Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 96 (1977)

Artikel: La protection des prestations en droit privé suisse : nécessité ou faux problème?

Autor: Perret, François

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896326

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 10.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

La protection des prestations en droit privé suisse

Nécessité ou faux problème ?

Rapport présenté par FRANÇOIS PERRET
Avocat au Barreau de Genève
M.C.J. New York University
Chargé de cours à l'Université de Genève

Table des matières

Abbréviations 203

Introduction

1. Renouveau des droits de propriété intellectuelle 205
2. Le caractère marginal de certaines productions et l'avant-projet sur les droits voisins 206
3. Le principe du numerus clausus des biens immatériels et l'avant-projet sur les droits voisins 207
4. But du présent rapport 208

Première partie

La protection immédiate des prestations par un régime de droit spécifique 210

Chapitre I

La protection immédiate des prestations par un droit sui generis . . . 212

§ 1. Bref aperçu de droit positif 212
§ 2. La distinction entre les prestations – Leistungen – et les créations – Schöpfungen – 213
§ 3. Créations et prestations originaires – les petites monnaies du droit d'auteur 217
§ 4. Créations et prestations représentatives; les droits prétenduement voisins du droit d'auteur 223

Chapitre II

La protection immédiate des prestations par la loi sur la concurrence déloyale 226

§ 5. Définition du problème 226
§ 6. Concurrence déloyale et «Leistungsschutz»; bref aperçu de doctrine et jurisprudence 227
§ 7. La fonction de la LCD; son incomptabilité avec une extension de la clause générale à certaines prestations 232
§ 8. L'exploitation des résultats du travail d'autrui dans le cadre d'une interprétation traditionnelle de la notion de concurrence déloyale . 236
§ 9. Le reprise immédiate de la prestation d'autrui – unmittelbare Leistungsübernahme – et la clause générale 244

Deuxième partie

La protection des prestations par les régimes traditionnels de propriété intellectuelle 252

Chapitre III

Principes généraux du droit d'auteur et du droit des brevets d'invention 253
§ 10. Généralités. 253
§ 11. Le bien protégé par le régime du droit d'auteur 256
§ 12. Le bien protégé par le régime des brevets 261

Chapitre IV

Examen du statut juridique de certaines prestations au caractère utilitaire prédominant 265
§ 13. Généralités. 265
§ 14. Plans et dessins techniques 265
§ 15. Les programmes d'ordinateurs 272
§ 16. Modèles d'utilité; petites inventions 281

Conclusions générales 287

Abbréviations

AIPPI	Association internationale pour la protection de la Propriété intellectuelle
ALAI	Association littéraire et artistique internationale
Ann.	Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire
AP (I + II)	Avant-projet de loi sur le droit d'auteur
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DFJP	Département fédéral de justice et police
Dir.aut.	Il diritto d'autore
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Ausl.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
Ing.Cons.	Revue de droit intellectuel. L'ingénieur conseil
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
JdT	Journal des Tribunaux
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
LB	Loi fédérale sur les brevets d'invention
LCD	Loi fédérale sur la concurrence déloyale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
Mitt.	Schweizerische Mitteilungen über gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
P.I.	La propriété industrielle
Rassegna	Rassegna della proprietà industriale, letteraria e artistica
Rev.trim. dr.com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
Riv.dir.com.	Rivista del diritto commerciale
Riv.dir.ind.	Rivista di diritto industriale
Riv.propr. int. et ind.	Rivista della proprietà intellettuale e industriale
RSJB	Revue de la société des juristes bernois
Sem.jud.	Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Revue suisse de jurisprudence)
TMR	Trademark Reporter
Ufita	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Revue de la société des juristes bernois
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Revue de droit suisse)

Introduction

1. Renouveau des droits de propriété intellectuelle

Le droit d'auteur, les brevets d'invention, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industriels, enfin, le droit de la concurrence déloyale forment le domaine de la propriété intellectuelle au sens large[1]. Cette branche du droit est en pleine évolution. Ce renouveau des droits de propriété intellectuelle se manifeste tant sur le plan national qu'international. Certains pays se sont ainsi donné une législation nouvelle en matière de droit d'auteur et de brevets d'invention[2]. Sur le plan international, des conventions internationales importantes ont été conclues ces dernières années parmi lesquelles il faut citer:

- la Convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens, dite Convention de Munich;
- la Convention du 10–28 octobre 1961, sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, dite Convention de Rome;
- la Convention du 29 octobre 1971 pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes, dite Convention de Genève.

La Suisse ne pouvait rester à l'écart de cet important mouvement législatif. Ainsi une loi du 17 décembre 1976 a modifié d'une façon substantielle la loi du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention aux fins d'harmoniser notre législation avec les dispositions de droit matériel contenues dans la Convention de Munich. En ce qui con-

[1] Selon la terminologie classique, la propriété intellectuelle couvrirait le domaine du droit d'auteur, la propriété industrielle englobant les matières régies par la Convention d'Union de Paris. Cette distinction paraît aujourd'hui dépassée; le droit d'auteur joue en effet un rôle toujours plus important dans la vie industrielle. Voir dans ce sens X. Desjeux, Le droit d'auteur dans la vie industrielle, RIDA 1975, p. 125 et ss.

[2] Par exemple la France: loi du 2 janvier 1968 «tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention»; et l'Allemagne: loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 septembre 1965, modifiée le 10 novembre 1972.

cerne le droit d'auteur, le processus de revision de la loi du 7 décembre 1922 est assez avancé; c'est ainsi que la commission d'experts désignée par le DFJP a terminé ses travaux et qu'un second avant-projet de loi – AP II – a pu être établi après consultations des milieux intéressés. Toutefois, ces réformes, pour essentielles qu'elles soient, n'innovent pas, sur le plan des principes, dès lors qu'elles ne tendent qu'à renforcer la protection déjà assurée par les anciens textes aux auteurs et aux inventeurs, sans pour autant créer une nouvelle catégorie de droits privatifs.

Mais voilà qu'une commission d'experts présidée par Monsieur le Juge fédéral PIERRE CAVIN a élaboré un avant-projet de loi sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, dans le but de permettre à la Suisse d'adhérer à la Convention de Rome du 10–28 octobre 1961. A l'image de certains droits étrangers[3], ce texte confère aux intéressés des droits sui generis sur leur production que l'on désigne par l'expression «droits voisins du droit d'auteur». Si le projet de cette commission devait aboutir, une nouvelle catégorie de droits jusqu'ici inconnue ferait son apparition dans le droit positif suisse, ce qui doit inciter le juriste à la réflexion, ne serait-ce déjà qu'en raison des questions d'ordre dogmatique que pose l'introduction dans un système déterminé de tout nouveau concept juridique.

2. Le caractère marginal de certaines productions et l'avant-projet sur les droits voisins

Toutefois, ce ne sont pas seulement des problèmes de nature purement théorique que soulèvent les propositions contenues dans l'avant-projet sur les droits voisins. En effet, ce texte assurerait une protection spécifique à certaines productions émanant d'une catégorie déterminée d'intéressés – les artistes interprètes ou exécutants; les producteurs de phonogrammes; les organismes de radiodiffusion – alors que d'autres réalisations tout aussi méritantes continueraient de ne bénéficier que de la protection, considérée à tort ou à raison comme hypothétique, des régimes classiques de propriété intellectuelle, de la loi sur la concurrence déloyale, enfin du droit commun, notamment des articles 28 CCS et 41 CO. Sans vouloir dresser un catalogue exhaustif de ces productions marginales, au statut juridique apparemment incertain, on peut néanmoins citer:

- les prestations des artistes de variété, acrobates, prestidigitateurs et sportifs;

[3] Voir infra, part. I, chap. I.

- les éditions princeps;
- les répertoires, dictionnaires, lexiques, index, livres d'adresses et de cuisine;
- les cartes de géographie;
- les plans et dessins techniques; les tables scientifiques;
- les éditions d'ouvrages tombés dans le domaine public;
- les nouvelles de presse.

Puisque l'avant-projet sur les droits voisins, en consacrant l'existence de droits sui generis sur certaines productions bien déterminées, s'affranchit en quelque sorte de la conception traditionnelle des droits de propriété intellectuelle, on peut se demander s'il ne faut pas à ce stade, se montrer plus ambitieux et étendre la portée du nouveau régime à toutes les productions qui viennent d'être énumérées, selon des critères qui restent naturellement à définir. L'avant-projet sur les droits voisins se transformera ainsi en une véritable «Leistungsschutzgesetz» accordant une protection spécifique à certaines prestations dont la mise au point a donné lieu à un investissement souvent important en travail et en argent. L'avantage immédiat d'une telle solution paraît, de prime abord évident; elle mettrait fin à l'incertitude qui plane sur le sort juridique de toute une série de productions et permettrait de purifier, pour reprendre les termes du Professeur VISCHER[4], les droits classiques de propriété intellectuelle de tout corps étranger.

3. Le principe du numerus clausus des biens immatériels et l'avant-projet sur les droits voisins

Mais ce nouveau régime pourrait aussi être aménagé de façon à combler les lacunes existantes dans le système de protection des valeurs intellectuelles. On sait que la propriété intellectuelle connaît le principe du numerus clausus des biens immatériels. Toutes les manifestations de l'activité intellectuelle ne bénéficient pas sans autre d'un droit exclusif; pour que tel soit le cas, il faut que la production intellectuelle en cause tombe sous le coup d'une loi spéciale et qu'elle réponde à la définition du bien protégé par cette dernière. C'est ainsi que les inventions portant sur des méthodes ou des systèmes dits abstraits, ou encore, du moins en ce qui concerne la Suisse, les petites inventions et les modèles d'utilité, ne peuvent en l'état actuel de la jurisprudence revendiquer l'application d'aucun régime spécifique de propriété intellectuelle et partant font partie du domaine public, nonobstant l'effort souvent original qui a marqué leur con-

[4] F. VISCHER, Die Purifikation des Urheberrechts und der Schutz des Arbeitsergebnisses, dans: Festschrift für Walther Hug, Berne 1968, p. 259 et ss.

ception. Une extension de cette «Leistungsschutzgesetz» à de telles productions compléterait ainsi d'une façon heureuse un système de normes qui devrait tendre avant tout à garantir aux innovateurs de toute espèce une exclusivité limitée dans le temps sur les fruits de leur création. Il peut en effet sembler à tout le moins inéquitable, que la protection du brevet soit refusée aux méthodes et systèmes dénués de caractère technique ou encore que les formes dites fonctionnelles soient exclues du champ d'application de la loi sur les dessins et modèles industriels, alors que ces réalisations témoignent d'une certaine veine créatrice au même titre que les inventions techniques et les modèles ornementaux qui eux, bénéficient d'un véritable droit exclusif sanctionné par une loi spéciale[5].

4. But du présent rapport

Combler des lacunes, lever des incertitudes, tels devraient être les objectifs d'une «Leistungsschutzgesetz» ainsi élargie. Mais cette solution d'une apparente simplicité ne comporte-t-elle pas de sérieux inconvénients? N'y-a-t-il pas tout d'abord un risque que ce nouveau régime fasse double emploi avec les droits classiques de propriété intellectuelle en les privant pratiquement de tout intérêt dès lors que les conditions d'application de cette loi seraient vraisemblablement moins sévères. D'autre part, la création d'une multiplicité de droits sui generis applicables à des situations particulières pourrait être interprétée comme une autorisation implicite de tout ce qui n'est pas expressément défendu; une telle conception restreindrait considérablement le sens et la portée du droit des délits, notamment de la loi sur la concurrence déloyale[6]. Ne va-t-on pas ainsi, sous prétexte d'une plus grande efficacité, bouleverser les fondements de la propriété intellectuelle en détruisant la logique du système? Vu l'importance des problèmes qu'elle soulève, l'introduction d'une «Leistungsschutzgesetz» mérite donc d'être examinée sous l'angle de la théorie générale.

Dans cette perspective, il faudra se demander si la prestation, soit le bien protégé par ce nouveau régime, peut être envisagée en tant que catégorie juridique homogène qui en justifierait l'existence, ou à défaut si cette notion ne relève pas directement de la loi sur la concurrence déloyale ou enfin s'il ne s'agit pas tout simplement d'un faux problème dont la solution se trouve déjà contenue dans les

[5] Dans ce sens A. TROLLER, Ist der immaterialgüterrechtliche «Numerus clausus» der Rechtsobjekte gerecht?, dans: «Ius et Lex», Festschrift Max Gutzwiller, Bâle 1959, page 769.

[6] A. STREULI, Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen, Mitt. 1962, p. 51 et ss.

droits classiques de propriété intellectuelle pour autant que ceux-ci soient correctement interprétés et appliqués. Nous sommes en effet d'avis que l'inflation législative n'est pas un mal nécessaire et toute solution qui permet l'économie d'une loi doit avoir la préférence.

C'est à cet ensemble de questions, que le présent rapport est consacré. Considérant l'ampleur et la complexité de la tâche, les rapporteurs se sont divisé le travail: le rapport en langue allemande traitera plus spécifiquement des prestations qui se situent à la périphérie du droit d'auteur, alors que le rapport en langue française se concentrera sur celles qui sont le fruit d'une activité de nature technique ou dont le caractère industriel ou commercial est plus nettement marqué.

Première partie

La protection immédiate des prestations par un régime de droit spécifique

Dans cette première partie, on examinera si la prestation peut faire l'objet d'un statut juridique indépendant, en dehors de toute application du système traditionnel des droits de propriété intellectuelle. On cherchera ainsi à déterminer s'il existe une notion juridique de la prestation susceptible de mettre en œuvre un régime de droit autonome, assurant à cette dernière une protection immédiate. Cette étude s'effectuera dans deux directions: tout d'abord il faudra se demander si la prestation représente un bien dont les contours sont suffisamment définis pour justifier la création d'une nouvelle catégorie de droits privatifs. Ce premier thème soulève donc le problème de la protection des prestations par un droit sui generis – « Leistungsschutzgesetz ».

Mais la protection des prestations intéresse également les rapports de concurrence. En effet, toute prestation donnant naissance à une valeur nouvelle, dans un secteur industriel ou commercial déterminé, procure à son auteur un avantage sur ses concurrents qui résulte du facteur « temps », c'est-à-dire du fait qu'il se trouve être le premier à pouvoir exploiter cette nouveauté sur le marché. Dans cette optique, ne devrait-on pas considérer comme un acte de concurrence déloyale l'exploitation par un tiers de la prestation d'autrui visant à détruire cet avantage et partant, à priver un concurrent des fruits de son travail? La loi sur la concurrence déloyale interviendrait ainsi pour protéger directement certaines prestations, ce qui constituerait un bouleversement de nos conceptions traditionnelles en cette matière. Cette question fondamentale, pour toute la systématique du droit de la propriété intellectuelle, fera l'objet du second chapitre de cette première partie.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, une précision d'ordre terminologique s'impose. L'expression « prestation » est en effet ambiguë. Tirant son origine du mot latin praestare, elle peut signifier soit l'action de fournir quelque chose, soit encore ce qui doit être fourni ou accompli. Dans ce premier sens, le terme « prestation » – Leistung – évoque une action, le déroulement d'un certain processus, dans le second sens, le résultat de cette action – Leistungsergebnis[7].

[7] Sur le concept de la « Leistung » dans son acception dynamique, voir K. SCHRAMM, Die schöpferische Leistung, Berlin/Cologne 1957, p. 17 et ss.

Il y a donc une conception dynamique et une conception statique de la prestation entre lesquelles il faudra choisir si l'on veut que le bien susceptible d'être assujetti à cette « Leistungsschutzgesetz » soit clairement défini. Il paraît évident que c'est la notion statique de la prestation qui doit à cette fin être retenue. Le droit ne peut en effet appréhender que des phénomènes qui se manifestent dans la réalité extérieure. Or, nos sens ne sont capables de percevoir que le résultat d'une activité intellectuelle et non l'acte dont il est issu. Il s'ensuit que la « Leistung » envisagée dans son acception dynamique ne peut jamais être objet immédiat d'un droit[8].

Cette conclusion vaut du reste pour tout le domaine de la propriété intellectuelle. C'est ainsi qu'en droit des brevets, la protection légale s'adresse à la règle d'utilisation des forces de la nature et non au processus mental qui en est la cause. Il en va de même en matière du droit d'auteur où le bien protégé par la loi est l'œuvre littéraire ou artistique et non l'acte psychologique qui lui a donné naissance[9]. Mais, nonobstant ce qui précède, la « prestation » dans son acception dynamique joue un rôle important dans le droit de la propriété intellectuelle. Ne pouvant être objet immédiat d'un droit, c'est indirectement qu'elle va intervenir, en ce sens que sa qualité sera déterminante pour décider si le résultat qui en découle mérite ou non d'être protégé[10]. Par exemple, en droit des brevets, l'application du critère du niveau inventif – ou celui de la non évidence – qui permet d'établir si une règle technique donnée était ou non à la portée du spécialiste moyen, a précisément pour but de vérifier qu'une telle règle est bien le fruit d'une « Leistung » au sens dynamique du terme dénotant une certaine qualité, condition jugée nécessaire pour l'octroi de la protection légale.

[8] Dans ce sens P. SIDLER, Der Schutz von Computerprogrammen im Urheber- und Wettbewerbsrecht, Bâle 1968, p. 75 et ss. Pour cet auteur, la protection s'adresse toujours au « Leistungsergebnis ».

[9] Cf. sur point F. PERRET, L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles. Essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle, Genève 1974, p. 69 et ss et la littérature citée par cet auteur.

[10] Voir dans ce sens TROLLER, Urheberrecht und Ontologie, Ufita 1967, p. 385.

Chapitre premier

La protection immédiate des prestations par un droit sui generis

§ 1. Bref aperçu de droit positif

Bon nombre de droits étrangers ont consacré dans leur législation la solution d'un «Leistungsschutz» limité toutefois à certaines réalisation bien déterminées. Il faut relever d'emblée qu'à la différence du système proposé dans l'AP sur les droits voisins, la protection des prestations, dans les Etats qui la connaissent, ne figure pas dans une loi spéciale mais constitue le plus souvent un chapitre particulier de la loi sur le droit d'auteur. C'est ainsi que la loi allemande sur le «droit d'auteur et les droits apparentés» du 9 septembre 1965 protège dans sa deuxième partie sous le titre «droits apparentés» toute une série de prestations, à savoir:

- les éditions scientifiques (Article 470);
- les photographies qui n'ont pas le caractère d'une œuvre au sens de la première partie de la loi (Article 72);
- les prestations des artistes interprètes ou exécutants (Article 73 et ss.);
- les prestations des producteurs de phonogrammes (Article 85 et ss.);
- les prestations des organismes de radiodiffusion (Article 87).

La durée de protection de ces prestations est naturellement inférieure à celle prévue en faveur de l'œuvre investie d'un droit d'auteur – dix ans pour les éditions scientifiques et les photographies; vingt-cinq ans pour les autres prestations. Quant aux prérogatives accordées aux intéressés, il s'agira dans la plupart des cas d'un droit exclusif de reproduction et de mise en circulation. Toutefois l'artiste interprète, dont la prestation a été licitement enregistrée sur un support visuel ou sonore, ne possède qu'un droit à une rémunération équitable dans l'hypothèse où ledit support viendrait à être radiodiffusé sans son autorisation (Article 76)[11].

La loi autrichienne sur le droit d'auteur du 9 avril 1936 institue pour sa part une protection spéciale des photographies et des instru-

[11] Il bénéficiera de ce même droit si sa prestation est enregistrée sur un support visuel ou sonore ou si une émission radiodiffusée de sa prestation est communiquée publiquement (Article 77).

ments porteurs de sons dans sa section II. Quant à la loi italienne sur le droit d'auteur du 22 avril 1941, elle prévoit à son titre II des dispositions relatives «aux droits connexes à l'exercice du droit d'auteur» qui couvrent pratiquement le même domaine que la loi allemande, avec cette particularité que le droit sui generis vise au surplus les plans d'ingénieurs. L'article 99 de cette loi assure en effet à l'auteur d'un plan d'ingénieur contenant la solution originale d'un problème technique, outre le droit exclusif de reproduction, un droit à une rémunération équitable lorsque le projet est utilisé dans un but lucratif.

§ 2. La distinction entre les prestations – Leistungen – et les créations – Schöpfungen

1. Recherche d'un dénominateur commun à toutes les prestations

Ce bref aperçu de droit positif a mis en évidence le caractère hétérogène des productions intellectuelles susceptibles de tomber sous le coup d'une «Leistungsschutzgesetz» donnant naissance à des droits sui generis. Par exemple, en droit allemand, la prestation du producteur de phonogrammes voisine avec l'édition scientifique ou encore selon le droit italien, le photographe et l'ingénieur sont mis au bénéfice d'un droit de même nature dit «connexe au droit d'auteur». L'assujettissement de toutes ces prestations apparemment si diverses à un même régime juridique n'est, à notre avis, concevable que si elles démontrent au moins une caractéristique semblable. Il convient donc de rechercher s'il existe un dénominateur commun à ces productions qui, à première vue, ne présentent aucune affinité.

Ce dénominateur commun, certains auteurs ont cru l'identifier en opposant la prestation industrielle à la création esthétique[12]. On sait en effet que la plupart des systèmes de droit positif exige que l'œuvre investie d'un droit d'auteur représente une création personnelle de l'esprit. C'est notamment le cas de la loi allemande qui pose explicitement cette condition à son article 2 al. 2.

En droit suisse, l'AP II définit l'œuvre protégée comme «une création du domaine littéraire et artistique... qui présente un caractère original». Le Tribunal fédéral, dans ses tentatives de caractériser l'œuvre donnant prise à un droit d'auteur, procède de la même con-

[12] Notamment: W. HOFFMANN, Werk, Leistung und Wettbewerb. GRUR 1940, p. 468 et ss.; H. HUBMANN, Das Recht des schöpferischen Geistes, Berlin 1954, p. 39 et ss.; SCHRAMM, Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, Berlin/Cologne 1954, p. 227 et ss.; VISCHER, Die Purifikation; E. DEL BIANCO, Le droit d'auteur et ses limites, Lausanne 1951, p. 24.

ception. Selon notre Instance Suprême, l'œuvre doit «constituer un résultat original d'une création de l'esprit» c'est-à-dire «être la création de quelque chose d'original ayant son cachet propre»[13]. La doctrine favorable à l'introduction d'un «Leistungsschutz» spécifique est alors partie de l'idée que si la présence d'une création est le facteur décisif qui conditionne l'application de la loi sur le droit d'auteur, toute production qui ne répondrait pas à ce critère doit en être exclu pour être soumise à un autre système de normes protectrices. Il y aurait entre la «Schöpfung» et la «Leistung» une différence qualitative ou encore une différence de nature qui commanderait leur sujétion à des régimes juridiques bien distincts.

2. L'individualité de l'œuvre, opposée à la nouveauté de la prestation

C'est en se fondant sur une définition de la notion de création que les partisans d'une «Leistungsschutzgesetz» autonome se sont efforcés de circonscrire le domaine des prestations. Cette méthode qui consiste à identifier un genre en isolant les propriétés de son contraire est déjà en soi critiquable et ne peut donner de résultats satisfaisants comme on le verra par la suite. Ainsi et pour cette doctrine, s'il est indéniable que créations et prestations ont ceci de commun qu'elles se traduisent par un résultat nouveau, toute la différence résiderait dans la nature de cet apport nouveau; la création doit porter la marque de la personnalité de son auteur; celui-ci s'exprime au travers de l'œuvre qui, même lorsqu'elle circule par le biais d'exemplaires matériels lui reste intimément attachée. Dans cette conception, l'œuvre est individuelle en ce sens qu'aucun auteur n'aurait pu réaliser une œuvre identique. En d'autres termes, et si chacun d'entre nous a une personnalité unique qui va se manifester dans l'œuvre, celle-ci ne pourra être attribuée qu'à un sujet déterminé[14]. Toute création parallèle est donc exclue car et en raison de la personnalité de l'auteur, l'œuvre acquiert une physionomie qui lui est propre. Il suffira ainsi que l'œuvre soit originale au sens subjectif du terme – eigentümlich – c'est-à-dire que l'auteur l'ait tiré de son propre fond sans imiter un modèle de la réalité extérieure pour qu'elle bénéficie de la protection légale[15].

[13] RO 88 IV 123, JdT 1943 IV, p.25; 75 II 355, JdT 1950, p.502; 76 II 97.

[14] Voir dans ce sens notamment TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol.I, Bâle/Stuttgart 1968, p.448, 459 et ss.; H.HUBMANN, Urheber- und Verlagsrecht, Munich 1974, p.35 et ss.; H.DESBOIS, Le droit d'auteur en France, Paris 1966, p.5 et ss.; MÖHRING/NICOLINI, Urheberrechtsgesetz, Berlin/Francfort 1970, ad. paragraphe 1, note 2, p.44.

[15] Sur les différents sens du concept de l'originalité voir surtout SCHRAMM, Die schöpferische Leistung, p.100 et ss. et M.ARE, L'Oggetto del diritto d'autore, Milan 1963, p.58 et ss.

A la différence des créations, les prestations ne posséderaient pas ce caractère personnel. L'activité intellectuelle débouche certes sur un résultat nouveau se distinguant des choses appartenant au patrimoine intellectuel commun, mais ce résultat ne reflète pas la personnalité de l'auteur. La prestation n'est donc originale qu'au sens objectif du terme – eigenartig – c'est-à-dire par rapport à la réalité préexistante. Elle n'est pas individuelle car la personne de son auteur est totalement indifférente. La prestation aurait ainsi pu être réalisée par n'importe qui[16].

Si l'on appliquait la distinction entre créations et prestations dans toutes ses conséquences, la quasi totalité des biens immatériels protégés par des lois spéciales relèverait du domaine des prestations[17] – n'y échapperaient que certaines productions esthétiques au caractère exclusivement artistique. Par contre les inventions techniques et les marques de commerce et de fabrique feraient entre autres partie de la catégorie des prestations, car il paraît difficilement concevable que de telles réalisations répondent au critère de l'individualité tel qu'il vient d'être défini[18]; preuve en est du reste qu'en instituant un système de priorité basé sur l'enregistrement, le législateur a voulu exclure l'hypothèse d'inventions ou de marques parallèles investies chacune d'un droit exclusif au bénéfice de leur auteur respectif.

3. Tentative de limiter le domaine des prestations par le recours au procédé de l'énumération

Une catégorie qui couvrirait presque toutes les formes de l'activité intellectuelle n'a aucune valeur sur le plan juridique; aussi les partisans du «Leistungsschutz» ont-ils limité la portée de ce dernier à deux grands groupes de prestations qui sont les suivants:

a) Le groupe des prestations dites originaires, qui possèdent une valeur indépendante – originäre Leistungen von selbständigem Verkehrswert – auquel appartiendraient toutes les petites monnaies du droit d'auteur – kleine Münze – tels les catalogues, répertoires, dictionnaires et lexiques, livres d'adresses et de cuisine ainsi que les dessins et modèles industriels.

[16] Voir dans ce sens HOFFMANN, HUBMANN et SCHRAMM cités sous note (12).

[17] Dans ce sens K. RUNGE, Urheberrechts- oder Leistungsschutz, GRUR 1959, p. 75 et ss.

[18] Dans ce sens H. HUBMANN, Gewerblicher Rechtsschutz, Munich 1969, p. 78 et ss.; IDEM, Das Recht des schöpferischen Geistes, p. 39 et ss. Dès lors que l'invention brevetable est elle-même une «Leistung», il paraît à tout le moins paradoxal de vouloir la distinguer de la «petite invention» qui relèverait d'une «Leistungsschutzgesetz», solution que semble préconiser VISCHER, Die Purifikation.

b) Le groupe des prestations dites représentatives, qui sont liées à une œuvre – darstellende Leistungen – auquel serait attribué tout le domaine des droits voisins, à savoir les prestations des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion[19].

Ainsi et malgré l'intervention du critère de l'individualité ou de l'empreinte personnelle qui marquerait la frontière entre le domaine des créations soumises au droit d'auteur et celui des prestations, un régime spécifique applicable à ces dernières ne peut être élaboré sans recourir au procédé de l'énumération. C'est là la première critique et la plus essentielle que l'on peut adresser au système. En l'absence d'une définition générale et abstraite fondée sur l'existence d'une catégorie logique, le choix des prestations élues relèvera toujours de considérations politiques plus ou moins bien inspirée. Il n'y a apparemment aucune raison de refuser aux éditeurs d'œuvres tombées dans le domaine public le bénéfice de cette «Leistungsschutzgesetz» alors que les producteurs de phonogrammes pourraient s'en prévaloir.

On pourrait certes envisager que l'énumération soit simplement exemplative au lieu d'être exhaustive, ce qui permettrait de rattacher à la loi de nouvelles prestations au fur et à mesure de la constatation de nouveaux besoins. Cette solution, pour séduisante qu'elle soit, n'en conduirait pas moins à une totale insécurité juridique, les objets protégés n'étant pas déterminables à priori[20]: le critère de l'individualité s'il est à la rigueur susceptible de tracer une limite, certes arbitraire comme on le verra par la suite, entre le domaine des prestations et celui des créations, est en revanche absolument incapable d'identifier ce quid novi, cette originalité au sens objectif du terme qui doit nécessairement exister pour qu'une prestation soit digne de protection[21]. Dès lors et en l'absence d'un autre critère, les tiers ne seront pas en mesure de faire la part de ce qui appartient au domaine public d'avec ce qui est soumis au «Leistungsschutz». Mais indépendamment de cette critique déjà fondamentale, la distinction proposée ne semble reposer sur aucune base juridique quelque peu solide; son caractère artificiel apparaîtra encore plus nettement lorsque l'on aura examiné à la lumière des principes généraux du droit de la propriété intellectuelle, la prétendue catégorie des créations par

[19] Dans ce sens SCHRAMM, Grundlagenforschung, p. 220 et ss.; HUBMANN, Das Recht des schöpferischen Geistes, p. 158 et ss. y ajoute le groupe des prestations liées au patrimoine intellectuel commun telle la propriété scientifique, les éditions princeps, les nouvelles de presse, etc.

[20] La proposition de BLUM de protéger toutes les «wertvollen Neuerungen» ne saurait pallier cette absence de définition. R. BLUM, Schutz der Immaterialgüter vor sklavischer Nachahmung auf technischem Gebiet, Zurich 1947.

[21] Dans ce sens, ARE, L'Oggetto del diritto d'autore, p. 173 et ss.

rapport aux prestations originaires d'une part et aux prestations représentatives d'autre part.

§ 3. Créations et prestations originaires – les petites monnaies du droit d'auteur

La distinction entre les créations et ce groupe de prestations procède d'une interprétation erronée de la notion même de création; elle ne peut donc être qu'artificielle. Ainsi qu'on vient de le voir, la création tout comme la prestation implique l'apport de quelque chose de nouveau. Cela est évident pour la création, car on ne peut créer une chose qui existe déjà, qui ne se distingue en rien du fond commun de la culture ou de la technique. Mais celà est aussi vrai pour les prestations originaires à moins que l'on ne veuille soutenir qu'une parcelle du patrimoine intellectuel commun peut être annexé au profit d'un seul, ce qui serait absurde et contraire à la finalité que poursuit le droit de la propriété intellectuelle. Or, entre le résultat nouveau associé à la création et celui lié à une prestation originaire, il ne peut y avoir qu'une différence quantitative ou de degré mais en aucun cas une différence de nature ou qualitative.

1. Relativité de la notion de création

Il est incontestable qu'une création intégrale au sens absolu du terme est inconcevable, du moins pour l'esprit humain. L'homme crée à partir d'un état de chose antérieur. L'imagination, l'intuition, la fantaisie qui sont le siège des facultés créatrices de l'individu s'exercent toujours sur des matériaux préexistants que l'être humain transforme pour réaliser une valeur intellectuelle nouvelle[22]. Quel que soit le champ d'activité de l'esprit humain, la création ab initio n'existe pas. Cette constatation s'impose indiscutablement pour tout ce qui concerne le domaine de l'utile. Il est indéniable que l'invention qui se définit comme l'application pratique d'un processus causal, d'une relation de cause à effet entre des phénomènes naturels[23] que l'inventeur a su identifier, dépend essentiellement de la somme des connaissances que l'humanité a amassée au cours des temps et qui

[22] Selon SCHRAMM, le processus créateur s'analyse comme un passage de l'inconscient ou du subconscient au conscient et ce grâce à l'intuition ou à la fantaisie. Cf. SCHRAMM, Die schöpferische Leistung, p. 53 et ss. H. BERGSON oppose l'intelligence conceptuelle qui «rejette toute création» à l'intuition qui est source de création. H. BERGSON, L'évolution créatrice, Paris 1969, p. 164 et ss. Voir aussi PERRET, op. cit. (note 9), p. 72 et ss.

[23] Voir infra, IIe partie, chap. III.

forme l'état de la technique. C'est du reste pour cette raison que certains auteurs ont refusé de considérer l'invention comme une création, bien que celle-ci mette à contribution, au même titre que la production esthétique, si ce n'est peut être dans une moindre mesure, les facultés créatrices de l'individu[24].

Mais les réalisations qui relèvent du domaine de l'art n'échappent pas non plus à cette règle. Tout d'abord parce que les moyens avec lesquels l'artiste s'exprime se trouvent tels quels dans la nature – par exemple marbre pour le sculpteur; toile et couleurs pour le peintre; ensuite, parce que ce qu'il doit exprimer ne s'élabore pas du dedans mais lui vient du dehors. L'artiste crée sous l'influence de sentiments, de sensations qui proviennent du monde extérieur et qui vont former l'objet de son expression. Enfin, parce que l'œuvre n'est pas un phénomène isolé, accidentel, mais qu'elle s'inscrit dans le cadre de l'évolution de la pensée humaine et ce, que l'artiste s'en tienne à la tradition qu'il ait voulu rompre avec elle[25]. Naturellement et vu la diversité des expressions qui constituent le domaine de l'esthétique, ce lien avec le monde extérieur, avec la réalité préexistante est plus ou moins lâche.

C'est ainsi que l'œuvre d'architecture parce qu'elle doit obéir à certaines règles de la mécanique statique et surtout remplir un but pratique – servir d'habitant à l'homme – ne permettra pas à son auteur de donner aussi librement cours à sa fantaisie que s'il s'agissait de la conception d'un roman où l'écrivain n'est lié que par le genre de l'expression et les règles de la syntaxe. Mais dans les deux cas, l'œuvre n'est pas née du néant. Elle résulte d'un ensemble d'éléments dont certains proviennent du patrimoine culturel préexistant ou de la réalité extérieure, les autres étant tirés du propre fond de l'auteur, la part de celui-ci pouvant être plus ou moins grande selon le type de l'expression[26].

2. Rapport entre les notions de nouveauté et d'originalité

Puisque toutes créations empruntent nécessairement certaines de leurs parties au monde extérieur, la nouveauté qui leur est associée ne saurait être suffisante pour justifier l'octroi d'une exclusivité sinon

[24] Dans ce sens BLUM/PEDRAZZINI, Das Schweizerische Patentrecht, Bern 1975, tome I, ad Art. 1, note 20, p. 118 et ss.; M. FRANZOSI, L'invenzione, Milan 1965, p. 98 et ss.

[25] Par exemple, l'atonalisme de Schönberg procède directement du chromatisme wagnérien.

[26] La relativité de la création en matière de droit d'auteur paraît admise par la doctrine dans sa grande majorité. Voir surtout: SCHRAMM, Die schöpferische Leistung, p. 41 et ss.; ARE, L'Oggetto del diritto d'autore, p. 38 et ss.; HUBMANN, Das Recht des schöpferischen Geistes, p. 17 et ss.; FROMM/NORDE-

des monopoles s'exerceraient sur des productions qui, parce qu'elle présentent des différences minimes avec ce qui existe déjà, appartiennent virtuellement au patrimoine commun. L'expression banale, la règle technique qui découle de toute évidence de l'état de la technique ne mérite pas la protection de la loi, dès lors que ces productions sont le fruit d'une activité de routine dans laquelle le raisonnement logique, forme de la pensée commune à toute l'espèce humaine peut intervenir, mais où l'imagination, l'intuition qui est propre à chaque individu n'y trouve aucune place. Si donc la nouveauté simple, c'est-à-dire la constatation d'une différence quelconque avec les choses préexistantes, ne suffit pas, il faut alors exiger davantage, à savoir une certaine qualité de cette différence laquelle va se traduire sur le plan juridique par la condition de l'originalité. Dans cette optique, cette condition apparaît comme un degré supérieur de nouveauté à partir duquel une réalisation donnée est censée témoigner de la présence d'une activité créatrice[27]. L'originalité s'établit dans les régimes classiques de propriété intellectuelle par différents critères, selon la nature de la production en cause qui peuvent ou non faire l'objet d'un jugement de valeur. Par exemple, la loi du 17 décembre 1976 modifiant la loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention, recourt au critère de la non évidence pour déterminer l'originalité d'une règle technique. Ce critère fait toujours appel à l'image de l'homme de métier de bonne formation, comme sous l'empire de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt Philips[28]. Le jugement de valeur porte ainsi sur la question de savoir si la règle technique qui revendique la protection légale était ou non à la portée de cet homme de métier, en d'autres termes si les différences que marque la règle par rapport aux antériorités excédaient les capacités de ce spécialiste.

On a dit qu'en matière de droit d'auteur, de tels critères qui supposent la formulation d'une appréciation n'étaient pas nécessaires et qu'il suffisait de démontrer, pour qu'une œuvre soit protégeable, que son auteur ne l'ait pas imitée, c'est-à-dire qu'il l'ait tiré de son propre fond. Pour cette doctrine, la seule originalité au sens subjectif du terme – Eigentümlichkeit – est susceptible de mettre en œuvre le régime de la propriété littéraire et artistique sans qu'il soit besoin d'apprécier par un jugement de valeur relatif à la chose créée, son originalité objective – Eigenartigkeit – c'est-à-dire l'importance des différences qu'elle doit marquer envers ses antériorités[29].

MANN, Urheberrecht, Stuttgart/Berlin 1966, ad paragraphe 2, note 3; BALL, The Law of copyright, Albany, New York 1944, p. 1 et ss.

[27] Voir dans ce sens PERRET, op.cit. (note 9), p. 132 et ss.

[28] RO 63 II 271, JdT 1938, p. 40.

[29] Dans ce sens TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. 1, page 448, 459 et ss., et la doctrine citée sous note 14. Toutefois un courant doctrinal, encore minori-

3. Pluralité des critères déterminant l'originalité d'une production esthétique

On ne saurait certes nier que là où l'auteur jouit d'une liberté presque totale dans la formation de l'expression, là où le lien avec le monde extérieur est le plus ténu, l'œuvre se différenciera suffisamment du patrimoine intellectuel commun ou d'une réalisation antérieure lorsqu'elle est le fruit d'une création indépendante. Cela sera généralement le cas des productions de l'art plastique, des œuvres musicales et de certaines œuvres littéraires, tels les romans et les pièces de théâtre. Il est en effet inutile de rechercher au moyen d'un critère sophistiqué si par exemple la Neuvième de Beethoven se distingue suffisamment de l'Inachevée de Schubert. Le fait de la création indépendante est ici à lui seul déterminant. Dans toutes ces hypothèses, l'originalité objective – Eigenartigkeit – est en quelque sorte présumée lorsque les conditions de l'originalité subjective – Eigentümlichkeit – sont remplies[30].

En revanche, là où la part des éléments empruntés au monde extérieur est plus importante, c'est-à-dire lorsque l'imagination se voit assignée certaines limites imposées par des lois naturelles, ou encore par la destination de l'œuvre, l'originalité au sens objectif du terme devra être établi à l'aide de critères qui ne peuvent que s'inspirer de ceux utilisés en matière de brevets d'invention. C'est ce qu'a fait le Tribunal fédéral dans un arrêt récent où il devait décider si un projet d'architecture d'intérieur pouvait bénéficier de la loi du 7 décembre 1922. Après avoir constaté qu'un arrangement intérieur de magasin ne pouvait se soustraire aux réalités de la technique de fabrication moderne, notre instance suprême concluait que la protection de la loi sur le droit d'auteur devait être refusée «lorsque la réalisation combinant et transformant certaines lignes et formes connues était à la portée de l'homme de métier»[31]. Si le Tribunal fédéral

taire, considère que l'œuvre ne peut être protégeable que si elle présente au regard de la réalité extérieure et du patrimoine intellectuel préexistant, certaines différences. Pour cette doctrine l'œuvre doit être objectivement nouvelle. Voir dans ce sens, M. M. PEDRAZZINI, Gedanken zur Neuheit, Ufita 1964, p. 262; M. KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Berne 1968, p. 80 et ss.; ASCARELLI, Teoria della concorrenza e dei beni immateriali, Milan 1960, p. 705; P. GRECO, I diritti sui beni immateriali, Turin 1948, p. 158; ARE, L'Oggetto del diritto d'autore, p. 52; FROMM/NORDEMANN, Urheberrecht, ad § 2, note 3, p. 57. Pour un détail de la jurisprudence étrangère qui s'est prononcé en faveur de la nouveauté objective, cf. PERRET, op. cit. (note 9), p. 89.

[30] Dans ce sens: ARE, L'Oggetto del diritto d'autore, p. 71 et ss.; VOIGTLÄNDER/ELSTER/KLEINE, Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst sowie an Werken der bildenden Kunst und der Photographie, Berlin 1952, p. 9.

[31] RO 100 II 167, JdT 1975, p. 534. Dans le même sens RO 56 II 413, JdT 1931,

s'en était tenu au critère de l'individualité – ou de l'originalité subjective «Eigentümlichkeit» – il n'aurait certes pu résoudre le problème qui se posait à lui. Lorsqu'une œuvre est soumise à des impératifs qui lui sont dictés par la réalité extérieure, il est en effet impossible à l'aide d'un tel critère de faire la part des éléments qui relèvent de cette dernière de ceux qui sont dus à la fantaisie, à l'imagination de l'auteur sans tomber dans des appréciations purement subjectives.

Il faut donc conclure avec le Tribunal fédéral et contrairement à l'opinion dominante que le critère de l'individualité ne peut être appliqué à toutes les créations assujetties au régime du droit d'auteur. Lorsque l'imagination est soumise à certaines contingences provenant de facteurs extérieurs, il faudra utiliser un critère qui, au moyen d'un jugement de valeur, permettra d'établir si la production en cause diffère suffisamment de ce qui est connu, de ce qui existe déjà pour mériter la protection légale[32].

4. Le mérite et la destination de l'œuvre, seuls critères distinguant la création de la prestation

Si le critère de l'individualité n'est à lui seul pas suffisant pour déterminer l'originalité d'une réalisation esthétique, il devient donc évident qu'entre les prestations et les créations, il ne peut y avoir de différence de nature, mais tout au plus une différence de degré: l'originalité est en effet un attribut nécessaire de la prestation. On ne saurait en effet se contenter de la seule nouveauté simple, car ce serait alors la zone du potentiellement connu qui ferait l'objet d'une exclusivité, conséquence inadmissible même si la durée du monopole est inférieure à celle prévue pour les créations[33]. Etant ainsi admis que la prestation doit atteindre un degré supérieur de nouveauté pour être protégeable, elle va suivre le sort des œuvres dont l'originalité ne peut être établie qu'à l'aide d'un jugement de valeur – par exemple les œuvres de l'architecture – et obéira aux mêmes règles que ces dernières. La distinction entre les «Leistungen» et les «Schöpfungen» se résumera ainsi en une simple différence dans la méthode utilisée pour reconnaître cette présence de l'activité créa-

p. 201 où à propos d'une œuvre architecturale le Tribunal fédéral déclare: «C'est une question de droit que de savoir si les différences constatées découlent d'une création originale ou ne sont dues qu'à une transformation purement manuelle d'éléments donnés.»

[32] Dans ce sens ARE, L'Oggetto del diritto d'autore, p. 191 et ss.

[33] Les partisans d'un «Leistungsschutz» ont toujours considéré que le bien protégé devait manifester une certaine «Leistungshöhe» qui n'est rien d'autre qu'un degré supérieur de nouveauté au sens où cette notion a été définie. Cf. HUBMANN, Urheber- und Verlagsrecht, p. 35.

trice qui est synonyme d'originalité, facteur qui ne paraît nullement décisif pour envisager l'adoption d'un nouveau régime de droit privatif.

Certes, on pourrait soutenir que la protection de la loi sur le droit d'auteur doit être réservée aux seules œuvres dont l'originalité est présumée du fait de la création indépendante, les productions esthétiques qui ne rempliraient pas cette condition, étant alors soumises à une «Leistungsschutzgesetz» spécifique. Dans cette hypothèse, ce nouveau régime viserait non seulement les petites monnaies du droit d'auteur, mais encore bon nombre d'œuvres de l'esprit telles les œuvres de l'architecture et probablement les œuvres d'art appliqué à l'industrie dont jusqu'à présent l'assujettissement à la loi sur le droit d'auteur n'avait jamais été mis en doute. A notre avis, cette solution est inacceptable et ce pour plusieurs raisons: tout d'abord, cette discrimination serait contraire au principe fondamental qui domine toute la matière de la propriété littéraire et artistique et qui interdit que l'on fasse dépendre de la destination de l'œuvre, l'octroi de la protection légale[34]. Or, il est évident que l'originalité de toute œuvre qui poursuit un but pratique, telles les œuvres architecturales, les cartes de géographie, les dictionnaires et lexiques, les livres d'adresses, etc. ne pourra être établie qu'à l'aide d'un critère fondé sur un jugement de valeur dès lors que ces réalisations sont soumis à des impératifs qui leur sont dictés par la réalité extérieure[35].

Pour ce motif, cette catégorie d'œuvre se verrait exclue du champ d'application de la loi sur le droit d'auteur. Mais cette solution, sous prétexte de distinguer les «Schöpfungen» des «Leistungen» équivaut en réalité à faire de la destination de l'œuvre, la charnière où viendront s'articuler les deux régimes, ce qui paraît inadmissible.

Ensuite et puisque les prestations comme les créations doivent démontrer un caractère original, la distinction proposée aboutit en fait à graduer la condition de l'originalité. Dans cette perspective, la «grande œuvre» s'opposerait à la «petite œuvre». Or, cette graduation est impossible à réaliser sur le plan juridique. Il est incontestable que les facultés créatrices d'un individu peuvent être mises à contribution dans une mesure variable, mais il semble exclu de vouloir traduire juridiquement cette variation d'intensité de l'activité créatrice en construisant une espèce de pyramide des valeurs créatrices dont la base serait attribuée au domaine des prestations le sommet à celui des créations[36]. Les tentatives infructueuses de la

[34] La destination de l'œuvre est indifférente quant à l'octroi de la protection légale. Elle ne nuit ni ne profite à l'auteur. Voir dans ce sens TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 447; DESBOIS, Le droit d'auteur, p. 47. En sens contraire: KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, p. 70.

[35] RO 100 II 167, JdT 1975, p. 534.

[36] PERRET, op. cit. (note 9), p. 126.

doctrine et de la jurisprudence tant suisse qu'étrangère de distinguer le modèle industriel «Leistung» de l'œuvre d'art appliqué – Schöpfung – en faisant appel à des critères mesurant la quantité d'activité créatrice investie dans chacune de ces productions constituent à cet égard des exemples révélateurs. L'originalité n'est en effet pas susceptible d'être mesurée. On peut certes établir à l'aide de critères appropriés que le résultat d'une activité intellectuelle a atteint ce degré supérieur de nouveauté qui constitue l'originalité, mais on ne peut aller plus loin et fixer à l'intérieur de cette zone un degré supérieur d'originalité à partir duquel la protection de la loi sur le droit d'auteur peut être revendiquée. Une telle enterprise est vouée à l'échec et cette frontière artificielle entre le domaine des prestations et celui des créations risque bien d'être tracée au moyen de critères touchant au mérite ou à la valeur artistique de l'œuvre, solution qui est absolument contraire aux principes fondamentaux du droit d'auteur.

§ 4. Créations et prestations représentatives; les droits prétenduement voisins du droit d'auteur

On examinera brièvement cette question dès lors qu'elle sera traitée plus spécifiquement dans le rapport en langue allemande. Ainsi qu'on l'a vu, les prestations représentatives couvrent tout le domaine des droits dits voisins du droit d'auteur, soit les prestations des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion. La description des objets rentrant dans la catégorie des prestations représentatives situe le problème de la distinction entre créations et prestations dans un tout autre contexte et en fait ressortir le caractère artificiel. Lorsque nous comparions les prestations originaires avec les créations aux fins de déterminer si la distinction proposée pouvait être établie en fonction de l'individualité manifestée par ces dernières, nous étions en présence de biens d'une même espèce, en l'occurrence des biens d'essence immatérielle. Avec les prestations représentatives, on se trouve par contre en présence de choses appartenant au monde matériel, ce qui exclut toute comparaison. Cette constatation paraît évidente pour ce qui concerne les prestations des producteurs de phonogrammes ou des organismes de radiodiffusion[37]; elle l'est moins à l'égard de celles des artistes interprètes ou exécutants vu la nature juridique contro-

[37] Il paraît indéniable que l'activité du producteur de phonogrammes ne donne naissance à aucune valeur intellectuelle nouvelle et partant ne peut conduire qu'à un résultat matériel, soit la fixation d'une interprétation sur le porteur de son. Voir dans ce sens A. Tournier, La technique au service des œuvres de l'esprit, RIDA XXV, p. 47 et ss.; Desbois, Le droit d'auteur, p. 206 et ss.

versée d'une exécution artistique. Toutefois, et quelle que soit la conception que l'on adopte à leur sujet, la solution d'un «Leistungsschutz» spécifique appliqué à ce genre de prestations n'en reste pas moins totalement arbitraire.

1. L'exécution d'une œuvre envisagée en tant que résultat matériel

S'il est vrai que l'objet des droits de propriété intellectuelle est une entité spirituelle, un bien immatériel – geistiges Gut – celui-ci ne peut toutefois être appréhendé par le droit sans intervention d'un support matériel qui se définit par son appartenance au monde sensible. Cette chose matérielle – corpus mechanicum – objectivise la création intellectuelle dans la réalité et servira ainsi de véhicule à la pensée. En s'imprimant dans la matière, l'entité spirituelle devient un objet de perception directe. La nature de ce moyen matériel varie selon le genre du bien immatériel. Il peut s'agir d'une chose corporelle – papier et encre pour l'écrivain – ou incorporelle – manifestations énergétiques telles les ondes sonores permettant la communication des œuvres s'adressant au sens de l'ouïe[38].

Lorsqu'elles s'extériorisent dans la réalité, certaines créations intellectuelles sont susceptibles d'emprunter l'un ou l'autre de ces moyens matériels. Par exemple, la communication d'une œuvre musicale peut s'effectuer par le truchement de la partition – moyen corporel. Mais la destination normale d'une telle production, c'est d'être interprétée. A cette condition seulement, l'œuvre musicale produira sur l'auditeur l'émotion esthétique recherchée par son auteur. L'exécution va donc traduire ces symboles que sont les notes en sons, rendant ainsi l'œuvre directement perceptible par les sens. Elle intervient au niveau de la réalisation du support matériel d'une manière analogue au travail de l'imprimeur qui confectionne les exemplaires d'un ouvrage littéraire, avec cette différence que dans ce cas l'activité déployée est purement manuelle – handwerkmässig. On peut donc parfaitement admettre, ou du moins il n'est pas inconcevable de soutenir que l'exécution relève de la réalité matérielle même si elle implique une certaine quantité de travail intellectuel[39].

Mais si l'on est d'avis que l'exécution représente l'objectivation matérielle d'une œuvre intellectuelle, on ne peut plus fonder la distinction entre créations et prestations représentatives sur le critère de l'individualité. Dans cette conception, en effet, l'œuvre et son

[38] ARE, L'Oggetto del diritto d'autore, p. 217 et ss.

[39] Dans ce sens V. DE SANCTIS, Die «benachbarten Rechte», Ufita 1955, p. 34; IDEM, Il carattere creativo delle opere dell'ingegno, Milan 1971, p. 114 et ss.; STREULI, Internationales Abkommen, Mitt. 1962, p. 51 et ss.; G. STRASCHNOV, Protection internationale des droits voisins, Bruxelles 1958, p. 37.

exécution ne constituent que deux aspects d'un seul et même phénomène qui se déroule troutefois sur deux plans différents, le spirituel et le matériel. Dès lors et si la comparaison entre prestations, dites originaires et créations, était à la rigueur possible puisqu'elle visait des valeurs intellectuelles ayant une physionomie propre et se situant toutes sur un plan spirituel – geistig – avec les prestations représentatives, cette même opération n'a plus aucun sens. L'exécution permet en effet à l'œuvre d'apparaître dans le monde sensible avec toutes les caractéristiques que lui a données son auteur. L'artiste ne fait que modeler la matière sonore selon les indications fournies par le compositeur et qui figurent dans la partition. Il s'ensuit que l'exécution ne peut être différente de l'œuvre dont elle constitue le support et échappe ainsi à toute comparaison avec cette dernière. L'absence d'autonomie de l'exécution par rapport à l'œuvre ne signifie toutefois pas qu'elle ne puisse dans certains cas être protégée indépendamment de celle-ci[40]. Mais cette protection ne saurait être assurée par l'octroi d'un droit exclusif, même d'une moindre intensité, comme le proposent les partisans d'une «Leistungsschutzgesetz» car l'objet d'un tel droit ne peut être qu'une chose immatérielle et jamais sa concrétisation matérielle[41].

2. L'exécution d'une œuvre envisagée en tant que valeur intellectuelle nouvelle

A supposer maintenant que l'exécution représente, par rapport à l'œuvre, quelque chose de nouveau, comme le soutient un important courant doctrinal, en ce sens que l'œuvre ne serait véritablement achevée qu'avec l'exécution, ceci ne modifierait en rien nos conclusions quant au caractère arbitraire du critère distinguant les prestations des créations, sur la base de l'individualité de ces dernières. En règle générale, toute interprétation, même la plus objective, est personnelle à celui dont elle émane. Dès lors et si l'on affirme que l'artiste interprète est un co-auteur, parce qu'il complète une œuvre toutes les fois qu'il l'exécute[42], on est bien obligé d'admettre que sa contribution ne peut être qu'une création. Or, c'est précisément au résultat contraire qu'aboutit la doctrine favorable à l'introduction d'une «Leistungsschutzgesetz», ce qui confirme l'inconsistence de la distinction[43].

[40] La protection découlant de l'Article 28 CC demeurant en tout état réservée.
[41] Cf. infra, chap. II, p. 244 et ss.
[42] Dans ce sens TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 500 et ss.; IDEM, Das Recht des Dirigenten und Solisten an der Interpretation des Musikwerkes, Mitt. 1955, p. 137 et ss.; E. ANSERMET, La musique et son exécution, RIDA XXVII, p. 57 et ss.; HIRSCH/BALLIN, Verwandte Schutzrechte, Ufita 1954, p. 319.
[43] Dans ce sens ARE, L'Oggetto del diritto d'autore, p. 174.

Chapitre II

La protection immédiate des prestations par la loi sur la concurrence déloyale

§ 5. Définition du problème

Dans ce chapitre, on examinera si les prestations dont on a dressé l'inventaire dans l'introduction au présent rapport peuvent faire l'objet d'une protection immédiate par le biais des normes réprimant la concurrence déloyale. Il s'agira donc de déterminer si la reproduction d'une prestation par un tiers non autorisé constitue en soi un abus de la concurrence économique au sens de la clause générale prévue à l'article 1, al. 1 de la loi fédérale sur la concurrence déloyale du 30 septembre 1943.

On précisera d'emblée que le sujet traité déborde le cadre d'une étude des conditions de répression de la copie servile; d'une part parce que la copie servile peut se définir comme l'acte consistant à reprendre sous une présentation identique l'ensemble des éléments afférent à la forme d'une production et qui sont directement perceptibles par les sens[44]. Or, l'originalité des prestations qui nous intéressent ne réside pas toujours dans leur forme de communication ou d'exécution, mais souvent dans l'idée, le concept qu'elles expriment. Tel sera par exemple le cas des petites inventions et des méthodes qui s'adressent à l'intelligence, en particulier des idéations publicitaires[45]. Dans ces hypothèses, la valeur intellectuelle nouvelle, c'est-à-dire l'idée peut être reprise par un tiers sans qu'il soit pour autant nécessaire de reproduire la présentation extérieure que son auteur lui a donnée. Un tel acte échappe alors à la définition de la copie servile. On ne peut donc traiter du problème de la protection immédiate des prestations par la loi sur la concurrence déloyale, en limitant notre étude au domaine de la copie servile. Ce thème devra nécessairement aborder la question plus générale de l'exploitation des résultats du travail d'autrui impliquant un certain effort et des sacrifices financiers – Kosten und Mühe – et sa condamnation éventurelle au titre d'acte de concurrence déloyale.

[44] Dans ce sens BLUM/PEDRAZZINI, Das schweizerische Patentrecht, Berne 1975, vol. I, ad article 1 note 61, p. 187; BONASI/BENUCCI, Tutela della forma nel diritto industriale, Milan 1963, p. 107 et ss.

[45] Cf. Tribunal de Bâle, SJZ 47, 1951, p. 359; reprise de l'idée conçue par un concurrent d'utiliser la frimousse d'un bébé avec sa première dent pour une réclame de dentifrice.

D'autre part, parce que s'il est vrai que la copie servile est un acte susceptible d'intéresser bon nombre de prestations dites originaires dont la valeur s'épuise dans la forme qui les rend perceptibles au monde extérieur – petites monnaies du droit d'auteur; créations de la mode – elle ne saurait toutefois concerner les prestations représentatives. Copier c'est en effet reproduire une forme à partir d'un modèle préexistant – Abbild – sans pour cela s'en prendre à la substance matérielle de l'objet limité. Celui qui copie n'utilise ainsi que la valeur intellectuelle incorporée dans le modèle; en revanche, le support matériel n'est pas affecté par cet acte[46]. Cette définition ne peut évidemment pas s'appliquer à la reprise d'une prestation représentative. En effet et puisqu'une telle prestation n'est rien d'autre que l'objectivation sur le plan matériel d'une production intellectuelle faisant ou non l'objet d'un droit privatif, sa reproduction comporte obligatoirement l'emploi d'une chose matérielle. Par exemple, la contrefaçon de disques est une opération qui suppose le réenregistrement du porteur de sons sur lequel est fixé une interprétation et qui sert en quelque sorte de matrice pour le pressage de l'édition piraté. Il n'y a donc pas copie au sens où cette notion vient d'être définie mais exploitation directe d'un résultat matériel mis au point par autrui. La distinction est importante comme on le démontrera par la suite et c'est parce qu'elle a été souvent méconnue que le sujet qui nous occupe apparaît pour le moins incohérent.

§ 6. Concurrence déloyale et «Leistungsschutz»; bref aperçu de doctrine et jurisprudence

Si, en Suisse, sous réserve de quelques exceptions[47], doctrine et jurisprudence ont toujours refusé de condamner en vertu de la clause générale, la copie servile et d'une manière plus générale l'exploitation des résultats du travail d'autrui en l'absence de circonstances spéciales rendant déloyaux de tels agissements, ce principe paraît moins bien ancré dans les pays qui nous entourent. Ainsi, en France, une décision récente a sanctionné, par le recours à l'article 1382 CCF l'imitation servile des éléments non fonctionnels d'un appareil, en l'espèce une fraise, en relevant qu'une telle copie, en épargnant les

[46] Sur la définition de la copie, cf. notamment la jurisprudence allemande citée sous note 100 et ss. en particulier BGH dans BGHZ 44, p. 288.

[47] Dans ce sens A. Leyer, Über den Rechtsschutz technischer Konstruktionen vor massgetreuer Nachahmung, SJZ 249, 1953, p. 369. Voir aussi Trib. Fribourg, Mitt. 1969, p. 88, où la Cour a jugé que l'imitation d'un modèle non protégé par la loi sur les dessins et modèles industriels constituait un procédé déloyal au sens de la clause générale, l'imitateur profitant du travail d'autrui pour lui faire concurrence.

frais d'étude, de mise au point et de publicité engagés pour faire connaître et imposer sur le marché l'appareil original, permettait à son auteur de capter la clientèle du concurrent.

Dans cette décision, la Cour a donc retenu le seul fait de la copie comme circonstance déterminante entraînant la responsabilité civile de l'imitateur sur la base de la disposition précitée[48]. En Italie, une partie de la doctrine considère que la copie servile d'un objet existant encore à l'état de prototype constitue en soi un acte contraire à la correction professionnelle au sens de l'article 2598 al. 3, CCI. Selon cette doctrine, la déloyauté résiderait dans le fait pour l'imitateur d'avoir pu, avant l'auteur de la prestation originale, lancer sur le marché une série fabriquée d'après le prototype imité et d'avoir ainsi privé son concurrent des fruits légitimes de son travail[49]. Mais c'est en Allemagne que la tendance vers une protection immédiate des prestations par la loi sur la concurrence déloyale se manifeste avec le plus de netteté.

1. La jurisprudence du Tribunal d'Empire et de la Cour fédérale

Cette attitude des tribunaux allemands n'est certes pas nouvelle; déjà en 1924, le Kammergericht condamnait au titre d'acte de concurrence déloyale l'imitation servile d'une machine à imprimer «Multigraph»; pour ce tribunal, la copie constituait en soi une atteinte grossière aux bonnes mœurs dès lors que le concurrent avait exploité le travail et l'expérience d'autrui dans une mesure qui n'était nullement justifiée par la nature technique de l'objet[50]. Il est intéressant de relever que l'arrêt du Kammergericht se fonde sur une décision du Tribunal d'Empire qui avait qualifié de déloyal le «repiquage» de disques, c'est-à-dire le procédé consistant à reproduire des phonogrammes à partir d'un porteur de sons entièrement réalisé par un tiers[51]. Le précédent invoqué visait ainsi un état de fait différent – utilisation d'un résultat matériel – et n'aurait pas dû être à l'origine d'une décision condamnant la copie.

Si, dans quelques arrêts, le Tribunal d'Empire a paru reprendre à son compte la jurisprudence du Kammergericht et accorder ainsi un monopole à certaines prestations par le biais de la concurrence

[48] Cour de Paris, Ann. 1975, p. 196. Dans le même sens Paris, Ann. 1967, p. 28, et 1959, p. 195. Lyon, Ann. 1937, p. 329.

[49] Dans ce sens M. ROTONDI, L'imitazione servile come atto di concorrenza sleale, indipendentemente di confondibilità di prodotti. Studi di diritto industriale, Padoue 1951, p. 344 et ss.; F. PASQUERA, Precisazioni sul concetto d'imitazione servile e sulla difesa del prodotto originale, Riv. dir. comm. 1957 I, p. 161; BONASI/BENUCCI, Tutela, p. 139 et ss.

[50] GRUR 1925, p. 40.

[51] RGZ 73, 0.297.

déloyale[52], il a cependant carrément censuré l'opinion de ce Tribunal dans une affaire concernant l'imitation de fleurs artificielles. Dans cet arrêt, le Tribunal d'Empire affirmait que chacun était libre en principe de se servir des résultats obtenus par autrui, même à la suite d'un travail long et coûteux. Le développement bénéfique du commerce et de l'industrie exige en effet que tout concurrent puisse reprendre et si possible améliorer ce qui a déjà été trouvé ou créé; à défaut d'une loi spéciale – droit d'auteur, brevets d'invention; dessins et modèles industriels – la copie servile est en soi licite et ne peut tomber sous le coup des dispositions de la loi sur la concurrence déloyale que si des circonstances spéciales l'accompagnent[53].

Jusqu'en 1973, ce principe de la liberté de la copie – Nachahmungsfreiheit – a été plutôt bien observé par la jurisprudence allemande[54]. Mais voilà que cette année, la Cour fédérale a condamné comme acte de concurrence déloyale l'imitation servile de créations de l'industrie de l'habillement en se basant uniquement sur les dépenses engagées par leur auteur en vue de leur lancement. Dans ses considérants, la Haute Cour allemande insistait sur le caractère éphémère de ces productions dont l'existence ne dépassait pas une saison. Dès lors, estimait la Cour, l'industriel qui a investi des sommes parfois importantes pour la conception et la mise au point de ses modèles, est en droit de s'attendre à ce qu'aucun concurrent ne copie ses créations durant la saison où celles-ci sont exploitées. Le tiers qui, sans avoir supporté les frais de recherche et d'étude de l'auteur de la prestation originale lance sur le marché pendant la même saison des modèles identiques ou similaires prive ce dernier des fruits légitimes de son travail et partant commet un acte de concurrence déloyale[55]. L'arrêt de la Cour fédérale consacre ainsi, par le recours à la clause générale, un droit exclusif d'une durée limitée à une saison en faveur des créations de l'industrie de l'habillement et de la parure. En bonne logique, on aurait pu penser que le siège naturel d'une telle protection aurait dû être la loi sur les dessins et modèles industriels du 11 janvier 1876 et que, faute d'en avoir observé les conditions, l'auteur des modèles litigieux ne pouvait revendiquer aucun droit privatif. La Cour fédérale ne fut pas de cet avis; elle estima que la loi sur les dessins et modèles était mal adaptée aux besoins des créateurs de la mode, et ce notamment en raison des formalités de dépôt et surtout de la condition de la nouveauté objective qui selon elle, était difficilement réalisable en cette matière.

[52] RGZ 111, p.254; 115, p.180; voir aussi Landgericht I Berlin, GRUR 1927, p.817.
[53] RGZ 135, p.385; voir aussi RGZ 120, p.94.
[54] Voir notamment Cour fédérale dans GRUR 1954, p.337; 1957, p.83; 1943, p.152; 1966, p.619; 1968, p.591; BGHZ 41, p.55.
[55] GRUR 1973, p.478.

Cette argumentation n'est guère convaincante. Ce n'est pas parce qu'une loi remplit mal le but auquel par essence elle est destinée qu'il faut l'ignorer. Les tribunaux doivent l'appliquer en attendant que le législateur y apporte les améliorations souhaitées[56]. En outre, la Cour fédérale aurait mieux fait de s'attacher aux circonstances qui ont rendu la copie possible; à notre avis, ces circonstances dénotaient déjà un élément de déloyauté, car l'imitateur avait commandé au fabricant du modèle original, avant que celui-ci ne fut mis sur le marché, du tissu en petite quantité et s'était empressé de le faire copier sur une grande échelle par un sous-traitant[57].

2. *L'opinion de la doctrine allemande*

Dans sa grande majorité, la doctrine allemande a critiqué la jurisprudence du Kammergericht et celle du Tribunal de l'Empire octroyant par le détour de la clause générale de la LCD un statut spécifique à certaines prestations[58].

Parmi les quelques auteurs qui ont adhéré à cette conception, il faut citer CALLMANN, NERRETER, HUBMANN et SCHRAMM. Pour CALLMANN, l'exploitation des résultats du travail d'autrui doit être condamnée, lorsqu'elle constitue un enrichissement illégitime[59]. On ne peut s'empêcher d'observer à l'égard de la thèse de CALLMANN, qu'un enrichissement sans cause est une hypothèse difficilement concevable lorsque le prétendu enrichi se sert d'un résultat qui peut être librement utilisé par tous, parce que dénué de toute protection privative. La position de NERRETER[60] est plus nuancée en ce sens que la déloyauté ne peut exister que si les efforts et les dépenses effectuées par l'auteur de la prestation ont conduit à la réalisation d'un bien présentant une certaine qualité esthétique – eigenartig – ou technique – fortschrittlich – d'un niveau toutefois inférieur à celui exigé par la loi sur le droit d'auteur ou celle sur les brevets d'invention.

[56] C'est ainsi qu'en France, le législateur a cherché à remédier aux inconvénients résultant du dépôt institué par la loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles en promulgant une loi du 12 mars 1952 destinée à protéger «les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure». Il semble toutefois que cette loi n'ait pas rencontré le succès escompté (cf. DESBOIS, Le droit d'auteur, p. 111).

[57] Sur les circonstances spéciales rendant la copie déloyale voir infra p. 242 et ss.

[58] Voir dans ce sens BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, vol. I, Munich 1971, ad § 1 p. 338. REIMER/VON GAMM, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, vol. II, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, chap. 9, p. 156.

[59] R. CALLMANN, Sittenwidrige Ausbeutung fremder Arbeit, GRUR 1928, p. 251.

[60] P. NERRETER, Wettbewerbsrechtlicher Schutz technischer und ästhetischer Arbeitsergebnisse, GRUR 1957, p. 408.

Mais c'est surtout SCHRAMM qui a tenté de justifier sur le plan théorique cette extension de la loi sur la concurrence déloyale. Pour SCHRAMM, celui qui fait une prestation d'une qualité supérieure à la moyenne – überdurchschnittlich –, dépasse par cette action ses concurrents et possède de ce fait un avantage sur ces derniers – zeitlicher Vorsprung. Cet avantage met l'auteur d'une telle prestation dans une position privilégiée qui doit lui permettre de tirer parti pendant un certain temps des fruits de son travail. La fonction de la LCD est alors, selon SCHRAMM[61], de protéger cet avantage et d'empêcher les tiers d'y porter atteinte en mettant sur le marché des productions identiques ou similaires. Quant à la période durant laquelle l'auteur d'une prestation qualifiée peut bénéficier de cet avantage, elle dépend avant tout de la nature de la réalisation en cause. En règle générale, estime SCHRAMM, elle ne peut être inférieure à trois mois et supérieure à deux ans.

Citons pour terminer HUBMANN qui adhère à la thèse de SCHRAMM et l'applique dans toutes ses conséquences[62]. Pour cet auteur, la loi sur la concurrence déloyale doit combler les lacunes que contiennent les différentes lois de propriété intellectuelle et servir ainsi, selon la formule du Professeur MARTIN-ACHARD de «refuge aux orphelins du droit»[63].

3. Critiques de la théorie du « Vorsprung »

Plusieurs critiques peuvent être formulées à l'encontre de la théorie du «Vorsprung». Tout d'abord, elle pose le problème, sans le résoudre du reste, de la distinction entre les prestations qualifiées sujettes à la clause générale et celles qui sont susceptibles de donner prise à un droit d'auteur ou à un brevet d'invention en raison de leur niveau de «créativité» supérieur. Or, et comme on l'a vu précédemment, une telle opération qui consiste à graduer l'originalité d'une prestation est irréalisable sur le plan juridique[64]. En outre, la théorie du «Vorsprung» crée une totale insécurité juridique car la durée de l'exclusivité, soit la période pendant laquelle l'auteur de la prestation qualifiée bénéficiera de cet avantage est laissée pratiquement à la discrétion du juge; celui-ci décidera le plus souvent en fonction de l'idée qu'il se fait de l'importance de la prestation au point de vue concurrentiel, critère qui apparaît comme éminemment subjectif. Il est vrai que dans certains cas la nature de la prestation peut fournir

[61] K. SCHRAMM, Grundlagenforschung, p. 229 et ss.
[62] H. HUBMANN, Die sklavische Nachahmung, GRUR 1975, p. 230.
[63] E. MARTIN-ACHARD, La notion de la concurrence déloyale. Tiré à part du Journal des Tribunaux, Lausanne 1977, p. 17.
[64] Voir supra p. 221 et ss.

des indications valables. Ainsi, il n'est pas déraisonnable d'accorder aux créations de la mode une exclusivité limitée à une saison comme l'a fait la Cour fédérale. Mais quelle norme devra-t-il observer lorsqu'il s'agira de fixer la durée pendant laquelle un modèle d'utilité ou un programme d'ordinateur pourra revendiquer l'application de la LCD[65]? Toutefois, la critique essentielle que l'on peut adresser à la théorie du «Vorsprung» comme du reste à toutes celles qui préconisent une extension de la clause générale à certaines prestations, c'est qu'elle assigne à la LCD une fonction pratiquement identique à celle que remplissent les droits classiques de propriété intellectuelle. Or, cette conception nous paraît non seulement erronée, mais encore dangereuse pour l'équilibre de la concurrence comme on tentera de le démontrer dans le prochain paragraphe.

§ 7. La fonction de la LCD; son incomptabilité avec une extension de la clause générale à certaines prestations

L'extension de la clause générale à certaines prestations est une conception étrangère au droit positif suisse. Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a maintes fois affirmé cette règle: la LCD n'entend pas consacrer l'existence de nouveaux monopoles; elle ne vise qu'à interdire des moyens déloyaux faussant le jeu de la libre concurrence. On ne saurait donc par le détour de la clause générale créer de nouvelles catégories de biens immatériels non soumis à une loi spéciale[66]. Toutes ces formules sont bien connues et point n'est besoin ici de décrire l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence sur cette question, car ce n'est certainement pas le but auquel doit tendre le présent rapport. Il nous paraît en revanche plus intéressant de dire pourquoi une modification de nos conceptions en la matière, en dénaturant le sens et la portée de la LCD porterait atteinte à l'équilibre qui doit nécessairement exister entre les diverses composantes d'un régime de libre concurrence.

[65] La loi française du 12 mars 1952 relative aux créations de la mode, laisse au juge le soin d'apprécier le caractère saisonnier du modèle. La protection n'est ainsi nullement limitée à une saison. Voir Cour de Paris, Rev. trim. de droit comm., p. 764 et ss. Mais alors la période pendant laquelle la création sera protégée ne peut être déterminée à l'avance, ce qui est critiquable. Voir dans ce sens DESBOIS, Le droit d'auteur, p. 112.

[66] Voir notamment RO 95 II p. 461, JdT 1970, p. 619; 87 II 56, JdT 1961, p. 603. Dans le même sens cf. TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. II, p. 1055 et ss.; BLUM/PEDRAZZINI, Kommentar, vol. I, p. 187 et ss.; V. VON BÜREN, Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943, Zürich 1957, p. 29 et ss.; GASTIGER, Inwieweit ist die Benützung einer fremden Leistung ein Akt unlauteren Wettbewerbes?, Bâle 1964, p. 78 et ss.

1. Liberté économique et libre concurrence

La concurrence suppose la présence d'une pluralité d'entrepreneurs offrant sur un même marché des biens ou des services homogènes ou succédanés dans le but de conquérir une clientèle. Ce qui caractérise le régime de la concurrence c'est la participation de plusieurs sujets à l'exercice d'une même activité ou d'une activité similaire en vue d'un objectif commun à tous, mais qui n'est atteignable que par un seul[67]. Selon les partisans de l'économie libérale, un tel système opérerait comme un régulateur du marché pour le plus grand profit de la collectivité, puisque les meilleurs seraient censés triompher, les concurrents incapables étant impitoyablement éliminés.

Mais un régime de libre concurrence n'est concevable que dans un ordre économique fondé sur le principe de la liberté économique ou de la libre entreprise. Ce principe permet en effet à chacun de participer à la vie économique en choisissant et en exerçant librement une activité lucrative. La libre concurrence est donc une émanation, le corollaire nécessaire de la liberté économique[68]. Ces libertés doivent être garanties aussi bien contre les empiètements de la puissance publique que contre les atteintes émanant de sujets de droit privé. En Suisse, la liberté économique est protégée au titre de droit individuel par l'Article 31 de la Constitution fédérale.

Certes, l'exercice illimité d'une telle liberté peut entraîner des conséquences dommageables sur le plan social; elle doit par conséquent être soumise à des interventions étatiques destinées à la contenir dans un cadre compatible avec les exigences de la collectivité. Ce sera alors la tâche du droit public économique que de «désigner les normes étatiques qui ont pour objet d'organiser de façon autoritaire ou stimulative la vie économique nationale»[69]. Il peut ainsi s'agir soit de mesures de police économique qui sont des limites imposées au nom d'intérêts supérieurs au libre développement de l'activité économique – par exemple règles sur la durée du travail – soit encore de mesures de politique économique qui constituent de véritables dérogations au principe de la liberté économique. Mais la fonction du droit économique ne s'épuise pas dans cette réglementation des relations économiques entre l'Etat et les individus; là où la liberté économique subsiste, là où elle n'est pas soumise à des restrictions imposées par la puissance publique, qui peuvent aller jusqu'à la

[67] Sur la définition de la concurrence, voir notamment FRANCESCHELLI, Trattato di diritto industriale: Parte generale, vol. II, Milan 1960, p. 304 et ss.; BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Teil I, p. 2 et ss.

[68] Cf. CH. A. JUNOD, Problèmes actuels de la constitution économique suisse, ZSR NF 89, 1970, p. 601, 762 et ss.

[69] JUNOD, Droit public économique, Cours professé à l'Université de Genève.

suppression de toute concurrence – monopole d'Etat –, il faut néanmoins que le droit intervienne pour qu'elle puisse se développer harmonieusement à l'abri de toute atteinte d'origine privée. Ce rôle incombera au droit de la concurrence au sens large qui doit être conçu comme cette branche du droit économique qui régit les rapports entre participants à la vie économique.

2. Complémentarité des droits de propriété intellectuelle et de la loi sur la concurrence déloyale

Il est indéniable que les dispositions légales sur la concurrence déloyale de même que celles qui régissent les pratiques commerciales restrictives appartiennent au droit de la concurrence, les premières parce qu'elles tendent à assurer l'honnêteté de la concurrence – Lauterkeit – les secondes parce qu'elles visent à maintenir sa liberté – Freiheit[70]. Mais que les droits de propriété intellectuelle relèvent de ce même domaine semble moins évident; et pourtant de par la fonction qu'ils exercent, ils y sont étroitement imbriqués.

Tout d'abord, ces droits n'acquièrent d'efficacité qu'au moment où le bien protégé entre dans le circuit économique. Le droit exclusif ne déploie ses effets que si l'invention est exploitée ou l'œuvre publiée. Tant que la création reste dans la sphère intime de son auteur, tant que celui-ci ne l'a pas livrée au monde extérieur, les droits de propriété intellectuelle demeurent à l'état de pure expectative.

Ensuite, la mise en œuvre du droit entraînera comme conséquence la suppression de la concurrence dans un secteur d'activité déterminé. Qu'il s'agisse d'un droit d'auteur, d'un brevet d'invention ou encore d'un modèle industriel, la prérogative s'analyse en effet comme un droit de monopole conférant à son titulaire le pouvoir d'interdire l'usage par n'importe quel tiers de la chose créée à des fins professionnelles, c'est-à-dire en vue de l'obtention d'un résultat économique. Etant ainsi un facteur d'exclusion de la concurrence, le droit exerce bien une fonction typique concurrentielle[71].

[70] Cf. BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Teil I, p.45 et ss.; W. FIKENTSCHER, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, Munich/Berlin 1958, p.229 et ss.

[71] Cf. dans ce sens FRANCESCHELLI, Trattato di diritto industriale, vol. II, p.537 et ss.; ASCARELLI, Teoria della concorrenza, p.33 et ss.; FIKENTSCHER, Wettbewerb, p.137; P. ROUBIER, Le droit de la propriété industrielle, vol. I, Paris 1952, p.86 et ss.; PEDRAZZINI, Gedanken zur Neuheit, Ufita 1964 II, p.262; B. VON BÜREN, Über das Verhältnis des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes zum Wettbewerbsrecht, ZSR NF 66, 1947, p.88 et ss. Certains auteurs ont jugé que cette construction était inconciliable avec la structure du droit d'auteur en raison des prérogatives non patrimoniales – droit moral de l'auteur – appartenant au titulaire du droit. Dans ce sens TROLLER, Immaterialgüter-

On peut donc légitimement affirmer que la liberté économique et la libre concurrence, corollaire nécessaire de cette dernière, constituent le tronc commun duquel procèdent les deux institutions qui nous intéressent, la LCD et les droits de propriété intellectuelle. A première vue, cette conclusion pourrait paraître paradoxale dès lors que la LCD s'efforce de favoriser cette liberté alors que les droits de propriété intellectuelle tendent à l'exclure à propos de certaines activités spécifiques. Toutefois, à bien y réfléchir, nos deux domaines, loin d'être antinomiques, se complètent harmonieusement. Dans les rapports entre l'Etat et l'individu, la propriété et la liberté économique apparaissent comme des concepts indissociables. Sans droit de propriété, il n'y a pas de liberté économique et tout usage de la propriété à des fins économiques devrait pouvoir revendiquer la garantie de l'Article 31 Cst.[72]. Mais ce principe qui s'affirme en droit public vaut également dans les relations entre sujets de droit privé. Comme l'a très bien démontré FIKENTSCHER, la personnalité économique, c'est-à-dire l'ensemble des attributs d'un individu dans la vie économique a une double face; elle se manifeste d'une part dans la capacité de conserver des biens, de maintenir une situation acquise – Haben – d'autre part, dans celle d'acquérir de nouveaux biens, soit de se développer, de s'épanouir – Erwerbenkönnen[73]. Il y a donc un aspect statique et un aspect dynamique de la personnalité économique qui sont tous deux protégés par le droit. La protection des situations acquises est le fait du droit de la propriété corporelle au sens du CCS, des droits de créance, enfin des droits de propriété intellectuelle. Quant à la sauvegarde du libre développement de la personnalité économique, elle est assurée, en sus des règles découlant du droit commun – article 28 CCS; 41 CO – par la LCD et le droit des cartels.

Ainsi et lorsque le législateur a investi d'un droit privatif certains biens immatériels, il a par là même sanctionné en faveur d'une personne déterminée, le respect par les tiers d'une situation acquise. Le législateur est en effet parti de l'idée que celui qui enrichit la collectivité par l'apport d'une valeur nouvelle doit pouvoir jouir à titre exclusif et pendant une durée limitée des fruits de sa création. Le système de protection des biens immatériels a donc soustrait du régime de la libre concurrence certains résultats du travail créateur pour en permettre l'exploitation par un seul, à savoir l'auteur de la prestation. Dans cette conception, c'est l'activité créatrice qui a

recht, vol. I, p. 121. Mais les droits non patrimoniaux de l'auteur trouvent déjà leur protection naturelle dans les dispositions du CCS relatives aux droits de la personnalité – Article 28 – de sorte que l'intervention du régime du droit d'auteur devrait être limitée à l'exploitation économique de l'œuvre.

[72] Dans ce sens JUNOD, Problèmes actuels, p. 635.

[73] FIKENTSCHER, Wettbewerb, p. 208 et ss.

présidé à la conception d'une production ou l'originalité marquée par cette dernière, ce qui revient au même, qui détermine l'existence d'une situation acquise conférant à son auteur un avantage sur le plus concurrentiel[74]. Il appartient ainsi aux différentes lois de propriété intellectuelle de dire dans quelles conditions et selon quelles modalités cet avantage peut être protégé par le droit. Mais en dehors de ces situations acquises, strictement définies par le droit, la libre concurrence, moteur essentiel du libéralisme, doit dominer les secteurs de l'activité économique qui ne sont pas soumis à des restrictions d'origine étatique. Cette liberté implique que chaque concurrent peut s'attendre à ce que les fruits de son travail soient utilisés par autrui pour autant qu'une telle utilisation reste dans les limites d'une concurrence honnête. La liberté de la copie est donc une conséquence normale de la libre concurrence[75].

Ces quelques considérations sur les rapports entre les disciplines juridiques qui constituent le droit de la concurrence montrent bien l'inconsistance de la théorie du «Vorsprung» développée par SCHRAMM et HUBMANN et appliquée par la Cour fédérale dans son arrêt sur les créations de l'industrie de l'habillement[76]. La LCD ne peut en effet, au même titre que les droits de propriété intellectuelle garantir le respect des situations acquises. Cette conception fausserait l'équilibre qui doit être nécessaire et exister entre l'aspect dynamique et l'aspect statique de la personnalité économique en faisant pencher la balance du côté de celui-ci: poussée à l'extrême, elle finirait par détruire la libre concurrence que la LCD a pourtant pour mission de sauvegarder en multipliant à l'infini le nombre des «beati possidenti».

§ 8. L'exploitation des résultats du travail d'autrui dans le cadre d'une interprétation traditionnelle de la notion de concurrence déloyale

Une fois admis, en vertu des règles ci-dessus rappelées qu'une application immédiate de la LCD, en particulier de la clause générale, à certaines prestations est une solution incompatible avec la fonction qu'exerce ce régime, il faut encore déterminer à quelle condition la copie servile et, d'une manière plus générale, l'exploitation du travail d'autrui peut se situer en marge des règles d'une concurrence honnête. En bonne logique, cette question devrait être traitée dans la

[74] Bien que cette proposition soit aujourd'hui contestée par certains, l'apport original fait par un auteur ou un inventeur doit rester la condition essentielle de l'octroi du droit privatif.

[75] Dans ce sens BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, ad § 1 note 252, p.401.

[76] GRUR 1973, p.478.

seconde partie de ce rapport, puisqu'il s'agira en fait d'examiner si les lacunes dénoncées par les partisans d'un «Leistungsschutz» peuvent être en partie comblées par le recours à une interprétation traditionnelle du droit de la concurrence déloyale. Toutefois, et dès lors que l'on a déjà abordé l'étude de ce régime, il nous paraît préférable de ne pas fractionner l'exposé; aussi dégagerons nous ici sur un plan général certaines considérations que nous reprendrons d'une manière plus spécifique lors de l'examen des différentes prestations qui rentrent dans le cadre de ce rapport.

1. L'objet protégé par la LCD

La loi sur la concurrence déloyale protège la personnalité économique dans son aspect dynamique, c'est-à-dire dans l'optique de la capacité inhérente à chaque individu de prendre part à la lutte économique et d'offrir sur le marché sa propre prestation aux fins de réaliser un profit. Cette conception qui voit dans l'acte de concurrence déloyale la lésion d'un droit subjectif n'est certes pas celle qui est consacrée par le droit positif suisse, bien qu'elle se fût imposée lorsque la matière était régie par l'article 48 CO. Aujourd'hui le Tribunal fédéral, suivant en cela la majorité de la doctrine, considère que la LCD sanctionne la violation d'une norme de conduite objective obligeant les concurrents à se comporter les uns envers les autres d'une façon loyale. Selon notre instance suprême, la LCD protégerait le système même de la concurrence et non un droit subjectif de l'individu[77]. Pour les partisans de la théorie objective, la conception subjective de la LCD ne serait pas soutenable, car une conduite peut être déloyale sans pour autant léser un droit subjectif d'un concurrent; ainsi, la réclame trompeuse et le «graissage de patte» seraient des procédés condamnés formellement par la loi – cf. litt. b et g –, non pas parce qu'ils porteraient atteinte aux intérêts d'un concurrent déterminé, mais à ceux de la collectivité toute entière[78].

L'argument paraît sérieux; cependant, en y réfléchissant bien, on doit constater que de tels actes affectent toujours la situation personnelle des autres concurrents, même si en outre l'intérêt général se

[77] RO 82 II 771; 72 II 395. Dans le même sens TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 123 et ss., vol. II, p. 1026 et ss.; O. A. GERMANN, Concurrence déloyale, Unlauterer Wettbewerb, Zurich 1945, p. 255; E. MATTER, Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, RSJB, 1951, p. 449 et ss.

[78] BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Teil II, p. 104; GERMANN, op. cit., p. 241. GERMANN a également soutenu que la conception sujective conduirait à la création de nouveaux monopoles non régis par une loi spéciale; cette thèse peut être aisément combattue en distinguant l'aspect statique de l'aspect dynamique de la personnalité économique.

trouve concerné. C'est du reste le grand mérite de KUMMER d'avoir mis l'accent sur ce phénomène grâce à sa théorie du droit subjectif à une position concurrentielle – Recht an der Wettbewerbsstellung.

Pour le Professeur KUMMER, la position concurrentielle se définit comme l'ensemble des chances que possède tout concurrent de parvenir à un échange de prestations générateur de profit – gewinngerichteter Leistungsaustausch. La position concurrentielle n'est pas une situation acquise en ce sens que la protection ne vise ni la clientèle, ni la probabilité de gain en elle-même, mais l'expectative qui appartient à tout entrepreneur de voir sa prestation triompher sur celle de ses concurrents et de réaliser, à l'exclusion de ceux-ci, l'échange de prestations qui est source de profit. Certes et comme l'admet KUMMER, ce droit n'a pas de contenu déterminé et ne peut être exercé que contre des atteintes constituant un procédé contraire à la bonne foi. Il n'empêche qu'il s'agit bien d'un droit subjectif qui protège la personnalité économique au sens dynamique du terme[79].

Il n'entre pas dans nos propos de nous livrer à une exégèse de la théorie du Professeur KUMMER. Il importe en revanche de souligner qu'elle exprime, mieux que ne saurait le faire la conception objective, cette espèce de communauté que forme l'ensemble des concurrents et qui fait que leurs rapports doivent être soumis aux règles de la bonne foi. Si la concurrence suppose la présence d'une pluralité de personnes visant un but qu'un seul peut atteindre, il devient alors évident que tous les concurrents sont dans un rapport d'interdépendance les uns avec les autres. Il en résulte, et c'est le principal enseignement de la théorie de KUMMER, que toute initiative émanant de l'un d'entre eux affecte nécessairement et dans un sens négatif la position concurrentielle des autres, car elle diminuera leur chance de réaliser l'échange de prestation, générateur de gain. Ainsi, le fournisseur qui recourt au «graissage de patte» pour obtenir une commande affaiblira la position concurrentielle de tous les autres entrepreneurs, puisque, si le procédé aboutit, il acquerra une clientèle qui sera définitivement perdue pour les autres.

2. La notion de déloyauté

Toute atteinte à la position concurrentielle d'autrui n'est pas forcément illicite. S'il en allait autrement le principe même de la libre concurrence serait vidé de tout sens. Le libéralisme économique

[79] M. KUMMER, Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Berne 1960, p. 87 et ss. La conception de KUMMER est assez proche de celle de M. ROTONDI qui voit dans l'acte de concurrence déloyale une lésion du droit sur «l'avviamento». Cf. ROTONDI, «Avviamento» et concurrence déloyale, Rev. trim. dr. comm., 1956, p. 17 et ss.

entraîne comme sanction la ruine, l'élimination des concurrents malchanceux ou incapables. La LCD ne peut donc que garantir l'institution même de la concurrence en assurant l'honnêteté de son déroulement. Ce qu'elle veut interdire, c'est le recours à des procédés déloyaux pour affaiblir la position d'un concurrent, pour diminuer ses chances de réaliser l'échange de prestations, objectif final de la lutte concurrentielle.

Mais que faut-il entendre par moyens déloyaux. C'est là la «crux»[80] de tout le droit de la concurrence et une étude de cette question déborderait largement le cadre de ce rapport. Il suffira ici de rappeler que la notion de déloyauté ne peut être enserré dans une formule stricte susceptible de couvrir toutes les hypothèses d'agissements déloyaux. Le jugement sur la déloyauté ne peut jamais être entièrement le fruit d'un raisonnement logique et comporte de ce fait une part importante d'appréciation fondée sur une certaine intuition[81]. Certes, la loi vient au secours du juge en lui indiquant une ligne de conduite lorsque l'état de fait qui doit être apprécié se situe en marge des exemples fournis par le législateur. En droit suisse, cette orientation est donnée par la clause générale qui a le caractère d'une norme en blanc – Blankettnorm. Celle-ci, en visant expressément les procédés contraires aux règles de la bonne foi, rattache notre institution à l'article 2 CCS[82]. Si, tout comme la déloyauté, la bonne foi n'est pas susceptible d'une définition conceptuelle, elle met néanmoins l'accent sur les rapports de confiance qui doivent exister entre des individus qui, comme on vient de le voir, constituent une communauté et, partant, sont solidaires les uns des autres.

En vertu de ce lien de confiance, chaque concurrent peut légitimement s'attendre à ce qu'autrui se comporte dans la concurrence d'une manière honnête. Celui qui abuse de cette confiance et déçoit ainsi les espérances raisonnables de ses concurrents commet un acte de concurrence déloyale. En d'autres termes, est un concurrent déloyal celui qui ne respecte pas les règles d'une certaine éthique professionnelle – Berufsethos[83] – que ses partenaires sont tenus d'observer, faussant ainsi à son profit, le jeu de la libre concurrence.

[80] L'expression est de BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Teil I, p.41.

[81] Les tentatives de la doctrine et de la jurisprudence de comprimer la notion de déloyauté dans une formule applicable à toutes les situations ont, dans une large mesure, échoué: tel fut notamment le sort, par exemple, du «Leistungsprinzip» appliqué par le Tribunal fédéral dans certains arrêts notamment RO 72 II 39, de l'opposition entre la «Leistungs-» et la «Nichtleistungswettbewerb» – BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Teil II, p.127 et ss. – enfin, de la classification des actes de concurrence déloyale, œuvre de la jurisprudence française. Cf. ROUBIER, Propriété industrielle, vol.I, p.504.

[82] Voir notamment MARTIN-ACHARD, Concurrence déloyale, p.4 et ss.

[83] R. ISAY, Das Recht des Wettbewerbsrechts, Berlin 1933, p.54 et ss.

3. Les circonstances spéciales dénotant la déloyauté de l'exploitation des résultats du travail d'autrui

Tout en exerçant une fonction typiquement concurrentielle, la LCD et les droits de propriété intellectuelle régissent des phénomènes différents; dans un cas il s'agira de favoriser le développement de la libre concurrence en sanctionnant toute atteinte illicite à la position concurrentielle d'un tiers, alors que dans l'autre ce sont les résultats d'une activité créatrice qui se trouvent protégés par un droit privatif. Comme l'a écrit ROTONDI, la protection conférée par les régimes de propriété intellectuelle est spécifique en ce qu'elle vise des éléments déterminés de l'entreprise – certaines valeurs immatérielles –, la LCD opérant comme un filet protecteur plus extérieur qui s'étend autour de toute l'organisation commerciale de cette dernière[84]. Par conséquent, nos deux domaines ne s'appliqueront jamais au même état de fait de sorte que la copie servile et, d'une manière plus générale, l'exploitation des résultats du travail d'autrui ne constituent pas en eux-mêmes un acte de concurrence déloyale. En d'autres termes, lorsqu'une production ne peut faire l'objet d'un droit exclusif, parce qu'elle ne répond pas à la définition du bien protégé par l'un des régimes de propriété intellectuelle ou encore parce qu'elle ne satisfait pas aux conditions formelles ou matérielles de protection prévues par celui-ci, la LCD ne saurait intervenir pour pallier cette absence de protection.

Ce principe fondamental qui doit être à tout prix maintenu si l'on veut préserver la logique du système de protection des biens immatériels ne signifie toutefois pas qu'un concurrent puisse s'en prendre sans restriction aucune à la prestation d'autrui, non soumise à un droit privatif. Mais pour mettre en œuvre le régime de la LCD il faut des circonstances spéciales – besondere Umstände – permettant de conclure à la déloyauté de la conduite de l'imitateur[85]. Quels sont donc ces facteurs additionnels qui doivent être présents pour que la copie servile ou l'utilisation du travail d'autrui soit réputée déloyale?

La doctrine allemande divise ces éléments en deux catégories: les facteurs objectifs et les facteurs subjectifs. Les premiers ont trait

[84] ROTONDI, Avviamento, p.29. Ce qui ne signifie nullement qu'entre la LCD et les droits de propriété intellectuelle il y ait un rapport de loi générale à loi spéciale. RO 73 II 117; 85 II 33. Voir sur cette question GERMANN, Unlauterer Wettbewerb. p.238 et ss.; R. DE GRAFFENRIED, Grundlagen und gegenseitiges Verhältnis der Normen des gewerblichen Rechtsschutzes, Berne 1952, p.8 et ss.; TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol.I, p.562, vol.II, p.1103.

[85] Voir dans ce sens TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol.II, p.1055; VON BÜREN, Kommentar, p.29 et ss., 46 et ss.; BLUM/PEDRAZZINI, Patentrecht, vol.I, p.187/188; BAUMBACH/HEFERMEHL, Kommentar, vol.I, ad § 1, p.338, 500; REIMER/VON GAMM, Kommentar, chap.29, note 9, p.156 et ss.; GASTIGER, op.cit. (note 66), p.78.

aux qualités de l'objet repris ou imité; quant aux seconds, ils concernent le comportement du concurrent, étant précisé qu'il ne s'agit nullement d'apprécier une faute quelconque de ce dernier; celle-ci, sous réserve de l'action en dommages et intérêts et éventuellement de l'action pénale, n'étant pas déterminante pour l'application de la LCD.

A propos des facteurs objectifs, soit des exigences touchant à l'objet reproduit, il faut, selon nous, se garder de les assimiler à un quelconque degré d'originalité, même modeste sur le plan esthétique ou technique que cet objet devrait manifester. Cette conception, suivie par quelques auteurs et certains arrêts allemands[86] ne saurait être admise car elle ferait de la LCD une loi protégeant directement les prestations créatrices ou, à tout le moins, celles qui sont supérieures à la moyenne, ce qui n'est manifestement pas son but, comme on l'a maintes fois souligné. Les facteurs objectifs doivent s'entendre exclusivement de la propension de l'objet à exercer, au même titre qu'une marque, une fonction distinctive, c'est-à-dire à indiquer l'origine du produit[87]. Lorsque l'objet, ou plus précisément sa forme extérieure, a acquis cette capacité distinctive, lorsqu'elle s'est imposée dans les affaires de telle manière que le public acheteur l'associe à une source de production déterminée – Verkehrsgeltung – son imitation crée un risque de confusion avec les produits du fabricant, victime de la copie.

A quelles conditions la création d'un tel risque est condamnable comme acte de concurrence déloyale au sens de la lettre d de l'article 1, al. 2, de notre LCD est une question qui n'entre pas dans le cadre de ce rapport. Il importe toutefois de souligner que toutes les fois que les tribunaux font allusion au concept de «l'originalité concurrentielle», – wettbewerbsrechtliche Eigenart – ils entendent se référer à la capacité distinctive d'un objet et non à l'originalité, marque d'une activité créatrice, que celui-ci devrait présenter pour revendiquer l'application d'un régime de propriété intellectuelle[88]. Il est vrai que dans bon nombre de cas, l'originalité «créatrice» est la

[86] Dans ce sens notamment NERRETER, op.cit. (note 60), p.408 et ss.; TETZNER, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Cologne 1957, p.126 et ss. et OLG Hambourg, GRUR 1958, p.85.

[87] Le droit des marques relève en réalité de par le but qu'il poursuit, du domaine de la concurrence déloyale. La marque n'est en effet pas une valeur créatrice en soi; elle n'est que le symbole de l'ensemble des moyens de production – matériels ou immatériels – qui concourent au succès de l'entreprise. Dans ce sens: BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. Teil II, p.51; FIKENTSCHER, Wettbewerb, p.140, 269 et ss.

[88] Cf. RO 92 II 208; 90 IV 172; 88 IV 93. Voir aussi BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, ad § 1, p.399; D. REIMER, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der EWG, vol. III: Deutschland, p.196 et ss.; TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. I, p.553 et ss.

cause de l'originalité «concurrentielle» ce qui pose des problèmes très délicats, mais il n'empêche que ces deux notions doivent être soigneusement distinguées si l'on veut éviter des interférences entres des régimes juridiques à vocations diverses.

4. *Les facteurs subjectifs*

Les facteurs subjectifs, c'est-à-dire les circonstances qui touchent au comportement du concurrent, nous intéressent au premier chef, car c'est de leur présence que va dépendre la condamnation par la LCD de la copie ou de l'imitation de la prestation d'autrui. Dans cette perspective, l'on devra se livrer à une analyse approfondie de toutes les données de l'état de fait, car bien souvent la déloyauté n'est pas évidente et se cache derrière un comportement qui, à première vue, paraît remplir toutes les conditions d'une conduite honnête. C'est du reste parce qu'un tel examen n'a pas été conduit avec la rigueur nécessaire que la Cour fédérale a pu rendre son arrêt en matière de créations de la mode qui, même s'il est équitable, quant à ses effets, n'en est pas moins critiquable sur le plan des principes.

Lorsque la conduite incriminée tombe sous le coup d'un des exemples fournis par le législateur et qui fait suite à la clause générale, il est clair que la tâche du juge se trouve grandement facilitée. En comparant l'état de fait qui lui est présenté avec l'exemple type résultant de la norme spéciale qui lui semble applicable, le juge n'aura aucune peine à se prononcer sur le caractère déloyal de la copie. Celui-ci ne soulèvera aucun problème lorsque, par exemple l'imitateur a incité un employé de son concurrent à trahir un secret; dans cette hypothèse, la lettre f de l'article 1, al. 2 LCD est en effet sans autre applicable. Le problème est plus délicat lorsque l'état de fait ne correspond à aucun des exemples donnés par le législateur. Le juge est alors bien obligé de recourir à la clause générale, ce qui l'obligera à faire usage de son pouvoir créateur. C'est ainsi que la jurisprudence, assistée par la doctrine, s'est efforcée de construire des hypothèses types de comportements déloyaux relevant de la clause générale; il est intéressant de constater que celles-ci ne diffèrent guère de pays à pays, ce qui démontre que, nonobstant la terminologie adoptée par chaque législateur national, la déloyauté est un concept qui a pratiquement le même sens dans presque tous les états civilisés[89]. Au nombre de ces hypothèses types, il faut citer:

[89] *Droit suisse:* bonne foi (Article 1 al. 1 de la loi du 30 septembre 1943); *droit allemand:* bonnes mœurs (§ 1 de la loi du 7 juin 1909); *droit italien:* correction professionnelle (Article 2598, al. 3, Codice civile).

- la violation d'un rapport de confiance[90];
- l'incitation à la rupture d'un contrat auquel le concurrent n'est pas partie et sous certaines conditions l'exploitation au profit d'un concurrent d'une telle rupture[91];
- la copie systématique[92].

Ces hypothèses peuvent naturellement être combinées dans un même état de fait, ce qui aura pour effet d'augmenter l'intensité du caractère déloyal d'une conduite.

Nous n'analyserons pas ici ces différents schémas d'actes de concurrence déloyale dès lors qu'ils seront traités dans la deuxième partie de ce rapport consacré à une étude spécifique de certaines prestations dont on a fait l'inventaire dans la partie introductive de ce travail.

Considérant toutefois la typicité de ces hypothèses, on ne peut s'empêcher d'observer que la Cour fédérale allemande n'avait nullement besoin de recourir à la théorie discutable du «Vorsprung» pour condamner la copie des créations de la mode. La haute cour allemande aurait tout aussi bien pu arriver au même résultat en retenant comme circonstances dénotant la déloyauté du concurrent, la violation d'un rapport de confiance.

Cette affaire présente du reste une très grande analogie avec un arrêt rendu par le Tribunal fédéral qui a jugé que constituait un procédé contraire à la bonne foi, le fait pour un concurrent de commander des échantillons d'étoffe dans l'intention éventuelle de les imiter; il en irait de même, précisait notre instance suprême dans cet arrêt, si le concurrent n'avait décidé d'imiter les étoffes qu'après avoir reçu les échantillons, car il devait se rendre compte que le fabricant ne les avait mis à sa disposition qu'en vue d'une vente et non pour lui permettre de les imiter[93].

A notre avis, ce même principe doit aussi s'appliquer en cas d'achat ferme, car il n'y a aucune différence entre celui qui commande des échantillons en vue de les imiter et celui qui achète des articles en petite quantité à cette même fin. Dans les deux cas, le fournisseur doit pouvoir s'attendre à ce que son co-contractant n'utilise pas les échantillons ou les objets livrés pour lui faire concurrence. En re-

[90] RO 77 II 263; 90 II 51; pour l'Allemagne voir notamment BGH dans GRUR 1956, p.284.

[91] Voir notamment RO 86 II 112; TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. II, p.1073 et ss.; BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, vol. II, ad 1, p.438 et ss.; TETZNER, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, p.168.

[92] Cf. FRANCESCHELLI, Studi Riuniti di diritto industriale, Milan 1959, p.384 et ss.; BONASI/BENUCCI, Tutela, p.159; BGH dans GRUR 1960, p.244 et surtout la jurisprudence italienne, notamment Cass. dans Riv. dir. ind. 1974 II, p.243 avec note R. FRANCESCHELLI; 1971 II, p.159; 1970 II, p.19.

[93] RO 90 II 51.

vanche, si ces articles ont été acquis toujours dans le même but auprès d'un revendeur, par exemple un détaillant, tout élément de déloyauté disparaît, car la confiance du fabricant n'est nullement abusée; en lançant sur le marché des réalisations non protégées par un droit exclusif, il s'expose consciemment au risque d'être copié. Il est évident que, dans cette seconde hypothèse, la copie ne pourra intervenir qu'après la phase du lancement, ce qui répond aux préoccupations des partisans d'une protection par la LCD des prototypes[94], sans pour autant remettre en question le principe en vertu duquel, la copie même servile ne constitue jamais en soi un acte de LCD. En réalité et si l'on considère que, d'une manière générale, les entrepreneurs s'entourent de toutes les précautions pour éviter une divulgation de leur prototype, dans la quasi totalité des cas, leur imitation par un tiers n'est possible que parce que celui-ci en a pris connaissance en recourant à des manœuvres déloyales – violation d'un rapport de confiance; corruption d'employés, etc.[95]. Ce n'est donc pas le simple fait d'imiter le prototype qui est déloyal, mais le moyen qui a permis de réaliser la copie[96].

§ 9. La reprise immédiate de la prestation d'autrui – unmittelbare Leistungsübernahme – et la clause générale

La reprise immédiate de la prestation d'autrui, à savoir l'utilisation de la chose matérielle mise au point par un concurrent pour favoriser le lancement de sa propre production, constitue-t-elle en soi un acte de concurrence déloyale?

[94] Cf. les auteurs cités sous note 49.

[95] Cf. Cour de New-York, 47 TMR 1957, p.35. Copie de modèles de haute couture par un invité à un défilé de mode qui s'était engagé à ne pas exploiter les nouveautés présentées à cette occasion.

[96] Le problème de la protection des nouvelles de presse se pose exactement dans les mêmes termes. Toutefois, certaines législations ont préféré choisir la solution d'une protection par un droit sui generis. C'est ainsi que l'Article 101 de la loi italienne sur le droit d'auteur considère comme illicite le fait de reproduire ou de radiodiffuser une nouvelle de presse avant qu'un laps de temps de 16 heures ne se soit écoulé à partir de la diffusion du bulletin et en tout cas avant leur publication dans le journal qui a reçu l'autorisation de l'agence; cette même disposition condamne en outre la reproduction systématique de ces informations. Une telle règle est déplacée dans la loi sur le droit d'auteur, les comportements visés s'analysant comme des actes de LCD punissables selon ce régime. S'il s'agit de la diffusion de nouvelles non encore publiées, la déloyauté résultera de la manœuvre utilisée par le concurrent pour en prendre connaissance (incitation à la rupture du contrat; corruption d'employés). Quant aux informations publiées, c'est la fréquence de la reproduction – copie systématique – qui déterminera la déloyauté de la conduite. Voir DESBOIS, Droit d'auteur, p.60 et ss.; BONASI/BENUCCI, Tutela, p.161.

Au vu des conclusions qui viennent d'être développées, on serait tenté de répondre par la négative, à moins que l'on ne réussisse à établir, comme le soutient une fraction importante de la doctrine[97], qu'entre ce phénomène et celui de la copie servile ou de l'exploitation des résultats du travail d'autrui, il existe une différence fondamentale justifiant un traitement distinct sur le plan juridique. Le problème est important et de sa solution va dépendre l'assujettissement des productions relevant du domaine dit voisin du droit d'auteur – artistes interprètes ou exécutants; producteurs de phonogrammes; organismes de radiodiffusion – soit à un régime de protection sui generis, solution préconisée par l'Avant-projet suisse à l'image de certains systèmes étrangers, soit encore au régime de la LCD.

Mais la question ici débattue nous semble revêtir un intérêt plus essentiel encore, car si l'on devait opter pour le second terme de cette alternative, c'est toute utilisation par un tiers non autorisé d'un résultat matériel réalisé par autrui qui serait per se déloyale, avec cette conséquence que les normes réprimant la concurrence déloyale pourraient s'appliquer non seulement à la reprise d'une prestation dite représentative[98] mais aussi à d'autres cas encore mal réglés par le droit positif telle, par exemple, la photocopie d'ouvrages tombés dans le domaine public ou le surmoulage d'objets divers.

1. Bref aperçu de droit positif

C'est surtout en Allemagne et aux Etats-Unis qu'un traitement spécial a été réservé à l'utilisation d'une chose matérielle mise au point par autrui. Lorsque cette conduite a été condamnée comme acte de concurrence déloyale, les tribunaux allemands ont fait appel à la notion de parasitisme – Schmarotzen –[99] alors que la jurisprudence américaine a invoqué la théorie de la «misappropriation doctrine».

[97] Dans ce sens BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, vol. II, ad. 1, p. 422 et ss.; A. TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. II, p. 1066 et ss.; IDEM, Unlauterer Wettbewerb durch Ausbeutung fremder Leistung, Riv. dir. Ind. 1960, p. 72 et ss.; J. PURTSCHERT, Die unmittelbaren Ergebnisse einer Arbeits- oder Unternehmensleistung, Fribourg 1974, p. 113; D. REIMER, Einige Bemerkungen zum Leistungsschutz des § 1 UWG, dans: Festschrift für Senatspräsident Wilhelm Wandel, Munich 1969, p. 98 et ss.; M. H. AHRENS, The misappropriation doctrine after Sears – Compco, 59 TMR 1969, p. 88 et ss.; W. J. DERENBERG, Sklavische Nachahmung, Recht oder Unrecht, GRUR Ausl. 1941, p. 317.

[98] Sur cette notion cf. supra, chap. I, p. 223 et ss.

[99] Il ne faut pas confondre cette notion du parasitisme avec celle développée par SAINT-GAL, qui recouvre pratiquement toutes les hypothèses de concurrence déloyale et n'offre ainsi guère d'intérêt. Cf. Y. SAINT-GAL, Concurrence déloyale et concurrence parasitaire, Rassegna propr. ind. litt. art. 1956, p. 3 et ss.

La pratique allemande en cette matière a subi ces dernières années des modifications importantes. Jusqu'en 1968, la reprise immédiate de la prestation d'autrui était considérée en soi comme un acte de concurrence déloyale. C'est ainsi qu'en 1910, le Tribunal d'Empire a appliqué directement la clause générale au réenregistrement de phonogrammes[100]. Sur la base de ce précédent, la Cour fédérale a jugé per se déloyal la captation puis la projection dans une salle appartenant au défendeur d'une retransmission en direct d'un match de football[101], la culture d'une variété d'œillets à partir d'une bouture prélevée sur une spécialité végétale obtenue par un concurrent[102], la réémission d'une retransmission sur les ondes d'un opéra[103], enfin la radiodiffusion d'un spectacle de cabaret[104].

Dans ces arrêts, la Cour fédérale insistait sur la distinction qu'il y avait lieu d'opérer entre la copie d'une part et les divers comportements des concurrents condamnés d'autre part. Dans toutes ces hypothèses, estimait la Cour, le concurrent avait exploité les fruits du travail d'autrui sans la moindre contrepartie, alors que la copie ne dispensait pas l'imitateur de fournir sa propre prestation si limitée soit-elle. Le parasite est toujours un concurrent déloyal, concluait la haute cour allemande, ce qui n'est pas nécessairement le cas de l'imitateur à moins qu'il ne recourt à des manœuvres contraires à la bonne foi. Toutefois, en 1968, à propos d'une affaire concernant la reproduction photomécanique d'un ouvrage tombé dans le domaine public, la Cour fédérale abandonnait le principe du caractère per se déloyal de la reprise immédiate de la prestation d'autrui. Pour la Cour fédérale, la déloyauté ne pouvait plus reposer sur le seul fait d'une reproduction obtenue par des moyens techniques dispensant le concurrent de produire sa propre prestation, mais bien sur le caractère inéquitable – unbillig – d'une telle reproduction. En l'espèce tel n'était pas le cas car la première édition de l'ouvrage était épuisée depuis environ douze ans, ce qui impliquait que l'éditeur avait eu largement le temps d'amortir ses frais d'édition[105].

Au vu de cette dernière jurisprudence, la déloyauté des comportements ci-dessus analysés s'appréciera presque exclusivement en fonction de la durée pendant laquelle l'auteur de la prestation originale a pu exploiter sa production à l'abri de toute interférence émanant de tiers. Ainsi, l'acte ne tombera pas sous le coup de la clause géné-

[100] RGZ 73, p.296
[101] BGHZ 27, p.1.
[102] BGHZ 28, p.387.
[103] BGHZ 33, p.20.
[104] BGHZ 39, p.352.
[105] GRUR 1969, p.186. Dans le même sens, Cour fédérale dans GRUR 1969, p.619 à propos du surmontage d'un dentier et GRUR 1972, p.127 à propos de la photocopie de formulaires destinés à l'armée allemande.

rale lorsque tous les frais de conception, de mise au point et de lancement ont pu être amortis. On ne peut s'empêcher d'observer que cette conception est assez proche de la théorie du «Vorsprung» dès lors que dans un cas comme dans l'autre, c'est l'avantage concurrentiel que retire un concurrent en étant le premier à exploiter une nouveauté sur le marché qui se trouve en réalité protégé. A la suite de cette jurisprudence et de l'arrêt rendu par la Cour fédérale en matière de créations de la mode[106], il ne paraît plus y avoir aucune différence entre le traitement juridique de la copie servile et celui réservé à la reprise immédiate de la prestation d'autrui.

La «misappropriation doctrine» a fait l'objet de nombreuses décisions aux Etats-Unis; on s'abstiendra toutefois de les commenter, car il n'est pas du tout certain, en raison des décisions de la Cour Suprême rendues dans les affaires *Sears* et *Compco* que cette doctrine appartienne encore au droit positif de ce pays[107].

Quant à la Suisse, il n'existe, à notre connaissance, qu'un seul arrêt, rendu par le Tribunal de Commerce de Zürich, qui concerne le problème qui nous intéresse. Dans cette affaire relative à la photocopie d'une édition tombée dans le domaine public, la cour zurichoise a suivi entièrement la Cour fédérale allemande et a absout le défendeur pour le motif que le demandeur avait eu largement le temps d'amortir ses frais de production, la première édition de l'ouvrage photocopié remontant à 1913[108].

2. Caractère commun à toutes les conduites condamnées au titre de parasitisme

Faut-il approuver ce revirement de la jurisprudence allemande ou doit-on au contraire s'en tenir, comme le préconise toujours un large courant doctrinal[109] au caractère per se déloyal de l'utilisation immédiate de la prestation d'autrui? Avant de répondre à cette question, il paraît essentiel de définir l'état de fait typique que recouvre ce concept et cette définition suppose que l'on ait préalablement identifié l'élément commun de tous les comportements qui ont été condamnés dans les arrêts précités. Cette caractéristique commune peut

[106] GRUR 1973, p.478.

[107] Voir sur cette question AHRENS, The misappropriation doctrine after Sears-Compco, 59 TMR 1969, p.88 et ss.

[108] SJZ 66, 1970, p.326 et ss.

[109] En plus de la doctrine citée sous note 97 voir sur ce problème: H.F. LUCHTERHANDT, Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der unmittelbaren Ausnutzung fremder Leistung, GRUR 1969, p.581 et ss.; IDEM, Photomechanical Reprinting. Unfair Competition by Direct Appropriation, ICC 1971, vol.II, p.77 et ss.

se formuler de la manière suivante: dans toutes les hypothèses analysées, le concurrent se sert d'un résultat matériel mis au point par autrui et le reproduit ou le réutilise grâce à des moyens techniques plus ou moins sophistiqués – procédé photomécanique; surmoulage d'un objet; installation d'un dispositif permettant de capter des ondes sonores et de les réémettre, etc. Ce faisant, le concurrent se trouve en position d'utiliser la prestation d'un tiers pratiquement sans bourse délier. Que ce résultat matériel se concrétise dans un produit corporel ayant une structure tangible – bouture d'œillets – ou qu'il se présente sous la forme d'une manifestation énergétique – ondes sonores – n'apparaît ici comme nullement déterminant. Ce qui est essentiel et qui constitue le dénominateur commun de tous les procédés censurés dans les décisions qu'on vient de rappeler, c'est l'emploi par un tiers non autorisé d'une chose qui appartient au monde de la matière et dans laquelle vient en quelque sorte s'imprimer la prestation du concurrent. Qu'un tel comportement soit per se déloyal nous paraît à première vue et nonobstant la jurisprudence contraire de la Cour fédérale d'après 1968 et celle du Tribunal de Commerce de Zürich, indéniable. Toutefois et avant de conclure dans ce sens, il faut encore répondre à deux objections.

3. La solution proposée conduit-elle à la création de nouveaux monopoles pour certaines prestations?

On a soutenu qu'une telle solution revient en fait à admettre le principe d'une protection directe des prestations par LCD ce qui est contraire à la fonction de cette loi et à l'objectif qu'elle poursuit[110].

Cette objection nous paraît facilement réfutable. S'il est vrai que l'interdiction absolue de la copie servile conduit à la création de monopoles parce qu'une activité si restreinte soit-elle est soustraite à la concurrence, conséquence inadmissible en l'absence d'un droit de propriété intellectuelle[111], cette même interdiction, limitée aux agissements parasitaires au sens de la jurisprudence allemande d'avant 1968 est tout à fait compatible avec le principe de la liberté économique. En effet, condamner le concurrent qui exploite la prestation d'autrui en se servant de la substance matérielle qui la concrétise n'aboutit nullement à monopoliser une activité déterminée en faveur de l'auteur de la prestation originale. C'est ainsi que toute personne pourra librement imprimer un ouvrage tombé dans le domaine public, tel par exemple «les Trois mousquetaires»; la

[110] Dans ce sens VISCHER, Die Purifikation, p. 266 et ss.; P. ZIHLMANN, Gedanken zum Schutz vor sklavischer Nachahmung, SJZ 65, 1969, p. 353 et ss.
[111] Cf. Supra 2.

LCD n'interviendra que pour sanctionner une reproduction obtenue par un procédé technique quelconque (photomécanique; offset) à partir d'un des exemplaires matériels de cette œuvre mis dans le commerce par un concurrent. Ce même raisonnement peut s'appliquer au surmoulage d'articles divers, procédé qui consiste à fabriquer une série d'après un moule constitué par l'empreinte d'un objet qu'un tiers a lancé sur le marché, au réenregistrement de disques ou de cassettes portant sur des œuvres non protégées et d'une manière générale à tout le domaine couvert par les prestations dites représentatives.

On pourrait certes soutenir à propos de l'interdiction relative au réenregistrement de porteurs de sons et les rééemissions d'émissions radiophoniques ou télévisées, qu'une telle solution si elle n'empêche pas l'enregistrement ou l'émission d'une même œuvre par n'importe quel concurrent, n'en conduit pas moins à un monopole sur une interprétation déterminée de cette œuvre – par exemple la Ve par Furtwängler – en faveur d'un producteur de disques ou d'un organisme de radiodiffusion.

Mais cette remarque ne serait fondée que dans la mesure où l'on voit dans l'exécution d'une œuvre autre chose que la fixation matérielle de cette dernière. Il est certes indéniable, si l'on se rallie à cette conception, que la LCD ne saurait être invoquée pour condamner le réenregistrement ou la réémission d'une interprétation car et dans une telle hypothèse, il y aurait par le détour de cette loi, création en faveur d'une personne d'un monopole sur une valeur intellectuelle nouvelle. Mais cette constatation ne signifie nullement que l'on doive recourir à une loi spéciale protégeant les prestations, à l'image de l'avant-projet suisse sur les droits voisins. On sait en effet que si l'interprétation doit être élevée au rang de bien immatériel, il ne peut s'agir que d'une création au sens où cette notion a été définie[112]. L'interprète étant ainsi mis au bénéfice d'un véritable droit d'auteur, c'est en qualité de cessionnaire de ce dernier que les producteurs de phonogrammes ou les organismes de radiodiffusion pourront interdire les disques ou les retransmissions pirates[113].

4. Le caractère déloyal de la reprise immédiate de la prestation d'autrui

Quant à la seconde critique formulée à l'encontre de la thèse que nous défendons, elle consiste à dire qu'en déclarant per se déloyale la reprise immédiate de la prestation d'autrui, on pénalise le concurrent le plus habile qui, en se servant d'une chose matérielle réalisée

[112] Voir supra, chap. I, § 4.
[113] Solution qui serait contraire au droit positif suisse; cf. RO 85 II 43; 87 II 321.

par un tiers, a su éviter les frais inhérents à toute copie. La copie suppose en effet que l'imitateur se procure les moyens nécessaires pour la reproduction – outillage par exemple – alors qu'en se servant d'un exemplaire matériel mis dans le commerce par un concurrent – livre, disque, objets divers – le parasite abrège considérablement le processus de fabrication, et s'épargne ainsi la plupart des frais qui y sont liés. Or, estiment, à juste titre, les adversaires d'une condamnation automatique d'un tel comportement au titre d'acte de concurrence déloyale, on ne peut fonder la déloyauté sur la plus ou moins grande économie de frais réalisés par un concurrent à moins que l'on ne veuille favoriser les concurrents les moins adroits au détriment de ceux qui font preuve d'une plus grande efficacité, ce qui ne correspond pas à l'esprit de la lutte concurrentielle[114].

Il est certes vrai que la plupart des auteurs qui ont condamné cette forme de parasitisme, ont souvent mis l'accent sur cette circonstance pour conclure à la déloyauté de la conduite incriminée[115]. A notre avis, ce n'est toutefois pas à ce niveau que la question doit être résolue. L'économie réalisée est certes la conséquence du comportement déloyal, elle n'en constitue toutefois pas l'élément décisif. Employer une chose matérielle fabriquée et mise dans le commerce par autrui pour lancer ses propres produits, c'est en réalité utiliser un facteur, un moyen de production qui ne nous appartient pas[116]. Certes en agissant de la sorte, le concurrent ne lèse aucun droit réel d'un tiers puisqu'en acquérant l'objet sur le marché il en est devenu le légitime propriétaire. Toutefois, il se sert de cet objet pour une fin autre que celle que lui a assignée le fabricant et c'est en cela que réside à notre sens le caractère déloyal d'une telle conduite. En mettant en circulation des produits, un entrepreneur peut s'attendre à ce que ceux-ci soient consommés conformément à leur but, c'est-à-dire que le livre soit lu, le disque joué, etc. Mais la confiance du producteur est trompée lorsqu'un concurrent se procure cet objet, même d'une façon licite et l'utilise comme un instrument de production[117].

[114] Dans ce sens SCHNEIDINGER, Der Leistungsschutz unter besonderer Berücksichtigung der technischen Leistung, en voie publication p.86 et ss.; H. TETZNER, Zur Lehre von der unlauterkeitsbegründenden unmittelbaren «Leistungsübernahme», JR 1968, p.324 et ss.

[115] Notamment TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol.II, p.1066 et ss.

[116] Cf. R. HORST, Kann der Abdruck gemeinfreier Werke unlauterer Wettbewerb sein?, GRUR 1935, p.471.

[117] L'application de la LCD n'interdirait en revanche pas l'emploi de phonogrammes par les organismes de radiodiffusion et les établissements publics. Le disque est, dans cette hypothèse, utilisé conformément à son but qui est de restituer à l'auditeur l'interprétation fixée sur le porteur de sons. L'Article 12 de la Convention de Rome institue, il est vrai, un droit à une rénumération équitable en faveur des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes pour l'utilisation de ces derniers. Avec la Commission d'experts,

L'ensemble des concurrents forme une communauté dominée par des rapports de confiance. Or, c'est décevoir cette confiance que de surmouler un objet, réenregistrer un disque, photocopier une édition et faire ainsi concurrence à celui dont les produits ont servi de prototype à la série lancée par l'entreprise parasite[118].

nous sommes d'avis qu'un tel droit ne se justifie pas. Cf. AP sur la protection des artistes interprètes ou exécutants des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, Rapport explicatif, p. 38 et ss.

[118] L'acte ne sera pas déloyal lorsqu'entre l'auteur de la prestation originale et l'entreprise qui a repris cette dernière, il n'y a plus de concurrence effective, par exemple dans l'hypothèse où l'édition photocopiée était épuisée depuis de nombreuses années, voir dans ce sens REIMER, Einige Bemerkungen, p. 108.

Deuxième partie

La protection des prestations par les régimes traditionnels de propriété intellectuelle

La première partie de ce rapport nous a permis de conclure que la solution d'une protection immédiate des prestations par un droit sui generis ou par la clause générale de la LCD était critiquable tant du point de vue systématique que sur le plan d'une application pratique. Dès lors que la prestation échappe à toute véritable définition conceptuelle, son assujettissement à un régime spécifique – Leistungsschutzgesetz – semble difficilement réalisable faute d'une délimitation suffisante de l'objet protégé. Quant à une application éventuelle de la LCD, en particulier de la clause générale, une telle conception irait à l'encontre de l'objectif que poursuit cette loi qui tend à favoriser le déroulement honnête de la concurrence sans pour autant créer des monopoles en faveur de concurrents déterminés.

A l'occasion de notre examen de la LCD, on a pu toutefois dégager la règle du caractère per se déloyal de l'acte consistant à se servir d'une chose matérielle réalisée par autrui à des fins concurrentielles. En étendant la clause générale à ce type de conduite, on a pu ainsi assurer la sauvegarde d'intérêts dignes de protection mais qui n'avaient pu trouver leur place dans les régimes classiques de propriété intellectuelle. Mais cette application de la clause générale ne résoud de loin pas tous les problèmes que pose la protection des productions intellectuelles décrites dans notre introduction. Considérant d'une part que la notion de prestation ne constitue pas une catégorie relevante pour le droit, d'autre part que la LCD ne peut être invoquée que dans le cadre de circonstances bien déterminées, il convient maintenant d'examiner dans quelle mesure les droits de propriété intellectuelle dans leur conception traditionnelle ont vocation pour protéger ces réalisations au statut apparemment incertain. C'est à ce problème que sera consacré la seconde partie de ce rapport qui commencera par un bref rappel des principes fondamentaux régissant la matière du droit d'auteur et du droit des brevets pour ensuite se fixer sur certaines prestations particulières aux fins d'en déterminer le sort à la lumière de ces mêmes principes.

Chapitre III

Principes généraux du droit d'auteur et du droit des brevets d'invention

§ 10. Généralités

Dans ce chapitre, on tentera d'individualiser le bien protégé par le droit d'auteur et le droit des brevets d'invention. On cherchera d'une part à identifier les critères qui permettent d'attribuer une production intellectuelle à l'un ou l'autre de ces régimes, d'autre part, à définir les éléments de la création susceptible de revendiquer la protection légale.

1. L'originalité, condition nécessaire de toute protection privative

Il ne sera pas question ici d'analyser longuement la qualité que doit démontrer tout résultat intellectuel pour bénéficier d'une protection privative dès lors que ce problème a déjà été invoqué à propos de la prétendue distinction entre créations et prestations[1]. On sait ainsi que toute valeur immatérielle qui répond à la définition de l'œuvre littéraire ou artistique ou de l'invention technique ne peut être investie d'un droit exclusif que si elle démontre une certaine qualité, qui se réfère à l'activité intellectuelle dont elle est issue. On a défini cette qualité qui s'exprime par les concepts d'originalité, de niveau inventif ou encore de non évidence, cela en fonction du régime qui est mis en œuvre, comme un degré supérieur de nouveauté à partir duquel une production intellectuelle est censée être le fruit d'un travail créateur. La présence de cette qualité marque une rupture avec le connu, l'ordinaire et constitue ainsi la justification des prérogatives accordées par les droits de propriété intellectuelle. Dans un système de liberté économique, les monopoles sont des exceptions et ne doivent être concédés qu'à ceux qui ont enrichi la collectivité par l'apport d'une valeur nouvelle due à une activité supérieure à la moyenne. Les différents régimes de propriété intellectuelle ne devraient donc jamais pouvoir être invoqués pour des résultats obtenus à la suite d'un travail méthodique, d'une activité de routine, et ce, quel que soit l'investissement en temps et en argent que ceux-ci ont pu nécessiter[2].

[1] Cf. part. I, chap. I.

[2] La brevetabilité de l'invention de groupe – Teamerfindung – ne constitue nullement une dérogation à ce principe. S'il est vrai que ce type d'invention est souvent le fruit d'un travail systématique divisé en plusieurs phases où

2. *Nécessité d'une approche phénoménologique*

L'identification du bien protégé par nos deux régimes oblige le juriste à étudier la réalité phénoménologique. D'aucuns ont prétendu qu'une telle démarche serait inutile, l'œuvre investie d'un droit d'auteur ou l'invention brevetable étant de pures notions juridiques[3]. Toutefois, cette conception ne permet de résoudre aucun des problèmes qui se posent au juriste lorsqu'il doit décider si telle production peut revendiquer une protection quelconque et par quel régime, le texte légal ne lui étant pratiquement d'aucun secours. Ainsi, la loi suisse sur le droit d'auteur se borne à indiquer en son article 1 qu'elle protège les œuvres littéraires et artistiques et donne à l'al. 2 de cette même disposition une série d'exemples. L'AP II n'est guère plus explicite lorsqu'il définit à son article 1 l'œuvre comme une création originale qui appartient au domaine littéraire et artistique[4]. Mais quelle réalité expriment donc ces concepts? Si artistique se réfère au domaine des Beaux-Arts, on doit normalement exclure par l'intervention d'un critère touchant au mérite de l'œuvre, bon nombre de réalisations que la jurisprudence a jusqu'à présent toujours considéré comme protégeables par un droit d'auteur. D'un autre côté, si littéraire signifie toute forme d'écrits, des productions comme des papiers logarithmiques ou des formulaires comptables devraient être élevés au rang d'œuvre, nonobstant les décisions contraires des tribunaux dans presque tous les pays du monde. Dans la loi sur les brevets d'invention, cette carence apparaît encore plus nettement. La notion d'invention, unique donnée que fournit la loi, se réfère en effet à la qualité du bien immatériel et non au genre auquel il appartient. On constate ainsi qu'il est impossible de cerner les contours du bien protégé par nos régimes sans entreprendre une étude de la réalité phénoménologique. L'invention, l'œuvre sont avant tout des notions méta-juridiques qu'il importe de bien saisir dans ce contexte extra-légal, avant qu'elles ne puissent servir de concept sur le plan juridique[5].

chaque résultat intermédiaire est la conséquence logique, évidente de celui qui le précède, il n'en demeure pas moins que le résultat final marque une rupture avec ce qui est connu, soit avec l'état de la technique, car les résultats intermédiaires ne sont pas publiés. Cf. RO 93 II 504 et F. PERRET, L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles. Essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle, Genève 1974, p. 114. En sens contraire, BLUM/PEDRAZZINI, Patentrecht, vol. I, ad Art. 1, note 19, page 115.

[3] Dans ce sens E. ULMER, Urheber- und Verlagsrecht, Berlin 1960, p. 108 et ss.

[4] En définissant l'œuvre comme une expression, l'AP I avait choisi une formule plus heureuse.

[5] Dans ce sens TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. 1, p. 5 et ss.; IDEM, Urheberrecht und Ontologie, Ufita 1967, p. 385 et ss.

3. Les diverses formes de la pensée humaine

Une étude des phénomènes que recouvrent les domaines qui nous intéressent ne saurait évidemment être entreprise dans le cadre limité de ce rapport. On se bornera à rappeler que la doctrine qui s'est livrée à des recherches de cette nature oppose la création esthétique soumise au droit d'auteur à la création utilitaire qui relèverait du droit des brevets. A ces concepts peuvent alors être associés les deux formes essentielles de la pensée humaine, à savoir la forme théorique et la forme pratique. Selon B. CROCE, avec la forme théorique, l'homme comprend l'univers avec la forme pratique, il le transforme[6]. Cette distinction nous permet ainsi d'attribuer au régime du droit d'auteur les productions qui mettent à contribution la forme théorique de l'esprit et au régime des brevets celles qui font intervenir la forme pratique. Elle paraît du reste correspondre à la nature des prérogatives attribuées au titulaire du droit. Lorsque le droit d'auteur réserve au titulaire un monopole de reproduction et de représentation sur l'œuvre, cela signifie que toute la valeur de la production sujette à ce régime s'épuise dans la seule connaissance de l'œuvre. Par contre, et si le brevet confère le droit exclusif d'utiliser l'invention professionnellement, cela veut dire que celle-ci n'a de valeur que lorsqu'elle est appliquée dans la réalité, provoquant ainsi une transformation de cette dernière par l'apport d'un produit ou d'un résultat nouveau. Dans cette optique, on peut qualifier l'invention de phénomène dynamique par opposition au caractère statique de l'œuvre donnant prise à un droit d'auteur[7]. Il faut toutefois ajouter que l'invention, bien qu'elle relève du domaine de l'activité pratique, bien qu'elle soit essentiellement action, nécessite néanmoins la participation de la forme théorique de l'esprit, car l'action est impensable sans la connaissance[8].

L'invention se situe ainsi à la fois sur le plan pratique et cognitif alors que l'œuvre reste au niveau de la connaissance théorique. On précisera encore, pour en terminer avec ces notions philosophiques, que le moment cognitif qui se manifeste dans ces deux espèces de biens immatériels est d'une qualité différente selon que l'on a affaire à une œuvre ou à une invention. La philosophie distingue en effet la connaissance logique de la connaissance intuitive, qui constitue le fait esthétique. La première est productrice d'idées générales, de concepts qui expriment des relations de cause à effet entre des choses. La seconde est une représentation, une élaboration d'impression; l'intuition est individuelle et dépend de la vision particulière que pos-

[6] B. CROCE, Esthétique comme science de l'expression et linguistique générale, Paris 1904, p. 47 et ss.

[7] Dans ce sens TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 65.

[8] CROCE, Esthétique, p. 47 et ss.

sède chaque être humain du monde qui l'entoure. La pensée logique ou conceptuelle est en revanche universelle car elle répond aux mécanismes de l'intelligence qui sont communs à toute l'humanité[9].

Mais si toutes les productions assujetties au droit d'auteur doivent posséder cette qualité esthétique, il faut alors conclure qu'elles ne peuvent être issues que de la connaissance intuitive. La question est plus complexe pour ce qui concerne l'invention; on serait en effet tenté de soutenir que la conception de ce bien immatériel ne fait intervenir que la pensée logique puisque l'invention doit mettre en évidence de nouveaux rapports de causalité entre des choses ou des phénomènes aux fins d'obtenir un effet utile. Cependant, dans le domaine de l'utile, la connaissance intuitive a aussi un rôle à jouer; c'est en effet grâce à cette dernière que l'inventeur pourra combiner d'une façon nouvelle ces idées générales et abstraites que sont les rapports de causalité. La connaissance intuitive est donc à la base de toute invention; sans elle, le bien immatériel ne posséderait pas cette qualité, l'originalité dont dépend, comme on l'a vu, la mise en œuvre de tout régime de propriété intellectuelle.

§ 11. Le bien protégé par le régime du droit d'auteur

Il nous faut maintenant tirer de ce bref aperçu philosophique des conclusions valables pour le droit.

1. Le caractère représentatif de l'œuvre

Si l'on interprétait la condition du caractère esthétique de l'œuvre en l'associant à une idée de la Beauté, comme le préconisent certains auteurs[10] il est clair que bon nombre de productions, telles les cartes de géographie, les répertoires, les annuaires et autres index, etc. que le législateur ou la jurisprudence ont admis au rang d'œuvre littéraire seraient du même coup exclus du champ d'application de la loi. En bref, ce serait toutes les petites monnaies du droit d'auteur qui feraient les frais d'une interprétation aussi restrictive de la notion d'esthétique. Mais si, sur le plan juridique, cette notion devait avoir le même sens qu'en philosophie, alors le conflit que l'on vient de signaler disparaîtrait. Dans une telle acception en effet, le terme «esthétique» renverrait à l'idée d'une expression, d'une représenta-

[9] Sur ces concepts philosophiques voir notamment CROCE, Esthétique, p. 18; H. BERGSON, L'évolution créatrice, Paris 1969, p. 164 et ss.; M. PHILIPPOT, Le monde comme représentation sans volonté, Revue Esthétique 1964, p. 270 et ss.

[10] Notamment TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 60.

tion qui caractériserait ainsi le genre des manifestations de l'activité intellectuelle relevant du domaine du droit d'auteur. Que cette expression suscite ou non chez le spectateur ou l'auditeur un sentiment de beauté n'aurait ainsi plus aucune espèce d'importance. Ce qui serait déterminant pour l'application du régime, c'est que l'apport original se concrétise dans une valeur intellectuelle possédant un caractère expressif ou représentatif.

La doctrine italienne a eu le grand mérite de réconcilier droit et philosophie en mettant l'accent sur cette condition de «représentativité». Ainsi PIOLA-CASELLI enseigne que toutes les œuvres investies d'un droit d'auteur ont pour fonction de représenter un certain objet en vue de sa communication au monde extérieur[11]. Point n'est besoin que la représentation soit artistique au sens commun du terme, qu'elle se serve des moyens d'expression appartenant à l'art. Lorsqu'une création témoigne de cette capacité représentative, elle doit pouvoir, pour autant qu'elle soit originale, revendiquer l'application du régime du droit d'auteur, quelles que soient par ailleurs la nature et la valeur du contenu exprimé. Il s'ensuit que des réalisations dénuées de tout caractère artistique comme des livres d'adresse, des répertoires, des dictionnaires, des catalogues publicitaires, etc. ne sauraient par principe être exclues du champ d'application de la loi dès lors qu'elles expriment toutes un certain contenu, si trivial soit-il[12].

L'objet de la représentation variera naturellement en fonction du genre de l'expression auquel appartient la production en cause. Dans les arts figuratifs, la représentation portera sur une chose qui est identifiable à priori, par exemple un paysage, les traits d'un individu. Dans l'ouvrage scientifique, cet objet sera formé par la loi physique ou chimique que l'œuvre doit communiquer. Mais il se peut aussi que l'objet de la représentation reste indéterminé. Ce sera le cas de l'art abstrait et de la musique qui représentent des sentiments, des sensations ou des états d'âme qui ne sont pas déterminables mais qui n'en constituent pas moins le fondement duquel va jaillir l'expression[13].

[11] Dans ce sens PIOLA-CASELLI, Trattato del diritto d'autore, Naples/Turin 1927, p. 77 et ss.; ARE, L'Oggetto del diritto d'autore, p. 33. Le caractère représentatif que doit marquer une production pour bénéficier de la protection conférée par le droit d'auteur est particulièrement bien mis en évidence par la Cour d'Amsterdam qui a jugé que des formulaires d'analyse sanguine n'étaient pas des écrits au sens de la loi sur la propriété littéraire et artistique dès lors qu'il ne s'agissait pas de «*documents to convey or communicate thoughts*», Cour d'Amsterdam, ICC 1975, vol. VI, p. 60 et ss.

[12] Une production peut avoir un contenu banal; ell n'en mérite pas moins la protection légale si la forme d'expression est originale. Dans ce sens ARE, L'Oggetto del diritto d'autore, p. 348.

[13] PERRET, op. cit. (note 2), p. 35.

2. *La forme et l'idée dans le régime du droit d'auteur*

Une fois le bien protégé défini par le droit d'auteur comme une représentation, l'expression d'un certain contenu en vue de sa communication au monde extérieur, on peut justifier sans difficulté le principe selon lequel le contenu exprimé, les idées représentées dans l'œuvre échappe à toute emprise de ce régime. Si l'idée est de libre parcours, ce n'est pas, comme on l'a souvent soutenu[14] parce qu'un monopole en cette matière freinerait le progrès scientifique et culturel – considérations de politique juridique qui, si elles gardent leur valeur pour le domaine scientifique, deviennent discutables lorsque le contenu porte sur une idée commerciale ou artistique – mais bien parce qu'en considérant la définition du bien protégé, la protection légale ne peut s'attacher qu'aux parties de l'œuvre qui possèdent un caractère représentatif, c'est-à-dire à la forme entendue dans son sens le plus large. Il s'agira non seulement de la forme dite externe, soit la forme directement perceptible par les sens – Geformte Materie – mais encore de la forme interne, c'est-à-dire de celle qui organise d'après la vision interne de l'auteur les éléments résultant de sa perception, en vue de leur communication au monde extérieur – Geformter Stoff[15]. La forme externe va se manifester par le choix des mots et des expressions dans l'œuvre littéraire, par celui des couleurs, par le découpage des surfaces dans l'œuvre artistique. Quant à la forme interne, elle comprend les péripéties de l'intrigue dans un roman ou une pièce de théâtre, l'ordre des matières traitées, la division en chapitres, le choix des exemples dans un ouvrage scientifique, la disposition des personnages sur une toile, la répartition des zones d'ombre et de lumière dans une œuvre des Beaux-Arts[16].

[14] Notamment DESBOIS, Droit d'auteur, p. 20 et ss.

[15] Dans ce sens TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 433 et ss.; ARE, L'Oggetto del diritto d'autore, p. 408 et ss.; HUBMANN, Das Recht des schöpferischen Geistes, p. 26 et ss. Dans la terminologie utilisée par DESBOIS la forme externe correspond à l'expression, la forme interne à la composition; DESBOIS, Droit d'auteur, p. 127 et ss.

[16] Le point fort des adversaires de la distinction entre forme et contenu paraît être le problème de la protection de l'intrigue par le droit d'auteur. S'il est indéniable que ce régime protège cet élément de l'œuvre, il s'ensuit, estime cette doctrine, que la distinction proposée n'a aucune valeur, l'intrigue relevant du contenu de l'œuvre. Cf. HUBMANN, Urheber- und Verlagsrecht, p. 30 et ss.; IDEM, Der Rechtsschutz der Idee, GRUR 1957, p. 1; ULMER, Urheber- und Verlagsrecht, p. 107 et ss.; KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, p. 10 et ss. Cette critique ne paraît pas fondée. Avec l'intrigue, l'auteur traduit en images des sensations, des sentiments. Il imagine une intrigue en fonction des conflits émotionnels, des états d'âme qu'il veut représenter. L'intrigue n'est donc pas l'objet de la représentation. Elle est déjà le commencement de l'expression. Dans ce sens TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 510 et ss.; ARE, L'Oggetto del diritto d'autore, p. 125; RINTELEN, Urheberrecht und Urheberverlagsrecht, Vienne 1958, p. 53. BALL, The law of copyright, p. 319 et ss.

3. L'assise de l'originalité dans l'œuvre esthétique

Mais si l'idée, le contenu exprimé reste à l'écart du régime du droit d'auteur, cet élément ne devrait avoir aucune incidence sur la détermination de l'originalité d'une œuvre. Cette condition doit en effet trouver son assise dans la seule forme à l'exclusion de l'idée sinon l'on risque d'assurer à cette dernière une protection indirecte par le biais de ce régime. Certes la jurisprudence du Tribunal fédéral ne paraît pas aller dans ce sens, ce qui ne signifie pas qu'elle doit être approuvée. Ainsi et dans une affaire concernant des tables mathématiques, notre instance suprême, après avoir affirmé que des méthodes exprimées en formules ou en chiffres possèdent extérieurement le caractère d'une œuvre – ce qui est exact, dès lors que les tables se présentent comme une forme perceptible par les sens – conclut à tort, à notre avis, que l'originalité peut résider dans «la matière ou le contenu» aussi bien que «dans la forme ou la présentation ou les deux à la fois»[17]. Dans un autre arrêt concernant un manuel d'enseignement de la dactylographie, le Tribunal fédéral commence par poser le principe que les idées et les préceptes ne sont pas protégés comme tels par la loi sur le droit d'auteur pour admettre ensuite la protection du manuel en raison de «l'originalité des exercices de doigts qui y étaient représentés»[18]. Dans ces deux affaires, le Tribunal fédéral a fait ainsi passer la forme à l'arrière plan et s'est fixé sur un élément qui, par définition, ne possède aucun caractère représentatif puisqu'il constitue l'objet même de l'expression. La forme devient ainsi un simple moyen de communication d'une idée originale au lieu d'être une fin en soi, le but auquel doit tendre la création esthétique. Certes, en prenant la précaution de préciser dans l'arrêt des tables mathématiques, que seule une reproduction «dans sa forme essentielle» constituait une violation du droit, notre instance suprême a refusé à l'idée une protection immédiate. Toutefois cette réserve est sans effet lorsque l'idée ne peut être représentée que par une seule forme comme c'est le cas en mathématique où le contenu scientifique s'exprime d'une manière générale par des formules invariables. Dans une telle hypothèse, le titulaire du droit de reproduction bénéficie en réalité d'une exclusivité sur l'idée qui, comme on le verra plus loin, ne présente toutefois que peu d'intérêt pour son auteur[19].

[17] RO 64 II 162.

[18] RO 88 IV 123.

[19] La jurisprudence allemande présente les mêmes contradictions. Ainsi, la Cour fédérale a jugé qu'un dessin technique pouvait bénéficier de la protection du droit d'auteur en raison de l'originalité de l'idée représentée. Cf. BGH dans GRUR 1956, p. 284. Dans le même sens, mais à propos des règles du jeu de loto, BGH dans GRUR 1962, p. 51. Voir aussi RG dans RGZ 121, p. 357 où le Tribunal d'Empire admet l'originalité de tables de calcul en raison des services qu'elles peuvent rendre aux commerçants.

L'exclusion des idées du champ d'application de la loi sur le droit d'auteur[20], commande donc que l'originalité de l'œuvre soit établie à partir de sa forme et non en fonction du contenu que celle-ci exprime. Cette condition ne peut alors être remplie que si entre la forme et l'idée, il existe une certaine autonomie. Cette indépendance de la forme par rapport à l'idée fera défaut toutes les fois que celle-là est entièrement déterminée par celle-ci, c'est-à-dire lorsque le choix de l'expression est imposé par l'objet représenté. La formule chimique ou mathématique constitue l'exemple type d'une forme imposée; la formule ne peut en effet être modifiée sans que le contenu scientifique exprimé n'en soit altéré. Mais il n'y a pas que les formes dites nécessaires qui sont dépourvues d'originalité au sens du droit d'auteur. Ainsi, lorsque le choix des expressions à disposition est limité, lorsque la forme s'imposait d'elle-même, en d'autres termes lorsqu'elle était évidente, vu la nature du contenu exprimé, la condition de l'originalité ne sera pas satisfaite[21].

C'est selon ce critère que doit être appréciée l'originalité des «petites monnaies du droit d'auteur» dont l'exclusion du domaine du droit d'auteur ne saurait être motivée par la banalité de leur contenu. Les livres d'adresse, les répertoires, les lexiques, etc. sont certes le résultat d'un travail de compilation de faits, d'événements, de notices appartenant au domaine public. Il est clair que ce n'est pas ce travail qui justifie l'octroi de la protection légale. Mais de telles productions peuvent être originales de par l'organisation de la matière compilée et de son agencement dans un ensemble ordonné et complet (composition; forme interne). Si, par contre le compilateur s'est soumis à un ordre naturel, sa réalisation ne peut prétendre à l'octroi d'un droit d'auteur. Ainsi un annuaire téléphonique ne sera jamais original dès lors que la liste des abonnés est établie en fonction de l'ordre alphabétique. En revanche, l'auteur d'un «who is who» bénéficiera de la protection légale car en règle générale dans un tel ouvrage, la sélection est opérée en fonction de critères personnels[22].

[20] Ce principe est reconnu par la jurisprudence de presque tous les pays. Voir notamment RO 70 II 57 à propos d'un système de notation de nature à permettre l'exécution d'un morceau de musique par un accordéon. Voir aussi Cass. française, JCP II, 1970, No. 16148, à propos d'une méthode publicitaire; id., Ann. 1961, p. 309, à propos d'une méthode d'enseignement de la musique. Cass. ital., Dir. aut. 1939, p. 40, à propos des règles d'un jeu; App. Milan, Dir. aut. 1963, p. 496 à propos du jeu du scrabble.

[21] Dans ce sens ARE, L'Oggetto del diritto d'autore, p. 116 et ss.; KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, p. 111; PERRET, op. cit. (note 2), p. 155 et ss.; voir aussi A. SIEGWART, Der urheberrechtliche Schutz der wissenschaftlichen Werke, Berne 1954, p. 50 et ss.; H. TRÜB, Der urheberrechtliche Schutz wissenschaftlicher Werke, Mitt. 1958, p. 58 et ss.

[22] Dans ce sens DESBOIS, Droit d'auteur, p. 48; KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, p. 43 et ss.

La règle est simple même si elle est parfois d'une application délicate. Que l'on ait affaire à une petite monnaie du droit d'auteur ou à toute autre production littéraire ou artistique, il s'agira toujours de déterminer au vu du contenu exprimé, de l'objet représenté si la forme ressortit ou non au domaine de l'évidence[23].

§ 12. Le bien protégé par le régime des brevets

Si, à propos du droit d'auteur, le législateur a cherché à préciser quelque peu les contours du bien soumis à ce régime en dressant une liste d'œuvres protégées, il s'est montré en matière de brevet d'invention, d'un laconisme pour le moins surprenant. L'article 1 de la loi fédérale sur les brevets d'invention se borne en effet à indiquer que «des brevets d'invention» sont délivrés pour des «inventions nouvelles utilisables industriellement»[24]. Il appartenait ainsi à la doctrine et à la jurisprudence de définir la notion d'invention.

1. Le caractère technique de l'invention

Selon les enseignements de la doctrine, l'invention se caractériserait comme une règle – Lehre – une méthode – Anweisung – concernant l'utilisation des forces de la nature dans le but de leur faire produire un effet technique capable de satisfaire des besoins de l'humanité[25]. Cette définition qui met en évidence l'idée d'une emprise de l'homme sur la nature précise un des attributs de l'invention brevetable, à savoir son caractère technique. Comme l'a écrit ORTEGA Y GASSET[26] la technique est une réforme par l'homme de son milieu naturel. La technique suppose donc toujours le passage d'un état initial naturel à un état final, artificiel et ce, en vue de satisfaire des besoins sociaux.

[23] A propos de la «structuration», soit de la composition ou de la forme interne d'un ouvrage décrivant la meilleure manière de gérer un budget familial, la Cours de Paris a jugé qu'elle n'était pas originale dès lors qu'elle s'imposait inévitablement à tout esprit réfléchissant sur les problèmes de son budget. Cf. Cour de Paris, RIDA 1974, p.129 et ss.

[24] L'article 1 bis de la loi du 17 décembre 1976 modifiant la loi fédérale du 25 juin 1954 n'améliore pas cette situation. En précisant que «ce qui découle d'une manière évidente de l'état de la technique ne constitue pas une invention brevetable», elle met l'accent sur la qualité que doit présenter le bien protégé par ce régime sans pour autant le définir.

[25] Voir dans ce sens TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol.I, p.160; R.BUSSE, Patentgesetz und Gebrauchsmuster, Berlin 1964, p.91; G.BENKARD, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentanwaltsgesetz, Munich/Berlin 1964. p.77.

[26] ORTEGA Y GASSET, Gedanken über die Technik, cité par BLUM/PEDRAZZINI, Patentrecht, vol.III, ad Art.51, note 3, p.107.

Elle est donc essentiellement une activité pratique puisqu'il ne s'agit plus d'exposer mais d'agir c'est-à-dire de transformer un état de choses existant.

Certes, tout ce qui relève de l'activité pratique n'est pas nécessairement technique, mais la jurisprudence[27] se fondant sur des considérations de politique juridique au sujet desquelles on peut se demander si elles ne sont pas aujourd'hui dépassées, a limité le domaine des inventions brevetable aux seules règles qui font intervenir les forces de la nature. Ainsi, les méthodes qui visent un comportement humain, un processus mental et qui ne mettent pas à contribution des phénomènes naturels sont exclus de la brevetabilité.

Ces règles que la doctrine et la jurisprudence désignent par l'expression «méthodes qui s'adressent à l'intelligence» – Anweisung an den menschlichen Geist – couvre un vaste domaine qui va de la méthode d'organisation d'une entreprise à la règle de jeu en passant par les systèmes comptables, financiers et publicitaires[28].

La distinction entre ce genre de méthodes et celui des inventions techniques soulève des problèmes délicats; d'une part parce qu'une règle technique implique nécessairement une activité intellectuelle, car pour être utilisable, elle doit avoir été comprise par celui auquel elle s'adresse, ce qui suppose bien évidemment la participation de l'intelligence. D'autre part, parce qu'un comportement humain sans intervention des phénomènes naturels paraît difficilement concevable. Par exemple, une méthode de sténographie ne peut être appliquée sans le recours aux forces naturelles; force musculaire, frottement du crayon sur la papier, etc.[29].

Dès lors que l'invention technique comme la méthode qui s'adresse à l'intelligence se manifeste par une démarche, un processus mental qui ne peut s'accomplir sans le recours à des forces naturelles, le critère de distinction doit être recherché dans une autre direction; certains croient l'avoir trouvé dans la nature du résultat premier ou de l'effet immédiat découlant de l'application de la méthode. Si ce résultat se traduit par une modification d'un état matériel, on a affaire à une règle relevant de la technique, cette dernière supposant une emprise de l'homme sur la nature et partant sur la réalité matérielle. Si, en revanche, ce résultat ne laisse aucune trace matérielle,

[27] La loi ne paraît nullement exiger cette condition de technicité de l'invention qui en tout cas ne se recouvre pas avec celle de l'utilisation industrielle. On peut ainsi concevoir l'hypothèse d'innovations qui, tout en étant utilisables dans l'industrie, n'ont aucun caractère technique; cf. RO 77 I 365 à propos d'un nouveau système de comptabilité.

[28] Voir notamment RO 72 I 368; 95 I 579. Voir aussi Art.7 chiff.3 de la loi française du 2 janvier 1968.

[29] Voir dans ce sens BLUM/PEDRAZZINI, Patentrecht, vol.I, ad art.1, Nachtrag Note 6A, p.195 et ss.

on se trouve dans le domaine des méthodes qui s'adressent à l'intelligence[30]. Par exemple, une méthode de gestion des stocks prescrit bien une certaine conduite de l'individu en vue d'un but à obtenir, à savoir une meilleure rentabilité de l'entreprise. En celà elle relève bien de la forme pratique de la pensée tout comme l'invention technique. Elle s'en distingue cependant en ce sens que son application ne déterminera aucun résultat immédiat qui soit de nature matérielle. Le déroulement de la méthode se situe toujours sur un plan psychologique, au niveau du comportement humain sans qu'il se manifeste par une emprise directe sur des choses matérielles[31]. On verra plus loin, à propos des programmes d'ordinateurs combien ce critère est d'un maniement difficile.

2. Forme d'exécution et forme de communication de l'invention

L'invention, de par son caractère de règle ou de méthode pratique est un phénomène de nature essentiellement dynamique. A la différence de l'œuvre esthétique, dont l'utilité s'épuise dans la jouissance intellectuelle qu'elle procure aux tiers par sa seule communication, l'invention doit être appliquée dans la réalité matérielle pour produire un effet utile; lorsqu'elle est exécutée, l'invention apparaît sous la forme d'un produit ou encore d'un dispositif ou d'une machine dont la consommation ou l'emploi apportera à la collectivité un avantage sur le plan social susceptible d'améliorer les conditions de vie de l'humanité. Mais l'invention doit aussi être comprise par ceux auxquels elle est destinée, c'est-à-dire par les hommes de métier qui devront être à même de la reproduire à l'expiration du monopole légal[32]. Or la forme d'exécution de l'invention (Ausführungsform; materielle Objektivierung), soit le produit, le dispositif ou la machine ne peuvent servir à ce but car la compréhension d'une idée technique nécessite autre chose que la seule perception sensorielle. On ne peut comprendre le mode de construction ou le fonctionnement d'une machine en se bornant à la regarder sauf s'il s'agit d'un objet très simple. La machine ne devient intelligible que lorsque son constructeur a défini les rapports de force, la position des organes dans l'espace au moyen de symboles vectoriaux, de représentations intel-

[30] Dans ce sens BLUM/PEDRAZZINI, Patentrecht, ad Art. 1, note 8, p. 78. Sur le problème des méthodes qui s'adressent à l'intelligence voir notamment H. MEDIGER, Die Patent- bzw. Musterschutzfähigkeit von Anweisungen an den menschlichen Geist, GRUR 1954, p. 449 et ss.

[31] Voir sur cette question A. LUCAS, La protection des créations industrielles abstraites, Paris 1975, p. 155.

[32] Cf. article 50 LB.

lectuelles et abstraites[33]. L'idée technique qui a présidé à la conception de la machine va donc s'exprimer dans une forme de communication (Mitteilungsform; ideelle Objektivierung) grâce à laquelle les spécialistes de la branche pourront fabriquer le dispositif ou le faire fonctionner conformément aux indications de l'inventeur[34]. Lorsque cette idée fait l'objet d'un brevet, la forme de communication doit comprendre, aux termes des articles 49 et ss. LB une description avec ou sans dessin, des revendications et éventuellement des sous-revendications. En l'absence d'un brevet, c'est tout moyen d'expression propre à représenter intellectuellement l'idée technique, par exemple un plan, un dessin, des formules algébriques, etc. qui fera office de forme de communication. Celle-ci a donc une valeur purement instrumentale, en ce sens qu'elle n'est qu'un moyen qui doit permettre aux hommes de métier d'exécuter l'invention dans la réalité[35].

Comme n'importe quelle autre forme d'expression, la forme de communication de l'invention exerce une fonction représentative dès lors qu'elle exprime un certain contenu de nature technique en vue de sa communication à des destinataires chargés d'appliquer la méthode. Mais à la différence de l'expression littéraire ou artistique, la représentation de l'invention dans la forme de communication n'est pas une fin en soi, la qualité inventive susceptible de mettre en œuvre le régime des brevets porte sur le contenu technique exprimé et non sur la forme qui l'exprime. Ainsi, un plan ou un dessin technique épuisent déjà leur fonction lorsqu'ils traduisent par une expression graphique les calculs d'un ingénieur concernant par exemple la résistance des matériaux, de façon à permettre la construction de l'ouvrage. La règle technique représentée est ici au premier plan, la forme de communication jouant le rôle d'un auxiliaire facilitant la concrétisation de l'idée dans une forme d'exécution. La distinction entre la représentation de l'idée technique et son exécution matérielle revêt une importance considérable car c'est d'elle que va dépendre le traitement juridique qu'il convient de réserver aux dessins techniques, problème qui sera examiné dans le dernier chapitre de ce rapport.

[33] Cf. ETT. LUZZATO, Teoria e tecnica dei brevetti d'invenzione, Milan 1960, p. 95 et ss.

[34] Sur la distinction entre la forme d'exécution et la forme de communication de l'invention. Cf. H. HUBMANN, Gewerblicher Rechtsschutz, Munich 1969, p. 35 et ss.; F. CUENI, Erfindung und ihr Schutz, Mitt. 1952, p. 13. La distinction opérée par FRANZOSI entre la «costruzione materiale» et la «costruzione formale» est à peu près équivalente. Voir M. FRANZOSI, L'invenzione, Milan 1965, p. 156 et ss.

[35] Dans ce sens SCHRAMM, Grundlagenforschung, p. 32 et ss.

Chapitre IV

Examen du statut juridique de certaines prestations au caractère utilitaire prédominant

§ 13. Généralités

Ce dernier chapitre se propose d'examiner le statut de certaines prestations pour déterminer si et à quelles conditions elles peuvent revendiquer la protection des régimes classiques de propriété intellectuelle et de la LCD. Ainsi qu'on l'a indiqué au début de ce travail, les rapporteurs se sont divisé la tâche, les prestations qui ont une vocation essentiellement utilitaire étant de la compétence du rapporteur français. C'est pourquoi les prestations suivantes seront ici analysées:

- plans et dessins techniques y compris tout moyen auxiliaire de la création technique;
- programmes d'ordinateur;
- petites inventions et modèles d'utilité.

Vu les limites assignées au présent rapport, il n'est certes pas question d'entreprendre une étude exhaustive de ces productions intellectuelles dont certaines, tels les programmes d'ordinateur, auraient mérité qu'on leur consacre la presque totalité de ce travail. L'exposé ne peut donc être que fragmentaire et cherchera avant tout à appliquer, d'une façon cohérente et logique, à ces diverses manifestations de l'activité intellectuelle les principes généraux qui ont été dégagés au cours des pages précédentes.

§ 14. Plans et dessins techniques

On peut définir un dessin technique comme la représentation d'une idée technique aux fins d'en permettre l'exécution sur le plan matériel. Le dessin technique sert ainsi à la communication d'une règle, d'une méthode nature technique dans le but de rendre son application possible ou à tout le moins de la faciliter. Le dessin traduit ainsi dans l'espace les résultats du travail de l'ingénieur qui met au point une nouvelle machine, qui conçoit un ouvrage du génie civil. Naturellement, l'activité de l'ingénieur ne se limite pas à la présentation de plans ou de dessins; les projets qui lui sont commandés comportent en plus toute une série de prestations qui vont de l'étude préliminaire telle une analyse de marché, un choix d'emplacements, la confection d'un bilan énergétique, à la préparation des documents pour les appels d'offre, les soumissions et les adjudications des tra-

vaux et fournitures. Or, ces idées exprimées dans ces projets ne font que rarement l'objet d'un brevet et ce pour des motifs qui relèvent aussi bien du droit que de la simple opportunité. La question qui se pose est alors celle de savoir comment assurer et dans quelles conditions la protection des ingénieurs contre l'utilisation par des tiers non autorisés de leurs projets et dessins.

1. La protection des dessins techniques par le régime du droit d'auteur

En principe, et selon le droit positif suisse, les dessins techniques devraient pouvoir bénéficier de la protection conférée par le régime de la propriété littéraire et artistique. Aux termes de l'article 1 al. 2 LDA, les dessins techniques, soit «les ouvrages figuratifs de nature technique» sont assimilés aux œuvres littéraires susceptibles d'être investies du droit d'auteur. La doctrine a critiqué, à juste titre, cette attribution par le législateur au genre littéraire de formes d'expression plastique tel le dessin technique[36]. Il n'est donc pas nécessaire d'insister sur ce point, ce d'autant plus que cette incongruité paraît avoir été supprimée dans l'AP II. En revanche, il convient d'examiner à quelle condition un dessin technique peut revendiquer la protection de la loi sur le droit d'auteur. On sait que, dans la conception du Tribunal fédéral, l'originalité d'une œuvre peut résulter aussi bien du contenu exprimé que de la forme qui l'exprime. Notre instance suprême a ainsi jugé que des tables mathématiques[37], un manuel d'enseignement[38], enfin un plan de ville pouvait donner prise à un droit d'auteur[39] en raison de l'originalité marquée par l'objet représenté. Dans cette dernière affaire, le Tribunal fédéral est allé jusqu'à admettre que le plan était sans autre protégeable dès lors que le cartographe l'avait dessiné sur la base de ses propres mesures. Suite à cette jurisprudence, il paraît donc raisonnable de conclure qu'en droit suisse, un dessin technique et d'une manière générale tout projet d'ingénieur peut faire l'objet d'un droit d'auteur lorsque l'originalité se manifeste soit dans la forme – ce qui est pratiquement exclu vu la nature de la réalisation – soit encore dans l'idée représentée[40].

La protection des dessins techniques par le droit d'auteur est critiquable pour plusieurs raisons dont certaines ont déjà été exposées au chapitre précédent. Si l'on retient que le bien protégé par le

[36] TROLLER, Technische Zeichnungen im Urheberrecht, SJZ 60, 1964, p. 369.
[37] RO 64 II 162.
[38] RO 88 II 123.
[39] RO 59 II 405.
[40] Solution qui semble être admise par la jurisprudence allemande. Cf. BGH dans GRUR 1956, p. 284 et RG dans RGZ 121, p. 357.

régime est une expression, la représentation d'un certain objet, il faut alors asseoir la condition de l'originalité sur la forme de la production intellectuelle et non sur le contenu exprimé. Or, en matière de plans ou de dessins techniques, la forme n'est pratiquement jamais originale car elle est le plus souvent entièrement déterminée par l'idée technique représentée. A la différence de l'architecte, l'ingénieur n'est pas un créateur de formes; son travail consiste essentiellement à appliquer des principes scientifiques connus (loi de la physique, de la mécanique statique) en vue de la réalisation d'un ouvrage, et c'est cette activité qui comporte surtout des opérations de calcul sur une vaste échelle qui va se traduire graphiquement dans le dessin[41]. Il en découle que même si la prestation de l'ingénieur remplit toutes les conditions d'un travail créateur, elle doit néanmoins être exclue du champ d'application de la loi sur le droit d'auteur, car l'activité créatrice porte en réalité sur l'idée technique, la règle ou la méthode mise au point par l'ingénieur et non sur la forme de communication de cette dernière, à savoir sur la combinaison de lignes que constitue le dessin. C'est au droit des créations utilitaires, en l'occurrence au droit des brevets, qu'il appartiendra d'assurer le cas échéant la protection privative d'une telle prestation. Du reste, la prestation de l'ingénieur ne se confond pas avec celle du dessinateur de sorte que, si l'on suit la conception du Tribunal fédéral, le droit exclusif sera attribué à un simple exécutant: le dessinateur qui n'est pas l'auteur de la prestation créatrice[42].

Certes, nos vues peuvent paraître trop dogmatiques à certains qui souhaiteraient un peu plus de souplesse là où un besoin effectif de protection se fait sentir. Pourquoi en effet ne pas faire table rase de ces principes méta-juridiques et considérer, à l'image de la jurisprudence du Tribunal fédéral, que l'œuvre doit être protégée dans tous ses éléments originaux que ceux-ci se manifestent dans l'idée ou dans la forme?[43] Sans vouloir aller aussi loin ne pourrait-t-on pas se montrer moins sévère quant à la condition de l'originalité de la forme et l'admettre toutes les fois qu'il existe une possibilité de choix, si minime soit-elle entre plusieurs configurations?[44] Mais si l'on examine maintenant le problème sous l'angle des prérogatives accordées à l'auteur, on est bien forcé d'admettre quelle que soit la

[41] Sur la différence entre l'activité de l'ingénieur et celle de l'architecte, voir Trib. de Nîmes dans JCP 1971, No. 16767.

[42] Dans ce sens TROLLER, Technische Zeichnungen, p. 372. TRÜEB, Der urheberrechtliche Schutz, p. 67 et ss.

[43] Dans ce sens ULMER, Urheber- und Verlagsrecht, p. 107 et ss.; IDEM, Copyright protection of scientific works with special reference to computer programs, ICC, vol. II, p. 56 et ss.

[44] Dans ce sens KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, p. 122 et ss.; J. HEISEKE, Der Schutz technischer Zeichnungen, NJW 1966, p. 1301 et ss.

pertinence de ces arguments, que l'assujettissement des plans et dessins techniques au régime du droit d'auteur est une solution qui n'offre que peu d'intérêts au titulaire du droit. On sait en effet que le droit exclusif de l'auteur porte essentiellement sur la reproduction et la représentation de l'œuvre et ne s'étend jamais à l'utilisation de l'idée ou de la méthode qui y est représentée[45]. L'auteur du dessin devra donc tolérer l'usage par un tiers de ce qui constitue l'élément principal de la création, à savoir l'idée qui, de la sorte, échappe complètement au monopole prévu par la loi. On admettra volontiers qu'une protection aussi peu efficace ne sert en rien les intérêts des ingénieurs dont les projets sont souvent exécutés par des concurrents sans scrupule. Le législateur italien a du reste fort bien su déceler cette carence de la loi sur le droit d'auteur en instituant en faveur de l'ingénieur, en plus du droit de reproduction classique, un droit à une indemnité équitable en cas d'utilisation non autorisée d'un projet technique[46].

2. Dessins techniques et LCD, la reprise immédiate de la prestation d'autrui

L'utilisation non autorisée d'un dessin technique peut-elle être assimilée à la reprise immédiate de la prestation d'autrui, comportement que nous avons qualifié de déloyal per se dans la première partie de ce rapport? C'est l'opinion du Professeur TROLLER qui soutient qu'il n'y a aucune différence entre celui qui reproduit un dessin technique par un procédé quelconque en vue d'obtenir une exécution à meilleur compte et celui qui surmoule un objet, photocopie un ouvrage tombé dans le domaine public ou encore réenregistre un disque[47]. Dans tous ces cas en effet, le concurrent se sert de la substance matérielle d'un objet réalisé par autrui et se crée un avantage sur le plan concurrentiel en s'épargnant les frais supportés par celui dont la presta-

[45] Même lorsque la forme est nécessaire, c'est-à-dire lorsque la méthode ne peut être représentée que par une seule forme, le monopole sur cette dernière ne doit jamais conduire à une exclusivité sur la méthode. Dans ce sens KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, p. 52 et ss. En droit américain cette règle fondamentale est exprimée par la distinction entre le «copyright for purposes of explanation» qui est protégeable et le «copyright for purposes of use» à qui toute protection doit être refusée. Voir sur ce point PERRET, op. cit. (note 2), p. 37 et ss.

[46] Article 99 de la loi italienne sur le droit d'auteur. Voir aussi ASCARELLI, Teoria della concorrenza, p. 856.

[47] TROLLER, Rapport zuhanden der Mitglieder der Schweizergruppe AIPPI betreffend die Wiedergabe von technischen Zeichnungen, architektonischen Plänen, das Nachgiessen von Industrieerzeugnissen und ähnliche unmittelbare Benutzungen der Arbeitsleistungen, die im Rahmen eines Unternehmens erbracht wurden, Mitt. 1965, p. 212, 224 et ss.

tion a été reprise. Mais, pour nous, là s'arrête l'analogie: le livre, le disque, l'objet surmoulé sont des produits de consommation immédiate qui ont une valeur intrinsèque alors que celle du dessin est extrinsèque. Le dessin n'est qu'un instrument (Mitteilungsform), qui permettra l'exécution d'un ouvrage, la construction d'une machine (Ausführungsform). Sur le plan concurrentiel, la simple reproduction d'une forme de communication par n'importe quel procédé est un acte indifférent. Ce n'est que si une forme d'exécution est effectivement réalisée d'après les copies du dessin original, obtenues par hypothèse, par un moyen photomécanique, que celles-ci auront une signification. Mais alors une telle reproduction ne peut être condamnée au titre de la reprise immédiate de la prestation d'autrui. Certes grâce au procédé de reproduction, le concurrent s'évite le travail de recherche, les calculs, les essais, les vérifications en bref toute l'activité intellectuelle et matérielle nécessitée par la conception et la mise au point de l'idée représentée, de même que tous les frais qui en découlent. Toutefois, la déloyauté ne peut être fondée sur la plus grande économie de frais réalisée par un concurrent. S'agissant de l'utilisation immédiate d'une chose, d'un résultat matériel, elle réside dans le fait qu'un concurrent se sert d'un objet produit par autrui en vue d'une fin autre que celle qui lui a été assignée; par exemple le disque est utilisé dans le processus de production du concurrent, alors que sa vocation normale est de restituer l'interprétation qui y est gravée pour le plus grand plaisir du mélomane. La confiance du producteur du phonogramme original est alors trompée et la LCD sanctionnera de tels agissements[48].

Mais si cette règle doit valoir également pour les photocopies de livres, les réémissions d'émissions de TV, le surmoulage d'objets vu l'identité de l'état de fait constitutif de l'atteinte au principe de la bonne foi, elle n'est en revanche pas applicable à la reproduction par un moyen photomécanique de plans ou de dessins techniques; d'une part, parce que ceux-ci ne sont généralement pas mis dans le commerce ou offert au public; d'autre part, et surtout, parce que s'ils l'étaient, celui qui s'en servirait, les utiliserait conformément à leur véritable but, à savoir en vue de l'exécution d'une idée technique. En réalité, l'hypothèse d'une conduite déloyale doit être envisagée dans une toute autre optique et le problème ne peut, à notre avis, être résolu que si l'on précise les circonstances dans lesquelles un dessin technique a pu tomber entre les mains d'un concurrent[49].

[48] Voir supra part. I, chap. II.

[49] Pour cette raison, nous sommes d'avis, contrairement à l'opinion du Professeur TROLLER qu'il n'y a pas lieu d'introduire dans la LCD une disposition spéciale visant explicitement l'utilisation immédiate d'un résultat matériel. Voir TROLLER, Unlauterer Wettbewerb begangen durch Ausbeutung fremder Leistung, Riv. Dir. Ind. 1960, part. I, p. 72 et ss.

3. Les circonstances qui ont rendu possible l'utilisation du dessin technique par un concurrent

Lorsqu'un concurrent s'est emparé d'un plan ou d'un dessin en recourant à des manœuvres qui tombent sous le coup d'un des exemples fournis par le législateur, l'appréciation du caractère déloyal d'un tel comportement ne soulève aucun problème. Ce sera le plus souvent les dispositions de la LCD sur la protection des secrets (litt. f et g), qui s'appliqueront car, et d'une manière générale, les plans et dessins techniques qu'une entreprise réalise à la demande d'un de ses clients, ne sont ni notoires ni accessibles à tout venant[50]. La question est évidemment beaucoup plus délicate lorsque le concurrent n'a surpris aucun secret au sens des normes précitées, par exemple lorsque les plans lui ont été communiqués spontanément par l'entreprise qui les a commandés. Il arrive en effet assez fréquemment que les résultats d'une étude effectuée par une entreprise de construction de machines à la demande d'un client potentiel soient transmis par ce dernier à un tiers qui exécutera l'ouvrage en lieu et place de l'auteur du projet[51]. Or, les plans ont été réalisés gratuitement par le constructeur, dans l'espoir de se voir confier l'exécution du projet qui constitue sa seule source de rémunération. Il ne paraît faire aucun doute que, dans une telle hypothèse, le client potentiel commet au détriment de l'auteur du projet une faute et engage de ce fait sa responsabilité envers ce dernier. Même si la remise des plans n'est assortie d'aucune obligation expresse de conserver un caractère confidentiel aux informations ainsi fournies, celle-ci résulte déjà implicitement des devoirs pré-contractuels que chacune des parties est tenu d'observer envers l'autre et qui ont leur origine dans les règles de la bonne foi que sanctionne l'article 2 CCS[52].

Mais l'entreprise concurrente qui a réalisé l'ouvrage peut elle être poursuivie sur le terrain de la LCD ? Il est clair que s'il y a eu collusion

[50] RO 88 II 319.

[51] Un autre cas assez semblable est celui de l'ingénieur qui accepte d'entreprendre une importante étude – station de pompage par exemple – rémunérée au tarif B des normes SIA – dont on sait qu'il couvre à peine les frais de l'ingénieur – dans l'espoir de recevoir le mandat d'exécution, rémunéré en proportion du coût des travaux. Le client communique ensuite les résultats de l'étude à un tiers qui exécute le projet.

[52] Voir notamment P. PIOTET, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne 1963, p. 40 et ss. Voir aussi Cour de Paris, JCP 1973, p. 17509 où une société d'édition qui avait eu connaissance d'une chanson lors de pourparlers en vue d'un éventuel contrat d'édition, puis qui en communique dans les semaines suivantes l'idée générale à d'autres compositeurs (qui l'utilisent pour composer une œuvre du même genre) et qui édite la seconde chanson sous le titre de la première a été condamnée à réparer le préjudice causé à l'auteur de l'œuvre originale.

entre cette dernière et le client qui a commandé les plans, la litt. g de l'article 1 al. 2 LCD devrait pouvoir s'appliquer sans difficulté. Les problèmes commencent à surgir lorsque la collusion est absente ou qu'elle ne peut être prouvée. On ne peut à cet égard s'empêcher d'évoquer la solution proposée par la loi type du Birpi par les pays en voie de développement à propos du know-how secret, les dessins techniques dans la mesure où ils conservent un caractère confidentiel pouvant être considérés comme un élément du savoir faire d'une entreprise. L'article 53 de cette loi protège le know-how secret contre toute utilisation par des tiers à condition que celle-ci soit illicite; jusqu'ici la solution de la loi type du Birpi n'a rien de révolutionnaire. Là où elle innove c'est lorsqu'elle précise à son article 54 qu'est considéré comme illicite toute utilisation du know-how par toute personne qui en connaissait le caractère secret. Cette solution devient alors inacceptable car elle investit le propriétaire du know-how du pouvoir de décider s'il doit ou non bénéficier d'une protection absolue. Il suffira ainsi à l'auteur du projet d'apposer bien en évidence sur le plan ou le dessin la mention que ce dernier possède un caractère confidentiel pour en interdire l'usage par tout tiers. Des droits exclusifs seraient ainsi créés à l'entière discrétion de leur bénéficiaire, conséquence qui nous paraît aller bien au-delà du but auquel doit tendre la LCD[53].

Si la solution de la loi type du Birpi doit être écartée parce qu'elle équivaut pratiquement à créer de nouveaux monopoles en faveur de toute personne qui aurait une fois manifesté sa volonté de conserver le secret sur une réalisation déterminée, il n'en demeure pas moins que la conduite de celui qui exécute une idée technique d'après le dessin ou le plan réalisé par un tiers et que lui a communiqué la personne auquel le projet était destiné, n'est pas irréprochable au point de vue concurrentiel. En agissant de la sorte, le concurrent, même s'il n'est pas de connivence avec le client qui a commandé l'étude, exploite à tout le moins à son profit une attitude contraire à la bonne foi. Un tel comportement constitue-t-il un abus de la concurrence économique? Il est certes difficile de répondre à cette question car la déloyauté ne se démontre pas dans l'abstrait; elle ne peut être appréciée que sur la base d'un état de fait concret où toutes les circonstances du cas d'espèce doivent être prises en considération. On peut néanmoins dégager les lignes directrices suivantes: au nombre des hypothèses types de conduite déloyale, la doctrine et la jurisprudence ont retenu l'incitation à la violation d'un rapport contractuel auquel un concurrent n'est pas partie. Cet agissement serait en soi déloyal alors que la simple exploitation de cette même violation ne

[53] Voir dans ce sens LUCAS, La protection des créations industrielles abstraites, p. 237.

constituerait pas un procédé contraire aux règles de la bonne foi en l'absence de circonstances spéciales[54]. On a admis dans la doctrine qu'il pouvait y avoir incitation lorsque le concurrent propose à celui qui est lié par un contrat des conditions meilleures que celles offertes par le co-contractant[55]. Dans notre hypothèse, cette condition semble remplie, car le concurrent du constructeur peut facilement réaliser l'ouvrage à meilleur compte dès lors qu'il s'est épargné tous les frais d'étude et de conception du projet.

Toutefois point n'est besoin d'aller aussi loin. Ce qui apparaît déjà choquant et qui doit être condamné au titre d'acte de concurrence déloyale, c'est le fait pour un concurrent d'exploiter la rupture d'un lien de confiance qui a permis à une personne de se faire remettre des plans qui lui étaient exclusivement destinés, et de s'en servir aux fins de faire concurrence à leur auteur en le privant pratiquement d'une clientèle déjà acquise. Il y a là à notre sens une circonstance aggravante qui rend cette exploitation déloyale. On pourrait certes objecter que, du moment qu'aucun contrat n'a encore été conclu entre le constructeur et celui auquel le projet a été remis, il ne saurait être question d'une violation contractuelle, encore moins d'une exploitation voire même d'une incitation à cette dernière. A notre avis, cette critique n'est pas fondée: il faut en effet assimiler la violation de devoirs précontractuels ayant leur source dans le respect du principe de la bonne foi à la rupture fautive d'un rapport de confiance[55bis].

§ 15. Les programmes d'ordinateurs

La protection des programmes d'ordinateur est une question fort controversée qui s'avère d'une actualité brûlante. L'importance toujours plus grande que prend l'ordinateur non seulement dans la vie économique mais encore sur le plan culturel justifie que l'on se penche sur le sort juridique des productions relevant de l'informatique. Ce problème figurait du reste à l'ordre du jour du 29e Congrès de l'AIPPI qui eut lieu à San Francisco en 1975 comme à celui du 53e Congrès de l'ALAI à Athènes en 1976. Sous l'égide de l'OMPI, un groupe consultatif d'experts non-gouvernementaux a été constitué pour examiner cette question. L'OMPI a ainsi présenté en 1976 un projet de loi type, suite aux recommandations de ce comité, et dont il sera question plus loin.

[54] RO 86 II 112 et ss. Voir aussi P. H. EULAU, Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzung fremden Vertragsbruchs, Zurich 1976, p. 97 et ss.

[55] Dans ce sens SCHRAMM, Der Vertragsbruch – Ausnutzung und Verleiten, GRUR 1961, p. 328 et ss.

[55bis] Dans ce sens TROLLER, Immaterialgüterrecht, vol. II, p. 1075 et ss.

On n'aura pas la prétention de résoudre dans les ultimes pages de ce rapport un problème qui, vu sa complexité, pourrait faire l'objet d'un ouvrage entier. On se bornera ici à donner un aperçu des grandes options auxquelles on peut songer en matière de protection des programmes d'ordinateur. Mais, au préalable, il nous faut décrire brièvement ce qu'est un programme pour savoir de quoi on parle.

1. La notion de programme

Dans un système d'informatique, on distingue les éléments matériels ou hardware des éléments intellectuels ou software. Le hardware est représenté par la machine, l'ordinateur en tant que structure physique et tangible. Ce matériel comprend une mémoire centrale où sont emmagasinées les données et des unités périphériques destinées à faciliter leur communication. Ces données sont introduites dans la machine par des supports d'information telles que cartes, bandes perforées, disques ou bandes magnétiques. L'ordinateur étant ainsi nourri, il va effectuer les quatre opérations de calcul fondamentales soit l'addition, la soustraction, la multiplication et la division. Les résultats de ces opérations sont alors restitués grâce à des supports du même genre que ceux qui ont permis l'introduction des données dans la machine.

Naturellement, la machine ne peut fonctionner, ni traiter les informations qui lui sont communiquées si elle n'a pas reçu d'instructions. Ces directives constituent alors le «software» ou le programme. Le programme n'est pas seulement l'opération qui consiste à coder les instructions en «langage machine», mais tout le processus logique qui permet de décomposer les problèmes étudiés en une suite bien définie d'opérations élémentaires. Font ainsi partie du programme non seulement les documents lisibles par la machine, mais encore la documentation connexe, c'est-à-dire toute description du programme servant au codage et qui peut être représentée sous forme organique (organigramme) ou mathématique (algorythme)[56].

Il ne fait aucun doute que le hardware peut, comme tout autre dispositif, faire l'objet d'un brevet si les conditions de la loi sont remplies. Ce n'est donc pas à ce niveau mais à celui du programme que les problèmes vont se poser.

[56] Sur la notion de programme voir notamment LUCAS, La protection des créations industrielles abstraites, p.6 et ss.; G.KROLLE, Présent et avenir de la protection du logiciel, Le Droit d'auteur 1977, p.69 et ss.; F.GOTZEN, Le droit d'auteur face à l'ordinateur, Le Droit d'auteur 1977, p.15 et ss. Cet article contient une bibliographie complète sur la question.

2. La protection du programme par le régime du droit d'auteur

L'assujettissement des programmes d'ordinateur au régime du droit d'auteur prête le flanc à des objections du même genre que celles qui ont été formulées à l'encontre d'une telle solution à propos des plans et dessins techniques. Le caractère représentatif de l'œuvre entraîne comme conséquence que seule la forme originale d'une production, à l'exclusion de l'idée ou de la méthode représentée peut revendiquer la protection de la loi sur la propriété littéraire et artistique. Un tel principe, appliqué à la documentation connexe, excluera sans autre cette dernière du champ d'application de la loi. Les diagrammes ou encore les formules mathématiques expriment en effet une série d'instructions opératoires, c'est-à-dire les diverses phases du processus de réalisation du programme. Or, qu'il s'agisse d'une représentation organique ou mathématique, dans un cas comme dans l'autre, la forme est entièrement déterminée par la méthode qu'elle représente et ne peut prétendre à une originalité quelconque au sens de la loi sur le droit d'auteur.

La question se pose dans un contexte un peu différent en ce qui concerne les documents lisibles par la machine, par exemple les cartes perforées. A la différence de la documentation connexe, les cartes perforées n'ont pas pour fonction de communiquer une connaissance, à savoir le programme, mais bien de le réaliser matériellement. Toutefois, le problème de leur originalité va se poser exactement dans les mêmes termes. Le déroulement de la méthode, soit l'exécution du programme, conditionnant entièrement l'apparence extérieure de la carte, celle-ci ne présentera aucun caractère original[57].

Mais la distinction entre la documentation connexe et les cartes perforées devient intéressante lorsque l'on examine la question de la protection du programme sous l'angle des prérogatives découlant du droit, cela dans le but de répondre aux arguments de ceux qui soutiennent que l'originalité d'une production peut se manifester aussi bien dans l'idée que dans la forme qui l'exprime[58]. La documentation connexe représente un mode de fixation du programme en vue de sa communication à des individus; comme telle, elle pourrait donc faire l'objet d'un monopole de reproduction. Qu'en est-il maintenant du programme traduit en langage machine, c'est-à-dire

[57] Les cartes perforées peuvent être assimilées à des formulaires logarithmiques ou comptables; tout comme ces derniers, elles ne communiquent pas une connaissance mais sont utilisées dans un processus d'application pratique. Voir dans ce sens TRÜEB, Der urheberrechtliche Schutz, p. 71. Voir aussi Cour d'Amsterdam, ICC, vol. VI, 1975, p. 60 et ss.

[58] Voir la doctrine et la jurisprudence citée dans le chap. III § 11, IIe partie du présent rapport.

enregistré sur ce support que constitue la carte perforée et qui est destiné à être introduit dans la machine. Un tel enregistrement peut-il être considéré comme une reproduction du programme dont l'exclusivité serait réservée à l'auteur de cette prestation? Bien que cette théorie ait été soutenue par les partisans d'une protection des programmes d'ordinateur par le régime de la propriété littéraire et artistique, elle se heurte à trois objections majeures[59]. Tout d'abord la fixation du programme sur des cartes perforées ou sur tout autre support ne peut être considérée comme une reproduction selon la conception classique du droit d'auteur, car un tel enregistrement est destiné à la machine et n'a donc pas pour fonction de communiquer l'œuvre au public. On peut certes admettre une conception plus large de la notion de reproduction qui serait ainsi susceptible de s'étendre à toute fixation de l'œuvre protégée qu'elle soit ou non perceptible par les sens[60]. L'objection n'en serait pas pour autant moins valable. En effet, l'introduction des cartes perforées dans l'ordinateur de même que leur mémorisation subséquente par ce dernier échapperaient en tout cas au droit exclusif puisqu'il s'agit là d'une utilisation du programme et non de sa reproduction. Ce serait donc la phase la plus importante du programme, à savoir la transmission d'instructions à la machine qui ne pourrait être monopolisée par l'auteur ce qui enlève pratiquement tout intérêt à une solution de ce genre[61]. Enfin, et même si l'on voulait passer outre à toutes ces objections, on se heurtera toujours à l'obstacle difficilement surmontable à notre avis, qu'une telle reproduction serait faite à des fins purement privées et partant ne tomberait pas sous le coup de la loi sur le droit d'auteur. Il est vrai que cette reproduction a lieu dans l'entreprise; toutefois, elle n'est pas destinée à ses membres, mais à l'ordinateur qui doit exécuter le programme. Il paraît donc exclu d'assimiler cette forme d'utilisation du «software» à une reproduction ayant un caractère public, qui seule peut être réservée à l'auteur du programme[62].

Au vu de ce qui précède, on est bien obligé d'admettre que même si le programme d'ordinateur pouvait être considéré comme une

[59] Notamment par ULMER, Copyright protection of scientific works; KROLLE, Présent et avenir de la protection du logiciel, p. 72; P. MÖHRING, Die Schutzfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsmaschinen, GRUR 1967, p. 269, 276 et ss.

[60] Dans ce sens KROLLE, Présent et avenir de la protection du logiciel, p. 73; MÖHRING, Die Schutzfähigkeit von Programmen, p. 276 et ss.

[61] Il semble bien que là où une telle solution est possible, elle n'a guère été utilisée par les auteurs de programmes. C'est ainsi qu'aux Etats-Unis, depuis 1964, date à laquelle le Copyright Office a accepté d'enregistrer les programmes jusqu'en 1970, à peine 200 programmes ont été déposés. Cf. LUCAS, La protection des créations industrielles abstraites, p. 195.

[62] Dans ce sens LUCAS, La protection des créations industrielles abstraites, p. 190.

œuvre au sens de la loi sur le droit d'auteur, son assujettissement à cette dernière offrirait une production bien incomplète; en effet, et à moins de méconnaître totalement la portée de ce régime, l'exclusivité ne pourrait en aucune manière viser la phase d'utilisation du programme, à savoir celle de la transmission d'instructions à la machine et du processus de mémorisation qui s'ensuit, phase qui est de loin la plus importante.

3. La protection du programme par le droit des brevets d'invention

Dès lors que la conception du «software» met à contribution la forme pratique de la pensée humaine, dès lors que le programme se présente comme une méthode, une règle dont l'application ou l'emploi conduit à un résultat utile, on aurait pu penser que la loi sur les brevets d'invention avait vocation pour assurer la protection de ce genre de prestation. Or, cette solution qui paraît satisfaire aux exigences d'une bonne systématique a été écartée par la plupart des ordres juridiques. Dans quelques pays, notamment la France, la loi exclut expressément la brevetabilité des programmes d'ordinateur[63]. Là où les dispositions légales sont muettes, c'est la jurisprudence qui a condamné ce mode de protection du software. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a jugé qu'un programme d'ordinateur ne pouvait être brevetable pour le motif qu'il ne mettait pas en œuvre les forces de la nature. Pour notre instance suprême le programme n'a aucun caractère technique et doit en tous points être assimilé à une méthode qui s'adresse à l'intelligence, tel un système de comptabilité, une méthode publicitaire, les règles d'un jeu, etc.[64].

En Allemagne, la Cour fédérale a adopté la même position dans une décision récente[65]. Seuls les pays anglo-saxons, en particulier l'Angleterre et le Canada ont une conception plus libérale et accordent au programme la protection du brevet pour autant que les revendications soient rédigées de manière adéquate[66].

L'argument principal invoqué à l'encontre de la brevetabilité des programmes d'ordinateur tient dans le défaut de technicité de ces réalisations. Dans sa grande majorité, la doctrine et la jurisprudence considèrent en effet que le programme se borne à fournir une série

[63] Cf. art. 7 ch. 3 de la loi du 2 janvier 1968.

[64] RO 99 Ib 396. Voir aussi Bureau fédéral, Mitt. 1969, p. 34. Voir aussi SIDLER, Der Schutz von Computerprogrammen, p. 46 et ss.

[65] BGH dans GRUR 1977, p. 96. Voir sur cet arrêt: KROLLE, Technik, Datenverarbeitung und Patentrecht, GRUR 1977, p. 96.

[66] Sur la jurisprudence anglo-saxonne, cf. B. PAGENBERG, Patentability of Computer-Programs on the National and International Level, ICC, vol. V, 1974, p. 1 et ss.

d'instructions pour la solution d'un problème mathématique et que partant, il n'aboutit pas à un résultat matériel. Le programme représenterait ainsi un pur processus mental qui, même s'il nécessite le recours à une machine, n'en reste pas moins toujours sur un plan intellectuel. Selon un courant doctrinal minoritaire, cette vue serait trop restrictive, le programme pouvant avoir un effet technique lorsqu'il est intégré dans un processus industriel, par exemple lorsqu'il sert à commander un atelier de production. Dans cette conception, seuls les programmes qui opèrent dans le domaine de la gestion de l'entreprise – gestion d'un système de paie, facturation, etc. – ou en dehors de toute activité industrielle – application de l'informatique à l'enseignement, au droit – doivent être exclu de la brevetabilité, la mission assignée à l'ordinateur se définissant ici comme une méthode qui s'adresse à l'intelligence[67]. Cette solution est ingénieuse. Elle ne semble toutefois pas acceptable, car elle confond le résultat immédiat obtenu par la mise en œuvre du programme avec l'emploi d'un tel résultat dans l'industrie, soit avec l'utilisation des réponses fournies par l'ordinateur. Or, et ainsi qu'on l'a vu, en droit des brevets, la matérialité de l'invention réside toujours dans l'effet premier découlant de l'application de la règle et non dans les avantages subséquents que celle-ci peut procurer à la collectivité[68]. Il s'ensuit que l'appréciation du caractère technique d'une invention représentée par un «software» doit se situer au niveau du fonctionnement de l'ordinateur et non à un stade ultérieur du déroulement de la méthode[69]. Dans cette perspective, il n'est alors pas déraisonnable de soutenir qu'une invention de «software» possède un caractère technique car la méthode qui revendique la brevetabilité indique à l'homme de métier comment un ordinateur doit être construit et programmé pour atteindre un certain résultat.

En d'autres termes, le programme est brevetable en tant que procédé destiné à faire fonctionner un ordinateur de manière optimale en vue de la solution d'un problème déterminé[70]. On ne se prononcera pas sur la légitimité d'une telle proposition qui équivaut en quelque sorte à octroyer la protection du brevet à un ordinateur – hardware – déjà programmé car elle n'a aucune chance d'être accueillie par le droit positif suisse. On sait en effet que dans la plupart des pays, la tendance est d'exclure les programmes d'ordinateur du

[67] Voir dans ce sens J. DEBENTENCOURT, La protection juridique des programmes d'ordinateur, Ing. Cons. 1972, p. 1 et ss.

[68] Par exemple, l'invention d'un calibre de montre extra plat a un caractère technique même si l'avantage qui en découle est purement esthétique – améliorer l'aspect du boîtier.

[69] Dans ce sens GOTZEN, Le droit d'auteur, p. 17. Voir aussi LUCAS, La protection des créations industrielles abstraites, p. 151 et ss.

[70] Dans ce sens GOTZEN, Le droit d'auteur, p. 16.

champ d'application de la loi sur les brevets et ce pour des raisons plus politiques que juridiques[71]. Cette tendance est du reste clairement exprimée dans la Convention de Munich du 5 octobre 1973 qui à son article 52(c) exclut le «software» du domaine des inventions brevetables. La Suisse ayant ratifié cette convention, il paraît inconcevable qu'elle puisse adopter une solution contraire.

4. La protection du programme par un droit sui generis

Si pour les raisons qui viennent d'être exposées, le droit d'auteur et le droit des brevets sont incapables d'assurer une protection quelque peu efficace au «software», la solution de ce problème doit être recherchée ailleurs. Il est évident que si des tiers ont pu exploiter un programme mis au point par autrui en recourant à des manœuvres déloyales – corruption d'employés, exploitation de la rupture d'un rapport de confiance etc. – la LCD viendra condamner de tels agissements. On ne peut ici que se référer à ce qui a été dit à propos des dessins techniques[72]. La protection du software peut également être assurée sur le plan contractuel, en prévoyant dans le contrat de fourniture du programme une clause obligeant le client à ne pas divulguer les informations reçues. De telles clauses apparaissent d'autant plus nécessaires que se généralise la technique des programmes standards qui sont conçus pour satisfaire les besoins d'une pluralité d'utilisateurs. Il faut toutefois souligner que la protection conférée par la LCD de même que celle découlant du contrat n'a qu'un effet relatif en ce sens qu'elle ne vise que le concurrent déloyal ou le client qui aurait violé l'obligation à laquelle il était tenu contractuellement. En dehors de ces cas, le programme pourra être utilisé par tout tiers faute d'une protection absolue prévue par une loi spéciale.

Si une telle protection doit être instaurée en faveur du software, seule la solution d'un droit sui generis pourrait entrer en ligne de

[71] Pour BLUM/PEDRAZZINI l'exclusion du software du champ d'application de la loi sur les brevets est basée sur des considérations de politique juridique. Cf. BLUM/PEDRAZZINI, Patentrecht, vol. I, Nachtrag Ad. Art. 1, note 8, p. 195/96.

[72] MÖHRING, Die Schutzfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsmaschinen, p. 277, estime que l'utilisation d'un programme d'ordinateur enregistré sur une bande magnétique par un tiers non autorisé peut être assimilé à la reprise immédiate de la prestation d'autrui et partant doit être condamné comme acte de concurrence déloyale. A notre avis, cette solution doit être rejetée, car le tiers ne fait qu'employer la bande conformément à sa destination. La question pourrait en revanche se poser dans l'hypothèse bien invraisemblable où l'auteur du programme met en vente des cartes perforées et que celles-ci sont utilisées par un concurrent à des fins de reproduction uniquement.

compte, les droits de propriété intellectuelle au sens classique étant incapables, en l'état du droit positif actuel, de sauvegarder les intérêts des concepteurs de programmes. Certes, et le présent rapport en est la preuve, nous sommes contre l'introduction d'une nouvelle catégorie de droits privatifs là où le problème peut être réglé par l'application des régimes traditionnels de propriété intellectuelle[73]. Mais en matière de software, force est de constater qu'il existe une lacune qui doit être comblée. C'est en effet répondre à un postulat de justice et d'équité que d'accorder à tout créateur d'une valeur intellectuelle nouvelle une exclusivité limitée dans le temps sur les fruits de sa création. Il n'y a aucune raison de déroger à ce principe fondamental lorsque la création, au sens où cette notion a été définie, porte sur un élément du software, à moins que le monopole ainsi concédé entraîne des conséquences inadmissibles sur le plan social, ce qui ne paraît pas être le cas en l'espèce.

Vu la carence des systèmes de protection existants, on est donc bien obligé, pour satisfaire à ce postulat, de recourir à un régime de droit sui generis. C'est du reste vers cette solution que s'orientent les partisans d'une protection juridique absolue des programmes d'ordinateurs. Il n'est certes pas question ici d'examiner en détail tous les projets qui ont été élaborés dans cette perspective; on ne peut toutefois s'empêcher de constater que ceux-ci présentent des caractéristiques qui relèvent à la fois du droit des brevets et du droit d'auteur[74].

Cette nature ambivalente se manifeste tout particulièrement dans le projet de loi type rédigé par les services de l'OMPI. Ce texte prévoit en effet comme seule condition matérielle de protection l'originalité au sens subjectif du terme de sorte qu'un programme pourrait revendiquer la protection légale lorsqu'il est le fait d'une activité indépendante de son auteur; dans cette conception, les programmes à caractère banal ne seraient pas exclus du champ d'application de la loi. Cette conséquence a été voulue par les rédacteurs du projet qui ont suivi les recommandations du comité d'experts non-gouvernemental. L'accent est ainsi mis non pas sur le contenu innovateur du programme, sur la valeur nouvelle créée, mais sur les inves-

[73] Le morcellement du droit de la propriété intellectuelle a déjà commencé avec l'adoption de la loi fédérale du 25 mars 1975, sur la protection des obtentions végétales qui doit permettre à la Suisse de ratifier la Convention internationale de Paris sur le même sujet du 2 décembre 1961.

[74] Parmi les nombreux textes qui ont été publiés, il faut citer les projets Ohlschlegel, Senhenn, Galbi, Kirby, celui du groupe MITI enfin celui de l'OMPI. Pour une étude comparative de ces divers projets, cf. M. KINDERMANN, Special Protection Systems for Computer Programs – A comparative study, ICC 1976, vol. VII, p. 301 et ss.

tissements importants qu'exigent la mise au point du software et qui constituent en fait l'objet réel de la protection[75].

On a déjà critiqué cette conception de l'originalité au début de ce travail. On ne peut ici que rappeler que le fondement de toute protection par un droit privatif doit résider dans la qualité de l'apport intellectuel et non dans les dépenses supportées lors de sa conception. Cela ne veut certes pas dire que le bien immatériel doit être le produit d'une activité géniale – flash of genius –; il suffit qu'il atteigne ce degré supérieur de nouveauté qui, dans le domaine du software s'appréciera en fonction des capacités d'un programmeur de bonne formation. Cette doctrine marque de son empreinte tous les régimes de propriété intellectuelle traditionnels et on ne voit pas pourquoi l'on devrait introduire une exception en faveur des auteurs de programme d'ordinateur.

En outre, la solution adoptée par le projet de l'OMPI suppose nécessairement que les prérogatives du titulaire du droit ne s'étendront pas aux programmes créés par des tiers d'une façon indépendante. En d'autres termes, le projet tolère les créations parallèles avec toutes les difficultés que cela implique, notamment sur le plan de l'administration des preuves. Fort heureusement le dépôt instauré à titre facultatif par le projet atténue dans une très large mesure les imperfections que l'on vient de signaler. Le dépôt, lorsqu'il est ouvert, c'est-à-dire accessible à tous – le projet prévoit que certains documents peuvent être déposés sous pli cacheté – crée en effet une présomption de connaissance du programme déposé; ainsi le recours à une technique empruntée au droit des brevets vient corriger les défauts d'un projet trop influencé par un système de protection – celui du droit d'auteur – qui n'a qu'un lointain rapport avec le bien protégé par ce nouveau régime.

A supposer que l'on décide d'introduire dans notre pays une protection spéciale des programmes d'ordinateur[76], nous suggérerions d'une part que ce nouveau régime s'inspire du droit des brevets – l'idéal serait qu'il en fasse partie intégrante vu l'affinité de ces productions avec les inventions techniques – d'autre part, que l'objet de la protection ne soit pas limité au software mais qu'il vise d'une manière générale toutes les méthodes qui s'adressent à l'intelligence; leur exclusion de la brevetabilité paraît aujourd'hui difficilement

[75] Dans ce sens, LUCAS, La protection des créations industrielles abstraites, p. 181 et ss.

[76] Suite par exemple à la conclusion d'un accord international dans ce domaine. Il existe en fait un projet d'arrangement concernant la protection du logiciel et son dépôt international qui s'inspire de l'arrangement de Vienne concernant les caractères typographiques. Cf. KROLLE, Présent et avenir de la protection du logiciel, p. 77.

admissible. En quoi en effet un dispositif garantissant l'étanchéité d'une montre est-il plus digne de protection qu'une méthode destinée «à apporter une prévision dans une activité de caractère précaire telle que le travail dit temporaire»[77].

Un système de gestion du personnel ou des stocks, une méthode comptable ou publicitaire, des règles de jeu, etc. doivent pouvoir bénéficier d'une exclusivité limitée dans le temps, au même titre qu'une invention technique, pour autant que ces productions soient originales et que le monopole n'entraîne pas des conséquences intolérables pour la société[78].

§ 16. Modèles d'utilité; petites inventions

Que faut-il entendre par modèle d'utilité? D'aucuns prétendent qu'il s'agit là d'une création de forme visant un but utilitaire; d'autres que cette institution recouvre celle de la petite invention et protégerait ainsi une règle technique d'une qualité inventive inférieure à celle d'une invention brevetable. Ces avis divergents s'accordent cependant pour dire que le modèle d'utilité, quelle que soit l'idée que l'on s'en fait, ne bénéficie en Suisse d'aucune protection légale; d'une part parce qu'en vertu de l'article 3 de la loi fédérale sur les dessins et modèles industriels du 30 mars 1900, seules les formes dites ornementales, qui tendent à satisfaire ce goût des acheteurs peuvent faire l'objet d'un droit exclusif; d'autre part, parce que depuis la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Philips*[79], les petites inventions seraient exclues de la loi sur les brevets. Mais peut-on à propos des modèles d'utilité parler véritablement d'une lacune ou ne s'agit-il pas plutôt d'un faux problème? C'est à cette question que seront consacrées les dernières pages de ce rapport.

[77] Cette méthode conçue par la société Manpower fut déclarée non brevetable, faute de matérialité par la Cour de Paris, Ann. 1971, p. 115. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de Cassation. Cf. Cass., JCP 1974 II, 17626.

[78] Dans ce sens TROLLER, Ist der immaterialgüterrechtliche «Numerus clausus» der Rechtsobjekte gerecht?, dans: Festschrift Max Gutzwiller, Bâle 1959, p. 769. Le droit de certains pays socialistes accordent des récompenses sous forme d'avantages pécuniaires ou matériels aux auteurs de propositions de rationalisations économiques et administratives. Il s'agit donc bien de méthodes qui sont dénuées de caractère technique qui sont visées par ces lois. Naturellement, et vu le système d'économie collectiviste, la protection par un droit privatif est exclue. Cf. sur ce sujet M. HIANCE/Y. PLASSERAUD, La protection des inventions en URSS et dans les républiques populaires d'Europe, Paris 1969; Y. EMINESCO, Unité et diversité dans la protection des idées non brevetables en droit socialiste. L'innovation et le know-how, dans: Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, vol. II, Paris 1974, p. 213 et ss.

[79] RO 63 II 271.

1. Notion du modèle d'utilité

Le modèle d'utilité est une institution étrangère dont le pays d'origine est l'Allemagne[80]. La loi allemande sur les modèles d'utilité doit en fait son existence à une décision du Reichsoberhandelsgericht du 3 septembre 1878 qui avait exclu du champ d'application de la loi allemande sur les dessins et modèles industriels du 11 janvier 1876 les formes dont les contours étaient exclusivement commandés par des impératifs fonctionnels ou techniques; ces configurations, avait jugé la Cour allemande, relevaient du droit des brevets d'invention. Mais ce régime était à l'époque mal adapté pour assurer une protection efficace aux modèles d'utilité, notamment en raison de la complexité de la procédure de délivrance du brevet – examen préalable – et de la durée excessive de la protection qui cadrait mal avec le caractère éphémère de ces productions. C'est donc pour remédier aux insuffisances de la loi sur les brevets que fut promulguée la loi du 1er juin 1891 sur les modèles d'utilité.

L'introduction de ce nouveau régime allait très vite poser le problème de la délimination du domaine couvert par cette loi par rapport à celui attribué au droit des brevets; deux grandes tendances se sont successivement imposées: la première estimait qu'il existait entre le modèle d'utilité et l'invention brevetable une différence de nature – théorie qualitative – la seconde n'y voyant qu'une différence de degré qui tient dans la plus ou moins grande intensité de l'activité créatrice déployée – théorie quantitative. On n'insistera pas sur cette divergence doctrinale dès lors que la théorie qualitative qui oppose le modèle, création de forme (Formschutz) à l'invention, création d'une idée (Ideenschutz) n'a plus qu'une valeur historique, les cours allemandes s'étant ralliées depuis une vingtaine d'années environ à la conception quantitative[81]. On peut donc dire qu'en droit allemand, l'institution du modèle d'utilité correspond à la notion de petite invention. A l'appui de cette affirmation, il faut citer toute une série d'arrêts qui ont déclaré protégeable par le dépôt d'un modèle d'utilité des innovations portant sur des procédés de fabrication, pour autant que ceux-ci laissent des traces matérielles, sur les produits qui en sont issus[82], ou encore sur des changements de matière dans des dispositifs connus[83]. Ces décisions démontrent bien que c'est à l'idée technique et non à la forme d'exécution qui en dépend que s'adresse la protection légale, comme en témoignent du reste les règles concernant

[80] A part ce pays, cette institution est connue en Pologne, en Italie, en Espagne et au Japon.

[81] Sur les développements historiques et doctrinaux du modèle d'utilité voir PERRET, op.cit. (note 2), p.288 et ss.

[82] Notamment RG dans RGZ 128, p.205.

[83] Notamment RG dans RGZ 35, p.90.

l'interprétation du modèle d'utilité qui sont en tout point identiques à celles applicables en matière de brevets[84].

2. *La petite invention mérite-t-elle d'être protégée?*

L'introduction dans notre pays d'une loi spécifique protégeant les modèles d'utilité ou les petites inventions, ce qui revient au même, n'est pas souhaitable tant pour des raisons dogmatiques que pratiques. Sur le plan juridique, il est tout aussi impossible de distinguer la petite invention de l'invention «tout court» que les «Leistungen» des «Schöpfungen»[85]. Le problème se pose en effet exactement dans les mêmes termes; aussi pouvons-nous nous limiter à l'essentiel. Qu'il s'agisse d'une production technique ou d'une réalisation esthétique, le droit peut, à l'aide d'un critère approprié établir qu'à partir d'un certain degré de dissemblance entre deux choses, la différence ainsi observée manifeste la présence d'une activité créatrice; mais il ne saurait aller plus loin; la mesure de l'intensité d'une telle activité échappe en effet à toute appréciation juridique. S'il est vrai qu'une création peut être plus ou moins originale, ces différents degrés d'originalité sont intraduisibles sur le plan juridique. En recourant au critère du niveau inventif ou à celui de la non évidence comme le prévoit l'article 1 de la loi du 17 décembre 1976, le juge n'a pas d'autres problèmes à résoudre que celui de savoir si la prestation de l'inventeur dépasse ce qu'un homme de métier de bonne formation aurait pu réaliser sur la base de l'état de la technique à la date du dépôt de la demande de brevet. Si l'innovation excédait les capacités du spécialiste moyen, l'originalité de la production doit être admise sans que l'on puisse qualifier une seconde fois la prestation pour déterminer un degré supérieur ou inférieur d'originalité. En d'autres termes l'appréciation de l'originalité ne peut donner lieu qu'à un jugement alternatif. La production manifestait-elle ou non une différence suffisante avec ses antériorités pour être investie d'un droit privatif? Si le terme «Erfindungshöhe» pouvait prêter à confusion parce qu'il paraissait sous-entendre qu'une invention pouvait se situer à plusieurs niveaux, toute équivoque devrait disparaître avec le critère de la non-évidence introduit dans la nouvelle loi sur les brevets[86].

Il faut conclure de ce qui précède que les modèles d'utilité et les inventions brevetables sont des concepts qui se recouvrent exacte-

[84] Voir notamment BGH dans GRUR 1957, p.270.
[85] Cf. part.I, chap.I.
[86] Dans ce sens PEDRAZZINI, Zur Revision des Schweizerischen Patentgesetzes, SJZ 1976, p.169 et ss.

ment à moins que l'on ne veuille soutenir que le droit des modèles d'utilité peut être mis en œuvre dès que la production technique remplit la condition de la simple nouveauté. Mais, dans cette hypothèse, le nouveau régime protégerait des réalisations qui relèvent de la technique industrielle courante, à la portée de tout homme de métier et qui, partant, ne constituent pas des valeurs créatrices. On a déjà dit, à propos des programmes d'ordinateur, combien cette conception nous paraissait étrangère aux principes fondamentaux du droit de la propriété intellectuelle: l'octroi d'une exclusivité ne se justifie en effet que si son titulaire a fait à la collectivité un apport nouveau d'une certaine qualité qui s'exprime précisément par la condition de l'originalité. Si l'on reste fidèle à ce principe, la protection spéciale qui serait accordée aux modèles d'utilité ferait ainsi double emploi avec celle découlant de la loi sur les brevets. Cette solution doit donc être résolument écartée.

3. La notion du modèle industriel et son originalité

Cette prise de position contre une protection spéciale des modèles d'utilité ne signifie nullement que l'on soit satisfait de la situation actuelle. La discrimination opérée entre les formes dites ornementales, qui seules bénéficieraient de la protection conférée par la loi sur les dessins et modèles et les formes dites fonctionnelles ou utilitaires qui en seraient exclues, nous semble aujourd'hui dépassée et ce, d'autant plus que la création de formes d'objets industriels adhère toujours plus aux directives de l'esthétique industrielle. La forme soumise au régime des dessins et modèles doit en effet servir de type à la reproduction en série d'objets; sa conception ne peut donc obéir uniquement à des considérations purement esthétiques; des facteurs anesthétiques vont nécessairement intervenir ne serait-ce déjà qu'en raison du but pratique que l'objet doit remplir et des impératifs de nature technique liés à la fabrication en série. Une forme réussie selon les canons de l'esthétique industrielle est celle qui réalise une synthèse parfaite entre ces facteurs esthétiques et anesthétiques[87].

En voulant à tout prix dissocier la fonction ornementale de la forme de sa fonction utilitaire, le droit des dessins et modèles n'a pas su appréhender cet art de synthèse, qui est à la base de toute création de formes d'objets industriels. L'interprétation par le Tribunal fédéral de l'article 3 de la loi de 1900 témoigne du reste de ce divorce entre

[87] Sur le rôle du dessinateur industriel dans la conception de la forme des produits voir PERRET, op.cit. (note 2), p.11 et ss.

les faits et le droit. C'est ainsi qu'à propos d'un appareil à cirer les parquets, notre instance suprême déclare que le dispositif ne présente aucun caractère esthétique, aucune forme extérieure spéciale ayant un but esthétique indépendant du résultat pratique[88]. A propos d'un modèle de peigne, le Tribunal fédéral relève qu'il s'agit là d'objets usuels dont le but n'est pas tant de satisfaire le goût par leur aspect extérieur que de remplir un rôle utile grâce à leur qualité pratique[89]. Les exemples pourraient être multipliés. Dans tous ces arrêts, notre instance suprême cherche en quelque sorte à mesurer une sorte de «dépassement» de l'effet esthétique en accordant la protection de la loi aux seules formes où cet effet prédomine le caractère utilitaire de l'objet[90]. Une telle démarche paraît vouée à l'échec car il est impossible de dissocier après coup les facteurs esthétiques des facteurs anesthétiques lorsqu'ils ont été intégrés dans ce tout que constitue la réalisation formelle définitive. Avec une telle méthode, on risque d'aboutir à des résultats diamétralement opposés selon l'idée que l'on se fait de la notion du caractère ornemental du modèle.

On peut ainsi limiter l'application de la loi sur les dessins et modèles aux ornements au sens propre du terme, c'est-à-dire au décor extérieur d'un objet[91]. Mais on peut aussi soutenir qu'est ornemental tout ce qui s'adresse au sens de la vue de telle manière que le régime des dessins et modèles pourrait être invoqué à propos de configurations qui ne sont que des formes d'exécution (Ausführungsform) d'une idée technique[92]. Ni l'une ni l'autre de ces solutions n'est satisfaisante; la première parce qu'elle est trop restrictive, la seconde parce qu'elle attire dans l'orbite du droit des dessins et modèles des productions étrangères à ce régime qui s'apparentent plutôt à l'institution du modèle d'utilité au sens où cette institution a été définie.

En d'autres termes, l'opposition entre la forme esthétique et la forme anesthétique doit être abandonnée pour faire place au seul critère susceptible de délimiter correctement le champ d'application de la loi sur les dessins et modèles, à savoir le critère de l'originalité. Comme l'œuvre donnant prise à un droit d'auteur, le dessin ou le modèle industriel est une création de forme, avec cette différence toutefois, que dans un cas elle doit servir de type à la reproduction

[88] RO 35 II 672.
[89] RO 55 II 221.
[90] RO 69 II 421.
[91] Dans ce sens CARTERON, Les confins du modèle et du brevet d'invention, dans: Mélanges Marcel Plaisant, Paris 1960, p.21 et ss. Cette thèse a été écartée par le Tribunal fédéral dans un arrêt paru au RO 87 II 49.
[92] C'est à ce risque que conduit l'application de la théorie de la multiplicité des formes chère à la jurisprudence française. Sur cette doctrine voir PERRET, op.cit. (note 2), p.284 et ss.

en série d'un objet alors que dans l'autre, elle tend à exprimer un certain contenu en vue de sa communication au monde extérieur[93].

Il s'ensuit, nonobstant cette différence de fonction, que l'originalité d'une forme soumise au droit des dessins et modèles s'appréciera selon les mêmes principes qu'en matière de droit d'auteur. Il faudra donc asseoir la condition de l'originalité sur tout ce qui participe à la notion de forme à l'exclusion de ce qui relève de l'idée.

Appliqué au domaine des dessins et modèles, ce principe suppose la démarche suivante: on devra tout d'abord formuler d'une manière aussi précise que possible les facteurs techniques et économiques qui conditionnent l'existence de l'objet pour ensuite établir si, compte tenu de la présence de ces données anesthétiques, la forme obtenue était ou non à la portée du dessinateur d'une capacité et d'une habileté moyenne. Selon cette méthode, la forme techniquement nécessaire, c'est-à-dire celle qui ne peut être modifiée sans affecter la performance technique de l'objet est automatiquement exclue de la portée de la loi, non pas parce qu'il s'agit de favoriser le libre développement de la technique, comme on l'a prétendu, mais parce qu'elle est dénuée de toute originalité, ses contours dépendant uniquement de la règle technique qu'elle doit concrétiser dans la réalité. Mais dans la plupart des cas, les impératifs techniques ne dictent pas complètement les caractéristiques formelles de l'objet; une même idée technique peut en règle générale s'extérioriser dans plusieurs formes d'exécution. L'application du critère de l'originalité permettra ainsi d'écarter de la protection légale les formes qui ne sont que la transposition banale, évidente dans l'espace d'une innovation technique déterminée. Ce qui vient d'être dit pour les impératifs techniques vaut également pour tous les autres facteurs anesthétiques qu'ils soient de nature économique, commerciale ou même stylistique[94]. On constate donc qu'avec l'intervention du critère de l'originalité, la disposition prévue à l'article 3 de la loi sur les dessins et modèles devient pratiquement sans objet. Du même coup et par l'interprétation d'une loi de propriété intellectuelle conformément à sa véritable vocation, on a pu combler la prétendue lacune que paraissait contenir le système de protection des biens immatériels.

[93] Cette différence de fonction justifie que l'on distingue ces deux régimes selon des critères qualitatifs et non quantitatifs. Nous avons dit ailleurs pourquoi le critère de la dissociation appliqué en droit italien nous paraissait le meilleur. Voir PERRET, op.cit. (note 2), p.258 et ss.

[94] Dans ce sens JACKSON, A new approach to the protection for the design of new products, JPOS 1956, p.448; PERRET, op.cit. (note 2), p.292 et ss.; IDEM, Formes techniquement indispensables et originalité selon la loi uniforme Benelux sur les dessins et modèles, Ing.Cons. 1977, p.130 et ss.

Conclusions générales

Nos conclusions peuvent se résumer dans les principes suivants:

1. L'activité intellectuelle se manifeste sous deux formes, la forme théorique et la forme pratique de la pensée auxquelles correspondent la création esthétique et la création utilitaire.

2. Il appartient aux lois de propriété intellectuelle de régir les créations qui découlent de ces deux formes de la pensée.

3. Le droit d'auteur protège les créations esthétiques, c'est-à-dire les productions qui possèdent un caractère représentatif et ce, quel qu'en soit le mérite ou la destination.

4. Le droit des brevets ne s'applique qu'aux créations utilitaires qui possèdent un caractère technique; le régime doit donc être aménagé pour assurer la protection des règles non techniques, c'est-à-dire des méthodes qui s'adressent à l'intelligence.

5. L'application d'un régime de propriété intellectuelle déterminé doit toujours être subordonné à la présence d'une activité créatrice, c'est-à-dire d'un travail intellectuel d'une qualité supérieure à la moyenne et qui s'exprime par la condition de l'originalité.

6. La LCD n'a pas pour fonction de protéger les résultats d'un travail, même obtenus à la suite d'efforts et de frais importants. Elle n'intervient que pour sanctionner la conduite d'un concurrent, contraire aux règles de la bonne foi. Constitue notamment un abus de la concurrence économique, le fait d'utiliser une chose matérielle, réalisée par un tiers, contrairement à sa destination normale et ce, dans le but de faire concurrence à ce dernier.

7. Les principes ci-dessus énoncés, comblant les prétendues lacunes contenues dans le système de protection des biens immatériels, il n'est ni souhaitable ni nécessaire d'introduire une loi spéciale protégeant certaines prestations particulières.

Ces vues peuvent paraître conservatrices, mais, comme le relevait le Doyen RIPERT: «ni la transformation de l'économie par les découvertes de la science, ni le changement des mœurs à chaque génération nouvelle, n'impose inéluctablement la naissance d'un droit nouveau»[95].

[95] G. RIPERT, La force créatrice du droit, p. 71.