 'identifies and distinguishes' goods or services, that allows consumers to choose among works of authorship on the basis of the author's reputation ».

processus d'apposition d'une signature.<sup>399</sup> Cette proximité entre signature et marque est d'ailleurs reconnue tant du point de vue juridique<sup>400</sup> que dans la pratique du monde de l'art.<sup>401</sup> Plus généralement, le droit reconnaît une certaine fonction de marque (soit d'identification de produits) au nom d'artistes.<sup>402</sup>

Au-delà de cette proximité d'objectif entre marque et signature (ou nom) d'un artiste, il convient désormais d'examiner si un artiste peut se fonder sur le droit des marques pour protéger son nom et sa signature afin de renforcer la fonction d'identification de sa production artistique et de lutter contre les faux artistiques en complément aux moyens (incomplets)<sup>403</sup> découlant du droit d'auteur.

### III. L'utilisation du droit des marques en matière artistique

Force est tout d'abord de constater sur le plan pratique que des marques ont déjà été déposées pour protéger le nom et/ou la signature de certains artistes renommés<sup>404</sup> et que la violation du droit à la marque a déjà été invoquée pour lutter contre une utilisation abusive faite par des tiers de marques correspondant aux noms d'artistes célèbres, notamment en tant que noms de domaine.<sup>405</sup>

Une question préalable à résoudre à propos de l'utilisation potentielle du droit des marques par un artiste ou par ses ayants-droits pour authentifier ses œuvres concerne la fonction même de la marque. En effet, à teneur de l'art. 1 al. 1 LPM, « la marque est un signe propre à distinguer les produits ou les services *d'une entreprise par rapport à ceux d'autres entreprises* ». Ainsi, la fonction d'identification de la marque doit porter sur les produits ou services d'une « entreprise ». Or, dans le contexte artistique, cette fonction d'identification portera sur les œuvres d'un artiste individuel (ou d'un collectif artistique) et pas sur ceux d'une entreprise comme telle, l'entreprise pouvant être définie comme une « organisation autonome de production de biens ou de services marchands ».<sup>406</sup> Toutefois, cette référence à l'identification des produits ou services d'une entreprise figurant à l'art. 1 al. 1 LPM n'empêchera pas qu'une ou plusieurs personne(s) active(s) dans le domaine artistique (p.ex. un artiste, les héritiers de ce dernier ou encore une institution ayant été constituée dans le but de préserver le patrimoine artistique de ce dernier) déposent une marque en son (leur) nom. En effet, la loi dispose expressément que « chacun peut faire enregistrer une marque ».<sup>407</sup> Dans ces circonstances, on ne saurait considérer qu'une marque ne puisse pas être déposée au motif que le déposant/titulaire ne serait pas une « entreprise ».<sup>408</sup>

Dans le cadre du dépôt de telles marques, les déposants devront naturellement veiller à ce que les produits et/ou les services dont la protection est requise (p.ex. des « tableaux [peintures] encadrés ou non » en classe

<sup>399</sup> EDELMAN, « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly », Recueil Dalloz, 2000, 98-102, 100; pour une discussion plus générale, voir TREPOZ, 61 ss.

<sup>400</sup> On peut citer à cet égard la définition du faux dans les titres figurant à l'art. 251 ch. 1 du Code pénal suisse (RS 311), « 1. Celui qui, dans le dessein de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui, ou de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, aura créé un titre faux, falsifié un titre, abusé de la signature ou de la marque à la main réelles d'autrui pour fabriquer un titre supposé, ou constaté ou fait constater faussement, dans un titre, un fait ayant une portée juridique, ou aura, pour tromper autrui, fait usage d'un tel titre, sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement. »

<sup>401</sup> Cf. art. 2 let. a du Code d'Ethique, Site du Syndicat suisse des Antiquaires et Commerçants d'art [en ligne], < <http://www.vsak.ch/Ethikcode.pdf> > « *Im Kunsthandel wird ein Gegenstand als echt betrachtet, wenn er als aus der Zeit seines Stiles stammend bezeichnet, oder durch die Meistermarke (Stempel, Marke, Meisterzeichen, Signatur) seines Urhebers näher bestimmt wird* ».

<sup>402</sup> Voir LASTOWKA, « The Trademark Function of Authorship », 85 Boston University Law Review (2005), 1171-1241, Site de la Boston University Law Review [en ligne], < <https://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume87n1/documents/LASTOWKAV.2.pdf> >.

<sup>403</sup> Comme exposé (cf. ci-dessus § 1 III n° 3 let. b), le droit d'auteur ne sera d'aucun secours dans le cas où l'œuvre dont l'authenticité est disputée ne viole pas le droit d'auteur de l'artiste, soit par exemple lorsque cette œuvre n'imité que le style de ce dernier.

<sup>404</sup> On peut ainsi citer la marque internationale IR 755'712, propriété de l'indivision Picasso, qui porte sur une marque combinée (verbale et figurative) reproduisant la signature manuscrite de l'artiste et a été enregistrée pour de nombreux produits et services, notamment pour du "matériel pour artistes" en classe 16; on peut également citer la marque internationale « CHAGALL » IR 758'063 dont la titulaire est l'Association pour la Défense et la Promotion de l'Œuvre de Marc Chagall dite COMITE MARC CHAGALL, et qui est enregistrée pour de nombreux produits et services, notamment pour du « matériel pour artistes » en classe 16.

<sup>405</sup> Voir p.ex. la décision d'expert concernant le nom de domaine « [www.picasso.biz](http://www.picasso.biz) », Picasso Estate v. Yours, WIPO Case No. DBIZ2002-00032, Site du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI [en ligne], < <https://www.wipo.int/amc/fr/center/index.html> >.

<sup>406</sup> Dictionnaire Petit Robert.

<sup>407</sup> Art. 28 al. 1 LPM.

<sup>408</sup> Voir dans ce sens CHERPILLOD, Geltungsbereich, 12, considérant que les œuvres d'un artiste peuvent être traitées comme les « produits » d'une « entreprise » au sens de l'art. 1 al. 1 LPM.

16 et des services d'« authentification d'œuvres d'art » en classe 42<sup>409</sup>) soient soigneusement déterminés et revendiqués.

Le dépôt de marques correspondant au nom de personnes physiques (soit des artistes concernés) pose en outre la question de la validité de telles marques au regard des motifs généraux d'exclusion de la protection du droit des marques.<sup>410</sup> Ainsi, en droit des marques suisse, il convient d'examiner si une marque correspondant au nom d'une personne physique est susceptible de se heurter aux motifs absolus d'exclusion de la protection de l'art. 2 LPM. Dans ce cadre, il faut relever que l'enregistrement d'une marque correspondant au nom d'une personne physique sans l'autorisation de cette dernière sera susceptible d'être contesté, toute personne jouissant d'un droit exclusif à l'utilisation de son nom, y compris pour désigner des produits et services.<sup>411</sup> Dans la mesure où le dépôt de la marque est fait avec le consentement de l'artiste concerné ou des ayants-droits de celui-ci, le dépôt de la marque ne pose pas de difficultés juridiques particulières, un tel consentement excluant alors toute violation du droit au nom (28 al. 2 CC). En effet, il est acquis que des dépôts de marques correspondant au nom de tiers puissent être valablement effectués.<sup>412</sup>

La protection de marques correspondant au nom de personnes physiques pourra toutefois devenir délicate dans l'hypothèse où la marque deviendrait la propriété d'une personne (physique ou morale) qui n'aurait plus aucun lien avec le porteur du nom concerné. Dans un tel cas en effet se pose la question du caractère trompeur de la marque.<sup>413</sup> C'est en substance cet argument qui avait été invoqué par l'ancien mannequin vedette de la maison Chanel Inès de la Fressange dans le contexte d'un litige l'opposant à la société portant son nom (Inès de la Fressange SA) à qui elle avait cédé ses marques et dans laquelle elle avait travaillé avant d'être licenciée, la société étant restée titulaire des marques correspondant à son nom. Dans le cadre de ce litige, Inès de la Fressange avait ainsi fait valoir la déchéance des marques concernées sur le fondement de l'article L.714-6 b du Code (français) de la propriété intellectuelle<sup>414</sup> et avait obtenu gain de cause devant la Cour d'appel de Paris. En effet, par arrêt du 15 décembre 2004<sup>415</sup>, la Cour d'Appel a constaté que « la marque constituée d'un nom patronymique, d'un prénom ou de la combinaison des deux ayant acquis une notoriété telle qu'ils deviennent un signe évocateur et indicateur pour le consommateur, ce dernier lie d'évidence dans son esprit le produit marqué à la personne dont l'identité est déclinée à titre de marque », et que la société tentait « de maintenir artificiellement dans l'esprit des consommateurs un lien entre l'image attachée à la personnalité de Inès de la Fressange et les produits vendus sous les signes contestés », jugeant ainsi qu'il convenait de prononcer la déchéance de la marque qui, en raison d'une modification dans les conditions d'exploitation de celle-ci du fait de son propriétaire, était devenue trompeuse.

Cet arrêt a toutefois été cassé par la Cour de cassation par un arrêt du 31 janvier 2006<sup>416</sup>, au motif qu'en jugeant recevable l'action en nullité de marque formée par Inès de la Fressange, la Cour d'appel a violé l'art. 1628 du Code civil français qui définit la garantie contractuelle du vendeur (Inès de la Fressange ayant cédé

<sup>409</sup> Ces descriptifs étant repris de la 11<sup>ème</sup> édition de la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement international des marques établie en vertu de l'Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques (RS 0.232.112.9).

<sup>410</sup> Etant noté que l'enregistrement de telles marques est expressément autorisé par l'art. 15 al. 1 ADPIC, ainsi que par le droit des marques européen en vertu de l'article 4 du règlement 2017/1001 du 14 juin 2017 qui énonce que peuvent constituer des marques tous les signes « y compris les noms de personnes ».

<sup>411</sup> ATF 116 II 614, 617, JdT 1991 I 605.

<sup>412</sup> Voir les directives en matière de marques (précité note [...]), ch. 4.4.2.7.6: « En principe, un signe constitué d'un nom de personne est accepté à titre de marque, quels que soient les produits et les services désignés et quelle que soit l'identité du déposant. Ce principe est également valable pour les noms de personnes célèbres, réelles ou fictives »; les directives (ibid.) font toutefois une exception pour « les signes constitués du nom d'une personne ayant exercé une influence hors du commun dans un domaine d'activité (p.ex. une personne ayant créé une œuvre de très grande renommée) et qui sont utilisés couramment pour décrire le thème de certains produits et/ou services. Exemples : - Mozart pour des enregistrements sonores (cl. 9) », on notera que cette distinction qui se fonde sur un critère quelque peu subjectif (notamment « influence hors du commun ») pourra être délicate à effectuer dans un cas particulier.

<sup>413</sup> L'art. 2 let. c LPM exclut de la protection les « signes propres à induire en erreur »; pour une analyse plus large en droit américain concernant la question de la convergence ou du conflit entre le droit des marques et le droit d'auteur tout particulièrement sous l'angle du caractère potentiellement trompeur "d'accords de nègre" [*ghostwriter agreements*] par lesquels un auteur accepte que son œuvre soit publiée sous le nom d'un tiers, voir les articles de GINSBURG et de LASTOWKA.

<sup>414</sup> Cette disposition prévoit : « encourt la déchéance de ses droits le propriétaire d'une marque devenue de son fait : (...) b) propre à induire en erreur, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service ».

<sup>415</sup> Dalloz 2005 Jurisprudence, 772.

<sup>416</sup> Cour de Cass., chambre commerciale, pourvoi n° 05-10116, Bulletin 2006 IV N° 27, 29.

les marques à la société défenderesse).<sup>417</sup> Ainsi, « le cédant de droits portant sur des marques qui déclinent son nom de famille est tenu dans les termes de l'article 1628 du code civil, et n'est pas recevable en une action en déchéance de ces droits pour déceptivité acquise de ces marques, qui tend à l'éviction de l'acquéreur ».<sup>418</sup>

Cette décision française peut être mise en lien avec la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes dans laquelle la Cour a constaté dans un litige comparable qu'une « marque correspondant au nom du créateur et premier fabricant des produits portant cette marque ne peut, en raison de cette seule particularité, être refusée à l'enregistrement au motif qu'elle induirait le public en erreur, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous g), de la directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, notamment quand la clientèle attachée à ladite marque, précédemment enregistrée sous une forme graphique différente, a été cédée avec l'entreprise fabriquant les produits qui en sont revêtus ».<sup>419</sup>

Cette position claire adoptée par ces juridictions étrangères pourrait permettre de considérer que l'enregistrement en Suisse de marques correspondant au nom et/ou à la signature d'un artiste par des personnes tierces (p.ex. les héritiers d'un artiste ou une fondation destinée à la protection du patrimoine artistique de l'artiste) ne devrait pas être propre à induire en erreur au sens de l'art. 2 let. c LPM. Dans ces conditions, de telles marques pourraient être valablement enregistrées et permettraient à leur titulaire de se protéger contre l'utilisation abusive du nom et/ou de la signature de l'artiste, le public étant conscient du fait que l'utilisation de ces marques par leur titulaire ne supposera pas la participation de l'artiste à une telle utilisation (particulièrement lorsque l'artiste sera déjà décédé!) de sorte à exclure tout risque d'erreur. La validité de telles marques ne préjuge toutefois en rien la question (délicate) de leur usage valable au sens de l'art. 11 LPM.

En admettant ainsi le caractère protégeable de telles marques (et tout spécialement des marques patronymiques), se pose ensuite la question de la portée de leur protection (ci-dessous IV) et des limites de celle-ci (ci-dessous V).<sup>420</sup>

#### IV. La portée de la protection du droit des marques

En vertu de la loi, le titulaire d'une marque enregistrée jouit « du droit exclusif de faire usage de la marque pour distinguer les produits ou les services enregistrés et d'en disposer ».<sup>421</sup> Il bénéficie également du droit d'interdire à des tiers l'utilisation d'un signe identique ou similaire en relation avec des produits et/ou services identiques ou similaires à ceux dont la protection a été revendiquée.<sup>422</sup> A ce titre, le titulaire de la marque pourra en particulier interdire à des tiers « d'apposer le signe concerné sur des produits ».<sup>423</sup>

Dans ces circonstances, le titulaire d'une marque correspondant au nom et/ou à la signature d'un artiste qui aurait déposé cette marque pour des produits artistiques (p.ex. des tableaux en classe 16) pourra interdire à tout tiers l'utilisation de la marque en relation avec des produits identiques ou similaires (soit en particulier des tableaux, ou d'autres types de supports, tels que posters, affiches, cartes postales) selon le principe de spécialité. La protection du droit des marques ne pourra toutefois être invoquée qu'en cas d'utilisation de la

<sup>417</sup> Cet article dispose : « Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle ».

<sup>418</sup> Arrêt accessible en ligne à : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX2006X01X04X00027X000>.

<sup>419</sup> Arrêt du 30 mars 2006, affaire C-259/04, Elizabeth Florence Emanuel c. Continental Shelf 128 Ltd. De même, la cour a tranché par analogie concernant la question de la déchéance de la marque que « le titulaire d'une marque correspondant au nom du créateur et premier fabricant des produits portant cette marque ne peut, en raison de cette seule particularité, être déchu de ses droits au motif que ladite marque induirait le public en erreur, au sens de l'article 12, paragraphe 2, sous b), de la directive 89/104, notamment quand la clientèle attachée à cette marque a été cédée avec l'entreprise fabriquant les produits qui en sont revêtus »; voir aussi l'arrêt de la CJUE du 5 juillet 2011 concernant la marque de mode « ELIO FIORUCCI » devenue la propriété d'une société japonaise (C-263/09 P).

<sup>420</sup> Sur cette question, voir ci-dessous V.

<sup>421</sup> Art. 13 al. 1 LPM.

<sup>422</sup> Art. 13 al. 2 renvoyant à l'art. 3 al. 1 LPM.

<sup>423</sup> Art. 13 al. 2 let. a LPM.

marque à des fins distinctives.<sup>424</sup> Le principe de spécialité ne s'applique toutefois pas à l'égard des titulaires de marques de haute renommée, puisqu'ils peuvent "*interdire à des tiers interdire à des tiers l'usage de cette marque pour tous les produits ou les services pour autant qu'un tel usage menace le caractère distinctif de la marque, exploite sa réputation ou lui porte atteinte*" (art. 15 al. 1 LPM), et doit être tempéré à l'égard des titulaires de marques notoirement connues dont la protection est plus étendue. Ainsi, la notoriété de la marque de prêt-à-porter Kenzo a pu empêcher un producteur de vins d'enregistrer une marque similaire 'Kenzo Estate' pour du vin et du cognac (classe 33), mais pas pour de l'huile d'olive (classe 29), au motif que le vins et les liqueurs véhiculent une image de luxe mais que d'autres produits tels que l'huile d'olive, n'usurperaient pas la réputation de la marque de prêt-à-porter<sup>425</sup>.

La question de la portée du droit d'interdiction du titulaire de la marque pourra se poser en cas de reproduction de marques figuratives ou tridimensionnelles correspondant à des œuvres d'un artiste sur d'autres supports (cartes postales ou T-shirts). La défense de l'usage à titre décoratif ne devra pas être admise trop largement lorsque le public pourra établir un lien entre la marque (soit l'œuvre) utilisée sans autorisation par le tiers et le titulaire de cette marque (qui est l'auteur de l'œuvre concernée).<sup>426</sup>

Le droit des marques permettra en particulier au titulaire de requérir la confiscation des objets matériels qui violent ses droits (soit p.ex. de tableaux comportant la marque usurpée).<sup>427</sup> Ce dernier pourra demander au juge que ces objets soient détruits ou à tout le moins que la marque soit rendue méconnaissable sur ceux-ci.<sup>428</sup> Il sera ainsi possible de faire disparaître la signature de l'objet concerné ou de spécifier de manière indélébile qu'il ne s'agit pas d'une œuvre originale. La protection découlant du droit des marques ne pourra toutefois pas être invoquée dans le but d'interdire l'utilisation de la signature ou du nom d'un artiste sur une œuvre que ce dernier aurait effectivement créée et signée (soit d'une œuvre originale). En effet, dans une telle hypothèse, on devra considérer qu'il s'agit soit d'un cas d'usage antérieur de la marque au sens de l'art. 14 LPM (la marque – correspondant au nom ou à la signature de l'artiste – ayant alors été déposée - p.ex. par les héritiers de l'artiste - ultérieurement à l'apposition du nom ou de la signature sur l'œuvre), soit d'un cas d'épuisement du droit à la marque. En effet, dans ce dernier cas, si l'artiste avait déjà déposé et enregistré la marque avant de l'apposer sur son tableau, ni lui ni les titulaires ultérieurs de la marque (p.ex. ses héritiers ou des tiers) ne pourront prétendre à la suppression de la marque (soit la signature ou le nom) du tableau, car il est acquis que le titulaire de la marque perd son droit de contrôle sur les produits originaux sur lesquels la marque a été licitement apposée. En plus de ces deux motivations alternatives justifiant l'impuissance du titulaire de la marque vis-à-vis des œuvres authentiques, il convient en outre de rappeler que, selon la jurisprudence, le titulaire d'une marque ne peut pas exercer celle-ci de manière déloyale au détriment de tiers<sup>429</sup>, ce qui serait manifestement le cas d'un titulaire d'une marque correspondant à la signature ou au nom d'un artiste qui souhaiterait faire supprimer la signature ou le nom d'un artiste d'une œuvre originale créée par celui-ci au prétexte d'une violation de son droit à la marque.

Sur le plan territorial, il convient de noter que les ports francs (qui sont fréquemment utilisés pour entreposer des œuvres d'art) font partie du territoire suisse sous l'angle du droit des marques et que, partant, l'entreposage dans un port franc d'œuvres qui porteraient indûment atteinte à la marque d'un artiste constitue une violation du droit à la marque.<sup>430</sup> Dans ce contexte, il y a également lieu de relever que les

<sup>424</sup> Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Berne, sic ! 1998, 59; WILLI, n° 13 – 14 ad art. 13; pour le droit allemand, voir SCHACK, Kunst, n° 214, 112 (« zeichenmässige Verwendung »).

<sup>425</sup> CJEU, 30 mai 2018, C-85/16 P, C-86/16 P – Kenzo Tsujimoto v. EUIPO / Kenzo.

<sup>426</sup> WILLI, n° 14 ad art. 13 (indiquant que la reproduction de manière agrandie de la marque ne suffira pas pour conclure à un usage à titre décoratif), plus large: SCHACK, Kunst, n° 214, 112 considérant qu'un usage d'une marque représentant une œuvre sous forme de cartes postales, de posters ou de T-shirts ne peut pas être interdit par le titulaire de celle-ci; pour le droit américain, voir la récente affaire (concernant la reprise des marques « Audi » et « VW » sur des porte-clés et des plaques minéralogiques), Au-Tomotive Gold, Inc. v. Volkswagen of America, Inc., 457 F.3d 1062 (9th Cir. 2006); voir pour le droit européen l'arrêt Adidas-Salomon AG et Adidas Benelux BV contre Fitnessworld Trading Ltd. de la CJCE du 23 octobre 2003, affaire C-408/01.

<sup>427</sup> Art. 57 al. 1 LPM.

<sup>428</sup> Selon l'art. 57 al. 2 LPM, le juge civil « décide si la marque ou l'indication de provenance doivent être rendues méconnaissables ou si les objets doivent être mis hors d'usage, détruits ou utilisés d'une façon particulière ».

<sup>429</sup> ATF 129 III 353, JdT 2003 I 382; TF, sic! 2005, 463.

<sup>430</sup> ATF 110 IV 108, JdT 1985 I 198.

autorités douanières seront susceptibles d'intervenir en cas de soupçon d'importation ou d'exportation de produits sur lesquels la marque a été illicitement apposée.<sup>431</sup>

Dans ces circonstances, on peut constater que le droit des marques pourra jouer un certain rôle protecteur pour lutter contre l'utilisation sans droit du nom et/ou de la signature de l'artiste sur des œuvres qui seraient des faux.

Au-delà de la protection du nom et/ou de la signature d'un artiste par les moyens ordinaires du droit des marques (la protection devant en particulier respecter le principe de la spécialité<sup>432</sup>), se pose la question de savoir si le nom et/ou la signature d'un artiste peut, cas échéant, revendiquer le statut favorable de marque de haute renommée, qui permettrait alors au titulaire de cette marque d'interdire toute utilisation de celle-ci sans égard aux produits ou services concernés.<sup>433</sup>

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (étant noté que la loi ne comporte pas de définition de la marque de haute renommée), les critères déterminants pour décider si une marque peut être qualifiée de haute renommée au sens de l'art. 15 LPM se déduisent du but de cette norme, « qui est de protéger les marques de haute renommée contre l'exploitation de leur réputation, l'atteinte portée à celle-ci et la mise en danger du caractère distinctif de la marque ».<sup>434</sup>

Selon cette même jurisprudence, « [s]emblable protection se justifie lorsque le titulaire de la marque a réussi à susciter une renommée telle que cette marque possède une force de pénétration publicitaire utilisable non seulement pour commercialiser les produits et fournir les services auxquels elle était destinée à l'origine, mais encore pour faciliter sensiblement la vente d'autres produits ou la fourniture d'autres services. Cela suppose que la marque jouisse d'une considération générale auprès d'un large public ».<sup>435</sup> Dans ce contexte, l'image positive dont jouit la marque auprès du public devra être prise en considération, même si celle-ci ne fait pas l'unanimité.<sup>436</sup>

En appliquant ces principes jurisprudentiels aux noms d'artistes célèbres (en pensant tout particulièrement à Picasso), on serait tenté de considérer qu'une marque correspondant à ces derniers pourrait revendiquer le statut de marque de haute renommée. En effet, pour reprendre les exigences exprimées par le Tribunal fédéral, la protection étendue de telles marques peut entrer en ligne de compte « lorsque cette marque possède une force de pénétration publicitaire utilisable non seulement pour commercialiser les produits et fournir les services auxquels elle était destinée à l'origine, mais encore pour faciliter sensiblement la vente d'autres produits ou la fourniture d'autres services ». Or, le nom d'artistes célèbres semble précisément avoir été (et être) utilisé pour promouvoir d'autres produits et services que ceux originellement conçus (soit la production artistique comme telle), notamment des parfums et des véhicules automobiles. Cette approche n'a toutefois pas été adoptée dans une récente jurisprudence européenne qui a consacré une protection relativement restreinte de la marque « Picasso ». Dans cette affaire, les héritiers de Picasso avaient tenté de s'opposer à l'enregistrement d'une marque communautaire (CTM) par le groupe automobile DaimlerChrysler portant sur le signe « Picaro » pour des produits en classe 12 (soit des « automobiles et leurs pièces »). Les héritiers Picasso avaient fondé leur opposition sur une marque antérieure « Picasso » qui avait été enregistrée pour des produits de la même classe 12 (soit notamment des « Véhicules »).

---

<sup>431</sup> Art. 70 LPM; l'art. 54 de l'Ordonnance sur la protection des marques (RS 232.111) dispose à cet égard que : « L'intervention de l'administration des douanes s'étend à l'importation et à l'exportation de marchandises munies d'une marque ou d'une indication de provenance illicites ainsi qu'à l'entreposage de telles marchandises dans un entrepôt douanier », étant donné que de telles prérogatives existent également en droit d'auteur, cf. art. 75 ss LDA.

<sup>432</sup> En vertu duquel la protection du droit des marques ne s'étend qu'aux produits et services identiques ou similaires à ceux revendiqués dans la marque concernée (art. 3 al. 1 LPM).

<sup>433</sup> Art. 15 al. 1 LPM : « Le titulaire d'une marque de haute renommée peut interdire à des tiers l'usage de cette marque pour tous les produits ou les services pour autant qu'un tel usage menace le caractère distinctif de la marque, exploite sa réputation ou lui porte atteinte »; certes, on doit constater que la protection renforcée des marques de haute renommée, pour autant qu'elle soit envisageable, ne sera pas nécessairement très utile dans le contexte de l'utilisation du droit des marques dans le but d'authentifier des œuvres d'art dans la mesure où la marque sera utilisée sans droit par des contrefacteurs pour des produits ou services qui devraient - dans la majorité des cas - être à tout le moins similaires à ceux pour lesquels la marque a été enregistrée. Dans cette mesure, la protection renforcée découlant de la marque de haute renommée n'aurait pas une utilité pratique très importante.

<sup>434</sup> ATF 130 III 748, 752 ; TF, sic ! 2013, 41, 43 "Vogue".

<sup>435</sup> Ibid.

<sup>436</sup> Ibid.

Par arrêt du 12 janvier 2006, la Cour de Justice des communautés européennes a rejeté l'opposition des héritiers Picasso en considérant en substance que la notoriété acquise par le nom « Picasso » ne conférerait pas une force distinctive renforcée à la marque « Picasso » enregistrée pour des véhicules automobiles.<sup>437</sup> Bien au contraire, l'association très forte faite par le public entre le nom et l'artiste Picasso excluait tout risque de confusion entre les signes concernés dans le domaine automobile, le public associant conceptuellement la marque « Picasso » à l'artiste de sorte à exclure toute confusion avec la marque distincte « Picaro ».<sup>438</sup> On relèvera que, dans cette affaire, l'avocat général avait adopté une position relativement sévère vis-à-vis des héritiers Picasso en critiquant l'atteinte portée au patrimoine artistique du célèbre peintre et en plaidant ainsi pour une protection relativement étroite de la marque Picasso en relation avec des produits industriels (automobiles) qui sont sans lien avec la production artistique du maître espagnol.<sup>439</sup> *A contrario*, cet arrêt ne devrait toutefois pas porter préjudice à la protection d'une marque correspondant au nom et/ou à la signature d'un artiste en relation avec des produits pour lesquels ce nom a acquis une certaine notoriété (p.ex. des tableaux) ou en relation avec des produits (ou services) similaires à ces derniers.<sup>440</sup> Dans un tel cas en effet, on pourrait considérer qu'il s'agit d'une marque forte, qui jouit ainsi d'un caractère distinctif élevé et, partant, d'une sphère de protection étendue.<sup>441</sup>

## V. Les limites de la protection

Comme tous les autres droits de propriété intellectuelle, le droit des marques connaît certaines limites.<sup>442</sup> Parmi celles-ci figure en particulier le fait que la protection du droit des marques ne peut être invoquée que contre toute utilisation *commerciale* de la marque par un tiers non autorisé. Par opposition, l'utilisation de la marque à des fins privées ne pourra pas être interdite. L'usage privé qui est fait d'une marque se situe en effet en dehors du droit des marques. Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il jugé que l'importation d'une montre contrefaite ne peut être sanctionnée en droit des marques.<sup>443</sup> Cette question pourrait surgir dans le cas de la

<sup>437</sup> Arrêt « Picasso/Picaro », CJCE du 12 janvier 2006, affaire C-361/04 P, paragraphe 32 : « le Tribunal a bien considéré, au terme d'une appréciation de nature factuelle dont le contrôle échappe à la Cour dans le cadre d'un pourvoi, que le signe PICASSO est dépourvu de tout caractère distinctif intrinsèque élevé en ce qui concerne les véhicules automobiles »; pour un commentaire critique de cet arrêt, voir HOLZER, Picasso/Picaro: Markenschutz von Familiennamen", sic ! 2006, 600-603.

<sup>438</sup> Arrêt « Picasso/Picaro », *supra* note 361 : paragraphe 27 : « confronté au signe verbal PICASSO, le public pertinent y voit immanquablement une référence au peintre » et [...], « ... compte tenu de la célébrité de celui-ci auprès dudit public, cette référence conceptuelle particulièrement dense est de nature à atténuer dans une large mesure la prégnance dont, en l'occurrence, ce signe est doté en tant que marque, parmi d'autres, de véhicules automobiles ».

<sup>439</sup> Conclusions de l'avocat général du 8 septembre 2005, *Site de l'Office d'Harmonisation dans le Marché Intérieur* [en ligne], <<http://oami.europa.eu/fr/mark/aspects/pdf/IC040361.pdf>> :

« 64. À l'occasion du pourvoi, le représentant légal des héritiers de Picasso a expliqué la portée et la fréquence qu'ont acquis les noms propres, utilisés en tant que marques, de personnes qui jouissent d'une grande réputation ou qui sont très populaires et il a mentionné des personnages historiques connus comme Napoléon, Churchill ou Gorbatchov, des créateurs comme Christian Dior ou Alessi, des sportifs tels Boris Becker ou Tiger Woods, et des musiciens comme Mozart. Il a fait référence au rôle joué, particulièrement en ce qui concerne les signes déjà connus, par ce qu'on appelle le "merchandising", dans la promotion d'autres produits qui ne conservent aucun lien avec le produit original [référence omise], comme, par exemple, Coca-Cola (boissons), pour des vêtements et des articles de papeterie, Marlboro (cigarettes) pour des vêtements, Davidoff (cigares) pour des produits cosmétiques de luxe. Ces idées m'inspirent quelques réflexions.

65. D'abord, l'octroi d'une licence par les héritiers de Picasso au constructeur d'automobiles Citroën, pour baptiser un modèle du type Xara a suscité des critiques, en particulier, de la part du directeur du Musée Picasso de Paris, qui craignait que l'image du génie soit atteinte de façon irréversible [référence omise] et que, au troisième millénaire, Picasso ne soit devenu qu'une marque de voiture.

66. Bien que le législateur communautaire donne la possibilité d'enregistrer des noms propres en tant que marques, utilisables pour les produits et services les plus divers, il convient de nuancer le degré de protection qu'ils méritent ou qu'ils ont acquis, en partant de la fonction essentielle de ce droit de propriété industrielle.

[67] [...]

69. Cependant, il convient d'apporter deux précisions concernant la défense légitime du nom patronymique sous lequel une personne est devenue célèbre. En premier lieu, lorsque ce nom est cédé en vue d'être utilisé dans un domaine totalement étranger à celui dans lequel il a acquis sa notoriété, il n'y a pas lieu d'invoquer, simplement, la protection étendue qui doit être assurée aux marques présentant un caractère distinctif élevé, parce que, fondamentalement, dans ce cadre, il est très peu probable que le signe informe sur l'origine commerciale des biens ou des services, tout du moins de prime abord. En deuxième lieu, il y a un certain intérêt général, au titre du patrimoine culturel universel, à préserver les noms de grands artistes de l'insatiable cupidité mercantile afin d'éviter de porter atteinte à leurs œuvres en les banalisant. Il est triste d'imaginer que le consommateur moyennement informé et raisonnablement attentif et avisé, qui ne relie déjà plus des noms comme Opel, Renault, Ford ou Porsche aux illustres ingénieurs qui ont donné leur patronyme à leurs produits, puisse faire de même avec le nom Picasso dans un avenir qui, malheureusement, n'est pas très éloigné ».

<sup>440</sup> Compte tenu de la sphère de protection du droit des marques s'étendant aux produits ou services similaires à ceux revendiqués dans la marque (art. 3 al. 1 let. b et c LPM).

<sup>441</sup> Sur la notion de marque forte, voir ATF 128 III 447, 453, JdT 2002 I 504, 509.

<sup>442</sup> Sur la question de l'usage de la marque à des fins décoratives, voir ci-dessus note 350.

<sup>443</sup> ATF 114 IV 6, JdT 1988 I 308.

création ou de la vente d'une œuvre comportant indûment la marque correspondant au nom et/ou à la signature de l'artiste qui serait faite par une personne privée. Toutefois, les limites de l'usage privé seront facilement atteintes.<sup>444</sup>

Une autre limite est l'utilisation de la marque d'autrui dans un contexte artistique ou parodique<sup>445</sup>. Une telle utilisation pose la question de la licéité d'un tel usage, ce qui conduit à une question de rang constitutionnel<sup>446</sup>, et dépendra des finalités poursuivies (p.ex. humoristique, artistique<sup>447</sup>, critique<sup>448</sup> ou commerciale), étant précisé qu'il sera parfois délicat de délimiter un usage commercial d'un usage artistique ou parodique, la prépondérance des éléments commerciaux ou non commerciaux étant déterminante pour apprécier la portée de la protection dont peut bénéficier le discours concerné<sup>449</sup>. Le degré de notoriété de la marque parodiée devra être aussi pris en compte<sup>450</sup>. Ainsi, même en cas de finalité humoristique, la société détentrice de la marque "Harry Potter" a pu empêcher un distributeur de boîtes de préservatifs de la parodier (en apposant le signe "Harry Popper" et une illustration d'un magicien) en raison de sa haute renommée<sup>451</sup>.

Une autre limite importante du droit à la marque tient à la déchéance de la marque pour non-usage.<sup>452</sup> En effet, même si la protection de la marque est prolongeable sans limite temporelle<sup>453</sup>, la marque ne sera protégée que pour autant qu'elle soit utilisée en relation avec les produits ou les services enregistrés.<sup>454</sup> Ainsi, en cas de non-usage pendant une période de cinq ans, le titulaire ne pourra plus faire valoir son droit à la marque (à moins que le défaut d'usage ne soit dû à un juste motif).<sup>455</sup> Cette limitation sera susceptible d'être problématique pour les marques correspondant au nom, à la signature ou aux œuvres d'un artiste<sup>456</sup>, particulièrement si l'artiste ne crée plus d'œuvres sous son nom et/ou sous sa signature qui fait l'objet de la marque enregistrée. Ainsi, au plus tard cinq ans après le décès de l'artiste, la question de l'usage valable de la marque pourrait devenir sensible.

Sur le plan du principe, l'usage de la marque doit être sérieux pour être jugé juridiquement suffisant.<sup>457</sup> Le caractère sérieux de l'usage ne peut se déterminer de façon schématique pour toutes les marques, mais doit au contraire s'apprécier selon les circonstances du cas concret<sup>458</sup> en examinant en particulier - d'un point de vue subjectif - si le titulaire de la marque a l'intention de satisfaire la demande du marché.<sup>459</sup> On se fondera ainsi sur les habitudes commerciales dans le secteur économique concerné<sup>460</sup> et sur le type de produits ou services en cause. On exigera dès lors un usage plus important pour des produits de consommation courante que pour des produits de luxe.<sup>461</sup> Il n'est toutefois pas nécessaire que la marque soit directement apposée sur le produit ou sur son emballage pour être valablement utilisée. Il suffit en effet que le signe soit perçu par

<sup>444</sup> Cour de Justice, Genève, sic ! 2000, 109 (l'importation de quatre faux sacs Hermès constitue une violation du droit à la marque); cette tendance se confirme également sur le plan législatif, des projets de réglementation en cours visant à faire interdire l'importation de marchandises contrefaites, même si celle-ci est effectuée à des fins privées.

<sup>445</sup> Cf. IV.4. (L'exception de parodie).

<sup>446</sup> Pour une analyse détaillée, cf. HERTIG RANDALL Maya, Le regard d'une constitutionnaliste sur la parodie des marques, in : *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis : Festschrift für Roland von Büren, Bâle, (Helbing) 2009*, p. 415-452.

<sup>447</sup> La parodie doit faire preuve d'un minimum de créativité (sans dénigrer ou dégrader la marque parodiée). Cf. DE WERRA, *La marque : arme ou menace pour les créateurs ?*, p. 57, 58 ; Hertig-Randall, 449, citant un arrêt allemand qui illustre bien la primauté de la finalité artistique sur la marque est l'arrêt "*Lila Postkarte*". Il s'agissait de la parodie de la marque *Milka* au moyen d'une carte postale. La Cour fédérale allemande a qualifié la parodie d'œuvre d'art puisqu'il n'y avait pas qu'un slogan publicitaire mais ce dernier faisait référence au célèbre poète Johann Wolfgang VON GOETHE, ce qui dressait la carte postale à un degré élevé de créativité.

<sup>448</sup> Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris du 30 janvier 2004 (*« Esso »*) ; Arrêt du Tribunal de la Grande Instance de Paris du 9 juillet 2004 (*« Areva »*). Dans ces cas, la marque cible est détournée dans un but d'intérêt général, mais non dans l'intention de nuire à son titulaire.

<sup>449</sup> De Werra, SJ 2012 II 37, 54 ; Hertig Randall, p. 441 ; voir aussi ATF 128 I 295, 308, indiquant que la liberté d'opinion et d'information n'est touchée que si le caractère idéal du message — en l'occurrence publicitaire — est prépondérant par rapport à son caractère commercial).

<sup>450</sup> Hertig Randall, 443, indiquant que, si les marques de haute renommée méritent une protection plus élevée, elles doivent aussi tolérer davantage de critique vu leur réputation.

<sup>451</sup> Tribunal cantonal SZ, du 17 août 2010, in sic! 2011 p. 108, consid. 7.b/aa.

<sup>452</sup> Art. 11 et 12 LPM; sur cette question, voir la thèse de MEIER, *L'obligation d'usage en droit des marques*, Zurich 2005.

<sup>453</sup> Art. 10 al. 2 LPM.

<sup>454</sup> Art. 11 al. 1 LPM.

<sup>455</sup> Art. 12 al. 1 LPM.

<sup>456</sup> Voir la critique fondamentale de l'utilisation du droit des marques en matière artistique de TREPPOZ, 67 ss (« [i]mposer à l'artiste d'exploiter son œuvre suppose, pour sa part, de rompre le lien entre l'auteur et l'œuvre au profit de la seule collectivité »).

<sup>457</sup> WILLI, n° 37 ad art. 11 LPM.

<sup>458</sup> MEIER, 50.

<sup>459</sup> WILLI, n° 37 ad art. 11 LPM.

<sup>460</sup> Commission fédérale de recours en matière de propriété intellectuelle (CREPI), sic ! 2006, 180.

<sup>461</sup> CREPI, sic! 2005, 881.

le public comme un moyen d'identification des produits ou des services du titulaire de la marque.<sup>462</sup> Il pourra en particulier s'agir d'un usage dans des catalogues, ce pour autant qu'un tel usage se rapporte aux produits et/ou services enregistrés.<sup>463</sup>

Concernant les marques correspondant au nom et/ou à la signature d'un artiste, on ne saurait poser des exigences excessivement élevées concernant l'usage sérieux de telles marques, s'agissant en effet de marques portant sur des produits que l'on doit plutôt assimiler à des produits de luxe qu'à des produits de consommation courante. Dans ce cadre, un usage de la marque devrait pouvoir être admis par exemple dans l'hypothèse d'une utilisation de la marque dans des catalogues de vente ou d'exposition des œuvres de l'artiste.<sup>464</sup> Il conviendra naturellement de prendre en compte le type de produits et/ou services pour lesquels la marque a été enregistrée. Ainsi, il n'y aura pas de problème particulier pour les produits - revendiqués - pour lesquels la marque fait l'objet d'une véritable exploitation commerciale (p.ex. voiture « Picasso ») par opposition aux produits artistiques (tableaux, sculptures, etc). Compte tenu des spécificités du marché de l'art, on ne devra pas se montrer trop restrictif quant à l'usage de la marque, tant et aussi longtemps que le signe continuera à être perçu par le public comme un moyen d'identification des produits du titulaire de la marque. Il restera toutefois bien entendu nécessaire d'examiner dans chaque cas concret si l'on peut admettre ou non un usage sérieux de la marque.

---

<sup>462</sup> TF, sic ! 2006, 99; voir aussi les directives en matière de marques de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle, *supra* note 312, chapitre 6.4.4., 151.

<sup>463</sup> CREPI, sic! 2005, 754; CREPI, sic! 2001, 646.

<sup>464</sup> La question sera plus délicate pour des marques correspondant aux œuvres elles-mêmes d'un artiste, sauf si ce dernier ou ses héritiers commercialisent des reproductions de celles-ci.

### § 3 L'art et le droit du design

En vertu de l'art. 1 LDes, sont protégés « en tant que designs la création de produits ou de parties de produits caractérisés notamment par la disposition de lignes, de surfaces, de contours ou de couleurs, ou par le matériau utilisé ». Pour être protégeable, le design pour lequel un dépôt est effectué<sup>465</sup> doit être nouveau<sup>466</sup>, original<sup>467</sup> et ne pas tomber sous l'un des motifs d'exclusion de la protection.<sup>468</sup> Dans cette mesure, il est possible que des créations artistiques des arts plastiques soient protégées par le droit du design<sup>469</sup> et que des créations relevant du domaine du design soient protégées par le droit d'auteur en tant qu'œuvres des arts appliqués (art. 2 al. 2 let. f LDA).<sup>470</sup>

Se pose ainsi la question de la relation entre la protection conférée par le droit du design et celle résultant du droit d'auteur. Sur le plan du principe, le droit suisse admet le cumul de protection.<sup>471</sup> Pour qu'un tel cumul entre en ligne de compte, il faut toutefois que les conditions respectives de protection des lois concernées soient remplies.<sup>472</sup> La relation entre la condition de l'originalité du droit du design (art. 2 al. 1 et al. 3 LDes) et celle de l'individualité du droit d'auteur (art. 2 al. 1 LDA) doit dès lors être examinée.<sup>473</sup> On considère à ce propos, notamment en raison de la durée de protection supérieure conférée par le droit d'auteur par rapport à celle découlant du droit des designs, que la condition de l'individualité de l'œuvre exigée par le droit d'auteur suppose une activité créatrice plus importante que celle de l'originalité du droit du design.<sup>474</sup> Au-delà de cette affirmation de principe, il reste délicat de déterminer dans un cas concret le degré de créativité qui sera exigé pour qu'une protection par le droit d'auteur puisse être admise.<sup>475</sup>

L'éventuel cumul de protection pourra avoir des conséquences pratiques importantes, notamment pour ce qui concerne des designs créés par des employés dans le cadre de leurs obligations contractuelles. S'agissant du droit du design, l'employeur pourra potentiellement bénéficier des droits exclusifs sur la base de la cession légale prévue à l'art. 332 CO, alors qu'une telle cession n'est pas prévue pour ce qui concerne les droits d'auteur. Il est ainsi souhaitable que l'employeur obtienne la cession expresse des droits d'auteur sur les créations de ses employés relevant du domaine du design.

L'étendue de la protection respectivement conférée par le droit du design et le droit d'auteur diverge également, la protection du droit du design s'étendant aux designs « qui présentent les mêmes caractéristiques essentielles et qui, de ce fait, dégagent la même impression générale qu'un design enregistré » (art. 8 LDes). L'impression générale doit être par ailleurs déterminée en fonction des caractéristiques essentielles du design et non sur la base de points de détail<sup>476</sup>. Par contre, la protection du droit d'auteur ne se fonde pas sur la notion d'« impression générale laissée par les créations concernées dans

<sup>465</sup> Art. 19 ss LDes.

<sup>466</sup> En vertu de l'art. 2 al. 2 LDes, « Un design n'est pas nouveau si un design identique, qui pouvait être connu des milieux spécialisés du secteur concerné en Suisse, a été divulgué au public avant la date de dépôt ou de priorité ».

<sup>467</sup> Selon l'art. 2 al. 3 LDes, « Un design n'est pas original si, par l'impression générale qu'il dégage, il ne se distingue d'un design qui pouvait être connu des milieux spécialisés du secteur concerné en Suisse que par des caractéristiques mineures ».

<sup>468</sup> Art. 4 LDes, étant noté que l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle ne rejette la demande d'enregistrement que si certains motifs d'exclusion sont manifestes en vertu de l'art. 24 al. 3 LDes.

<sup>469</sup> Pour une discussion de la protection des créations architecturales par le droit du design, voir ci-dessous chapitre 10 du présent ouvrage.

<sup>470</sup> Sur ces questions, voir la thèse de STUTZ, Individualität, Originalität oder Eigenart ? Schutzvoraussetzungen des Design, Berne 2002.

<sup>471</sup> CHERPILLOD, Geltungsbereich, 15; pour le droit allemand, voir SCHACK, Kunst, n° 836 ss, 431 ss.

<sup>472</sup> Pour la protection par le droit du design, il faudra ainsi que les conditions formelles (dépôt et enregistrement) soient respectées, cf. art. 19 ss LDes.

<sup>473</sup> Pour une discussion approfondie des positions jurisprudentielles et doctrinales relatives à la question de la relation entre la protection du droit du design et celle du droit d'auteur, voir CHERPILLOD, Geltungsbereich, 15 ss.

<sup>474</sup> Voir DAVID, in: Müller/Oertli (éds), N 27 Einführung.

<sup>475</sup> Voir CHERPILLOD, Geltungsbereich, 21, plaçant pour une application de la théorie de l'unicité statistique de Max Kummer (voir ci-dessus § 1 I 3), de sorte que la protection du droit d'auteur ne pourra être admise que pour des créations pour lesquelles une création parallèle et indépendante par un tiers peut être statistiquement exclue, ce qui ne sera pas le cas de la forme de nombreux objets (p.ex. machines, outils, caractères typographiques). Voir aussi Pascal Fehlbaum, La délimitation entre le design et le droit d'auteur au regard de l'affaire du train d'anniversaire ("*Geburtstagszug*"), sic! 2015, 74.

<sup>476</sup> Les détails peuvent toutefois jouer un rôle plus important dans les secteurs où la possibilité de création est restreinte (comme dans la bijouterie), TF, 2 mai 2017, 4A\_565/2016, sic ! 2017, p. 566, cons. 3.4.2. Voir aussi TF, 25 mai 2016, 4A\_44/2016, sic! 2016, p. 526 (« Saunapritschen »), considérant que l'on peut se fonder uniquement sur l'effet optique des supports (ici l'impression que les supports traversent le châssis) pour apprécier le caractère original des supports pour châssis de sauna et de considérer les autres caractéristiques (par exemple les décorations mineures, la forme, la couleur ou, cas échéant, le revêtement des supports) comme accessoires.

l'esprit du public », mais sur la reprise d'éléments protégés dans la nouvelle création et sur l'existence éventuelle d'une œuvre dérivée ou d'une modification (non créative) de la première œuvre (art. 11 al. 1 let. a et b LDA).<sup>477</sup>

---

<sup>477</sup> Voir ci-dessus § 1 I n° 3.

## § 4 L'art et le droit de la concurrence déloyale

### I. Le rôle du droit de la concurrence déloyale

En s'intéressant au rôle potentiel que peut jouer le droit de la concurrence déloyale dans le domaine de la création artistique<sup>478</sup>, une question préliminaire à résoudre tient à la relation existant entre les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence déloyale. Selon un ancien principe établi et appliqué par le Tribunal fédéral (*Umwegtheorie*)<sup>479</sup>, le droit de la concurrence déloyale ne devait pas permettre de suppléer à l'absence de protection par le droit de la propriété intellectuelle. En d'autres termes, le droit de la concurrence déloyale ne devrait pas pouvoir protéger ce qui ne serait pas protégeable par le droit de la propriété intellectuelle. Cette théorie a été aujourd'hui abandonnée au motif que les lois de PI et la LCD ne sont pas dans un rapport de subsidiarité, mais s'appliquent concurremment de manière autonome, chacune avec leurs propres conditions d'application. Selon le TF, leur but est simplement différent et *“dès le moment où les conditions d'application d'une disposition sont réunies et justifient la mesure prise, il n'y a plus d'intérêt à se demander si la même mesure pourrait être prise également sur la base d'une autre disposition”*<sup>480</sup>.

Dans le contexte de la protection des œuvres d'art, l'application du droit de la concurrence déloyale pourrait être envisagée afin de protéger des œuvres qui seraient tombées dans le domaine public (soit des œuvres pour lesquelles le délai de protection serait échu).<sup>481</sup> Entrera alors particulièrement en ligne de compte l'art. 3 let. b LCD<sup>482</sup> qui dispose qu'agit de manière déloyale celui qui *“donne des indications inexactes ou fallacieuses sur lui-même, [...], ses marchandises, ses œuvres, [...] ou qui, par de telles allégations, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents”*. Selon la doctrine, cette disposition pourrait être applicable lorsque des indications inexactes seraient données sur une œuvre tombée dans le domaine public, tout particulièrement en cas de plagiat, soit l'acte par lequel une personne se fait faussement passer comme auteur d'une œuvre effectivement créée par autrui.<sup>483</sup> Toutefois, on ne saurait envisager une application systématique de cette disposition chaque fois qu'une œuvre tombée dans le domaine public serait utilisée par un tiers sans indication de l'auteur de l'œuvre.<sup>484</sup> Il faut au contraire apprécier au cas par cas si les buts de la LCD et ses conditions d'application sont remplies. Par conséquent, il ne pourra généralement pas être admis que le droit de la concurrence déloyale puisse interdire la commercialisation d'œuvres tombées dans le domaine public.

Le scénario dans lequel une personne ferait passer pour les œuvres d'un artiste (connu) ce qu'il a lui-même créé en usurpant le nom, la signature et/ou le style de l'artiste concerné, mérite également d'être examiné. Dans cette hypothèse, c'est l'art. 3 let. d LCD qui pourrait être applicable. Selon cette disposition en effet, agit de façon déloyale celui qui *“prend des mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les*

<sup>478</sup> Le droit de la concurrence déloyale et le droit de la concurrence sont susceptibles de s'appliquer dans différents contextes du marché de l'art, notamment en matière de vente aux enchères, ce qui ne sera pas examiné ici, sur cette question, voir Heinemann, Andreas. *Kunstauktionen im Wettbewerb*, in: Büscher, Wolfgang; et al. *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag*, Munich 2014, 175-191 ([www.zora.uzh.ch/102565/1/Heinemann\\_Kunstauktionen\\_2014.pdf](http://www.zora.uzh.ch/102565/1/Heinemann_Kunstauktionen_2014.pdf)).

<sup>479</sup> ATF 116 II 471, JdT 1991 I 194.

<sup>480</sup> TF, 4A\_689/2012, c. 2.4-2.5, Ferrari. A propos des liens entre la concurrence déloyale et la propriété intellectuelle (y compris la *Umwegtheorie*), cf. Benhamou Yaniv / de Werra Jacques, *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale. Analyse du droit suisse et perspectives de droit allemand*, in *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale : les liaisons dangereuses ?* [Andrée Puttemans, Ysolde Gendreau, Jacques de Werra, édit.], Bruxelles, 183 ss.

<sup>481</sup> Ce délai étant de 70 ans après le décès de l'auteur, cf. art. 29 al. 1 LDA.

<sup>482</sup> Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241).

<sup>483</sup> BARRELET/EGLOFF, n° 14 ad art. 9; TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle, 1985, vol. 2, 691; ; Senn Mischa, *Künstlerische Aneignungen und ihre rechtliche Beurteilung*, *KUR Journal*, 1/2011, 7 ss, 9.

<sup>484</sup> C'est ce qu'a décidé la Cour suprême américaine dans une récente affaire *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.* et al., 540 U.S. 806 (2003). Dans cette affaire, la Cour a refusé d'admettre la protection du droit de la concurrence déloyale (soit l'art. 43(a) du Lanham Act qui prohibe en particulier les fausses désignations d'origine : « false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of act, which [...] is likely to cause confusion [...] as to the origin of [its] goods) sur une œuvre tombée dans le domaine public, en constatant que la création d'un droit d'attribution - soit un droit de paternité - après l'échéance de la durée de protection du droit d'auteur entrerait en conflit avec les principes du droit d'auteur (« [...] giving the Lanham Act special application to such products would cause it to conflict with copyright law, which is precisely directed to that subject, and which grants the public the right to copy without attribution once a copyright has expired »); pour une analyse de cet arrêt et de ses conséquences, voir l'article de GINSBURG.

*marchandises, les œuvres, les prestations ou les affaires d'autrui*<sup>485</sup>. Cette disposition pourrait ainsi venir à s'appliquer dans le cas où le nom et le style d'un artiste seraient utilisés et imités par un tiers, sans qu'une œuvre spécifique de l'artiste ne soit reprise.<sup>485</sup> A nouveau, on devra se garder d'appliquer trop extensivement l'art. 3 let. d LCD pour pallier les limites de la protection résultant du droit de la propriété intellectuelle (soit du droit d'auteur), soit en d'autres termes, pour conférer une protection par le droit de la concurrence déloyale là où le droit d'auteur n'en offre pas (ou plus). Dans ces circonstances, l'application de l'art. 3 let. d LCD ne pourra être admise qu'en cas de circonstances particulières qui feront apparaître le comportement concerné comme déloyal. A titre d'exemple, on peut envisager une application de cette disposition dans le cas de la reprise de tableaux inspiré du style cubiste de Picasso dans le cadre d'une campagne publicitaire. Une telle utilisation en effet a été condamnée en France (en application de droit de la responsabilité civile), le Tribunal retenant en l'espèce qu'est répréhensible le fait d'avoir « volontairement cherché à utiliser à des fins purement mercantiles et publicitaires, la renommée de Pablo Picasso pour faire croire au public que l'une de ses œuvres originales participait à la promotion de produits de peinture en bâtiment ». <sup>486</sup> De même, on pourrait envisager l'application de l'art. 3 let d LCD dans le cas de copies de tableaux tombés dans le domaine public et munis de la signature de l'artiste concerné lorsqu'on peut craindre un risque de confusion au sein du public entre les œuvres originales et leurs copies. L'application de l'art. 3 let. d LCD devra en tout état être examinée au cas par cas.

On pourrait enfin imaginer l'application de l'art. 5 let. c LCD pour sanctionner la personne qui reprendrait les prestations d'un tiers (p.ex. idées, formes esthétiques, bases de données d'un autre artiste, d'un tiers), sans sacrifice correspondant et grâce à un procédé technique, pour réaliser sa propre création<sup>487</sup>. Cette disposition pourrait ainsi s'appliquer en cas de reprise de photographies préexistantes, telles que celles accessibles sur Internet dans des bases de données (même dénuées de protection du droit d'auteur, p.ex. pour défaut d'individualité ou parce que la protection a expiré), pour réaliser sa propre base de données. A nouveau, on devra se garder d'appliquer trop extensivement l'art. 3 let. d LCD pour pallier les limites de la protection résultant du droit de la propriété intellectuelle (soit du droit d'auteur), et rappeler les conditions strictes de cette disposition, en particulier la condition d'absence de sacrifice correspondant. Cette condition a conduit le TF dans le fameux arrêt Such Spider à refuser d'appliquer la LCD à l'égard d'un concurrent ayant repris des annonces immobilières pour son site concurrent au motif que le concurrent avait fait un effort d'indexation et de reprogrammation constante (en filtrant avec ses propres mots-clés) et que le tiers avait pu amortir ses coûts depuis l'existence de son site d'annonces immobilières<sup>488</sup>.

## II. Les limites du droit de la concurrence déloyale

De manière générale, la loi contre la concurrence déloyale réprime les « actes déployant des effets sur le marché, objectivement propres à avantager ou désavantager une entreprise dans sa lutte pour acquérir de la clientèle, ou à accroître ou diminuer ses parts de marché ». <sup>489</sup> Ce n'est donc que lorsqu'un acte sera propre à avoir une influence sur le marché que le droit de la concurrence déloyale pourra s'appliquer. Ainsi, selon la jurisprudence<sup>490</sup>, la vente aux enchères par un collectionneur privé d'une voiture d'occasion (une Ferrari de collection) a été considérée comme n'étant objectivement pas de nature à influencer le marché, de sorte que le droit de la concurrence déloyale ne pouvait pas s'appliquer.<sup>491</sup> N'a pas été jugé déterminant dans ce cadre le fait que le vendeur ait mandaté une société spécialisée dans le domaine des voitures anciennes pour

<sup>485</sup> Dans une telle hypothèse, on ne se trouvera pas dans le champ d'application du droit d'auteur, pour une discussion de ces questions, voir ci-dessus § 1 III n° 3 let. b et DE WERRA, 45 ss.

<sup>486</sup> Tribunal de Grande Instance de Paris, Gazette du Palais 2ème semestre, 1998 - sommaires et notes, 689 commenté et analysé par TREPPOZ, 71.

<sup>487</sup> Au sujet des conditions d'application, cf. Benhamou, de Werra, Les liaisons dangereuses, p. 203.

<sup>488</sup> TF, sic ! 2002, 696.

<sup>489</sup> TF, sic ! 2002, 694.

<sup>490</sup> Etant toutefois noté que l'arrêt du Tribunal fédéral a été rendu sur recours de droit public, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral se limitant ainsi à l'examen de l'arbitraire de la décision cantonale.

<sup>491</sup> Dans ce litige, la partie demanderesse tentait de faire interdire la vente de la Ferrari pour violation du droit de la concurrence déloyale au motif que la voiture comportait prétendument un faux numéro de châssis correspondant à un modèle détruit par un incendie dans les années 1960, ce numéro de châssis étant également utilisé par la partie demanderesse sur une autre voiture.

organiser la vente aux enchères, pas plus que le fait que cette dernière société ait mentionné la voiture dans son catalogue.<sup>492</sup>

La question de l'effet potentiel sur le marché pourra précisément être critique dans le domaine de l'art. En suivant cette jurisprudence, la vente aux enchères par un collectionneur privé d'un tableau qui serait faussement attribué à un artiste ne sera pas susceptible de donner lieu à l'application du droit de la concurrence déloyale, faute d'impact sur le marché. Il conviendra en toute hypothèse d'examiner soigneusement dans chaque cas d'espèce si l'acte concerné (soit la commercialisation d'un tableau comportant indûment la signature d'un artiste) est susceptible ou non d'influencer le jeu de la concurrence à la lumière de la jurisprudence (restrictive) précitée.

\* \* \*

---

<sup>492</sup> TF, sic ! 2002, 696.