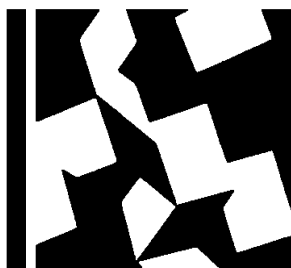


Responsable

Sébastien Bettschart

CEDIDAC

Université de Lausanne
1015 Lausanne
021 / 692 28 50 (tél.)
021 / 692 28 55 (fax)
sbettsch@droit.unil.ch



Bulletin d'information n° 28

Février 1997

DROIT DES CARTELS ET IMMUNITÉ DES ACCORDS INTRA-GROUPE

UN ARRÊT DE PRINCIPE DE LA COUR DE JUSTICE

Andras Palasthy, lic. iur., LL.M Eur.

Faits

La société Parker Pen Ltd fabrique des stylos qu'elle commercialise dans toute l'Europe par l'intermédiaire de filiales ou de sociétés de distribution indépendantes. La société néerlandaise Viho commercialise quant à elle des articles de bureau par la vente en gros, l'importation et l'exportation de ceux-ci. Elle n'est pas partie au réseau de distribution de Parker.

Le système de distribution européen mis en place par Parker instaurait un cloisonnement des marchés nationaux à l'intérieur du marché commun : alors que les distributeurs indépendants étaient liés à une interdiction d'exporter ses produits, les filiales de Parker établies dans différents pays avaient reçu pour instruction de renvoyer aux filiales locales les demandes de livraison émanant de clients étrangers. C'est ainsi que Viho, après avoir vainement demandé à être livrée par la filiale allemande de Parker, a été renvoyée par cette dernière à la filiale néerlandaise de Parker.

Le 22 mai 1991, Viho a déposé une plainte auprès de la Commission, dans laquelle elle fai-

sait valoir que la politique de distribution de Parker consistant à obliger ses *filiales* à limiter la distribution de ses produits à des territoires impartis constituait une infraction à l'art. 85 par. 1 du traité CEE. Une plainte analogue visant les interdictions d'exporter imposées aux *distributeurs indépendants* a été favorablement accueillie par la Commission qui a constaté une infraction à l'art. 85 par. 1 et infligé de lourdes amendes à Parker et à l'un de ses distributeurs (cette décision a été ultérieurement confirmée par le Tribunal de 1^{ère} instance)¹.

Par décision du 30 septembre 1992², la Commission a rejeté la plainte de Viho du 22 mai 1991. Viho a introduit un recours contre cette décision auprès du Tribunal de 1^{ère} instance (art. 173 traité CE). Par arrêt du 12.1.1995³, celui-ci a rejeté le recours dans son intégralité. Le Tribunal a motivé l'inapplicabilité de l'art. 85 essentiellement par le fait que Parker formait avec ses filiales de distribution une unité économique au sein de laquelle les filiales ne jouissaient d'aucune autonomie («privilege de groupe»). Viho a formé un pourvoi contre cet arrêt. L'extrait reproduit ci-dessous est tiré des

motifs de l'arrêt sur pourvoi, rendu par la Cour de justice le 24 octobre 1996 (points 13 à 18).

Droit

« (...)

(13) La requérante (Viho - A.P.) soutient que le fait que les comportements en question se produisent au sein d'un groupe ne s'oppose pas à l'application de l'article 85, paragraphe 1, dès lors que la répartition des compétences entre les sociétés du groupe Parker viserait à maintenir et à cloisonner des marchés nationaux au moyen d'une protection territoriale absolue. Un tel comportement d'entreprise, qui produirait des effets néfastes sur la concurrence, ne devrait donc pas être apprécié de manière différente selon qu'il se produit au sein d'un groupe ou entre Parker et des distributeurs indépendants. La requérante observe notamment qu'une telle protection territoriale empêche des tiers, comme la requérante, de s'approvisionner librement au sein de la Communauté auprès de la filiale qui proposerait les meilleures conditions économiques et de pouvoir ainsi répercuter de tels avantages sur le consommateur.

(14) Par conséquent, la requérante considère que l'article 85, paragraphe 1, interprété à la lumière des articles 2 et 3, sous c) et g), du traité CE (antérieurement article 3, sous f), du traité CEE⁴) doit s'appliquer dès lors que la politique de renvoi en cause va bien au-delà d'une simple répartition interne des tâches au sein du groupe Parker.

(15) Il importe tout d'abord de préciser qu'il est établi que Parker détient 100% du capital de ses filiales établies en Allemagne, en Belgique, en Espagne, en France et aux Pays-Bas et les activités de vente et de marketing des filiales sont dirigées par une équipe régionale désignée par la société mère et qui contrôle, notamment, les objectifs de vente, les marges brutes, les frais de vente, le «cash flow» et les stocks. Cette équipe régionale prescrit également la gamme des produits à vendre, contrôle les activités publicitaires et donne des directives en ce qui concerne les prix et les remises.

(16) Parker et ses filiales forment ainsi une unité économique à l'intérieur de laquelle les filiales ne jouissent pas d'une autonomie réelle dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché, mais appliquent les instructions qui leur sont

imparties par la société mère qui les contrôle (arrêts ICI/Commission, précité [arrêt du 14 septembre 1972, 48/69, Rec. p. 619 - A. P.], points 133 et 134; du 31 octobre 1974, Sterling Drug, 15/74, Rec. p. 1147, point 41; Winthrop, 16/74, Rec. p. 1183, point 32; du 4 mai 1988, Bodson, 30/87, Rec. p. 2479, point 19, et du 11 avril 1989, Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro, 66/86, Rec. p. 803, point 35).

(17) Dans ces conditions, la circonstance que la politique de renvoi mise en oeuvre par Parker et qui consiste principalement à répartir différents marchés nationaux entre ses filiales puisse produire des effets à l'extérieur de la sphère du groupe Parker, susceptibles d'affecter la position concurrentielle de tiers, ne saurait être de nature à rendre l'article 85, paragraphe 1, applicable, même lu en combinaison avec les articles 2 et 3, sous c) et g), du traité. En revanche, un tel comportement unilatéral pourrait relever de l'article 86 du traité si les conditions d'application qu'il pose étaient réunies.

(18) C'est donc à bon droit que le Tribunal s'est uniquement fondé sur l'existence d'une unité économique pour exclure l'application de l'article 85, paragraphe 1, au groupe Parker.

(...)

*Cour de justice des CE (sixième chambre).
Arrêt du 24.10.1996, Viho/Commission, aff. C-73/95 P.
Rec. 1996, p. I-...*

Note

L'arrêt Viho fixe enfin une jurisprudence équivoque au sujet des conditions d'applicabilité de l'art. 85 par. 1 traité CE (art. 53 par. 1 accord EEE) aux ententes entre entreprises appartenant toutes au même groupe de sociétés («konzerninterne Absprachen»)⁵. Si l'arrêt concerne le rapport société mère-filiale directe, les principes qu'il consacre devraient s'appliquer *mutatis mutandis* aux accords intra-groupe entre sociétés «soeurs» ou «cousines». Sa solution paraît également transposable en droit suisse (art. 5 al. 1 LCart du 6 oct. 1995)⁶.

Selon la nouvelle jurisprudence de la CJ, pour qu'un accord entre une entreprise et sa filiale échappe d'emblée à l'interdiction des ententes («*privilege de groupes*»), il suffit que les parties forment une unité économique au sein de laquelle la filiale ne jouit pas d'une autonomie

réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché. Peu importent la nature et l'intensité de ses effets sur la position concurrentielle d'entreprises tierces (réduction des sources d'approvisionnement d'acheteurs, des débouchés de fournisseurs, éviction de concurrents...). On sait qu'un certain nombre d'arrêts antérieurs soumettaient le bénéfice du «*privilege de groupe*» à une condition supplémentaire susceptible de contre-carrer ces entraves à la concurrence de tiers : l'accord devait non seulement être le fait d'un groupe intégré (unité économique), Commission et CJ exigeaient en plus qu'il ait pour but d'établir une véritable «*répartition interne des tâches*» au sein du groupe⁷. **L'arrêt Viho consacre l'abandon de cette condition supplémentaire aux contours mal définis.** A défaut de réelle autonomie de la filiale, nul besoin de s'assurer que l'accord ne va pas au-delà de ce qui est normalement considéré comme indispensable pour assurer une distribution correcte des fonctions à l'intérieur du groupe.

Si elle doit faciliter l'application du droit et décharger la Commission (DG IV), cette jurisprudence ne répond cependant pas à toutes les questions relatives aux conditions du «*privilege de groupe*»; la Cour de justice s'abstient notamment de poser une formule générale concrétisant le degré de contrôle minimum requis pour fonder le défaut d'autonomie d'une filiale. On peut ainsi se demander si l'existence d'un «*contrôle*» au sens du droit du contrôle des concentrations suffit toujours à écarter une coordination de nature cartellaire. On sait qu'en droit communautaire⁸ comme en droit suisse⁹ ce contrôle est défini comme la simple possibilité d'exercer une influence déterminante (l'exercice effectif de cette influence n'étant pas nécessaire) et peut être le fait d'une entreprise (contrôle unique ou exclusif) ou de deux ou plusieurs entreprises (contrôle commun). Selon la pratique de la Commission de Bruxelles, il est en tout cas constant que le *contrôle commun* n'exclut pas la possibilité d'une coordination entre l'entreprise contrôlée (entreprise commune, EC) et une ou plusieurs entreprises exerçant ce contrôle¹⁰. Au regard de l'état de fait cartellaire, l'EC est en effet considérée comme une entité indépendante vis-à-vis de chacune des entreprises exerçant le contrôle commun¹¹. Le «*privilege de groupe*» apparaît donc inapplicable aux accords particuliers conclus entre l'EC et les entreprises contrôlantes. Une licence exclusive de savoir-faire concédée à une EC par l'un de ses fondateurs peut ainsi tomber sous le coup de l'art.

85¹² (mais peut aussi bénéficier d'une exemption automatique aux conditions du règl. No 240/96¹³). A la différence du contrôle commun, le *contrôle unique* devrait en principe exclure la possibilité d'une coordination cartellaire, du moins dans les cas où il est effectivement exercé. S'agissant d'une filiale à laquelle participent deux entreprises dont le contrôle est effectivement exercé par une seule d'entre elles («*fausse*» EC), une coordination cartellaire peut en principe être exclue dans le rapport coentreprise-société contrôlante, mais non à l'égard de l'autre société-mère¹⁴.

Le «*privilege de groupe*» devrait complètement immuniser les accords auxquels il s'applique. En droit suisse, de tels accords ne devraient en particulier pas pouvoir faire l'objet d'actions de droit civil pour entrave à la concurrence de tiers (art. 12 LCart, y compris al. 3), à moins que les pratiques considérées ne constituent un abus de position dominante (art. 7 LCart). D'un autre côté, si l'interprétation de l'art. 85 consacrée par la jurisprudence Viho semble juridiquement sans failles¹⁵, il apparaît évident qu'un système de distribution tel que celui de Parker va à l'encontre de l'un des objectifs fondamentaux du traité de Rome (intégration des marchés, art. 2). Il paraît dès lors souhaitable que le législateur communautaire intervienne sur la base de l'art. 235 traité CE pour doter la Commission d'un instrument lui permettant d'agir même dans les cas où le groupe d'entreprises «*coupable*» ne jouit pas d'une position dominante¹⁶. La Commission de Bruxelles pourrait ainsi s'épargner les «*contorsions*» juridiques qu'elle a du s'imposer pour condamner le groupe BAYER dans l'affaire ADALAT actuellement pendante devant le Tribunal de 1^{ère} instance¹⁷.

¹ Commission : décision Viho/Parker Pen du 15.7.1992, J.O. No L 233 du 15.8.1992, p. 27. TPI : arrêts du 14.7.1994 Herlitz/Commission, aff. T-66/92, Parker/Commission, T-77/92, Rec. 1994, p. II-531 et II-549. Cas identique, voir décision BASF Lacke Farben AG et SA Accinauto du 12.7.1995, J.O. No L 272 du 15.11.1995, p. 16.

² Commission, 22^e rapport sur la politique de concurrence (1992), à p. 444.

³ Viho/Commission, aff. T-102/92, Rec. 1995, p. II-17. Voir les commentaires de H. SCHRÖTER (*contra* TPI), *Les accords intra-groupe au regard de l'article 85 du traité CE*, in Competition Policy Newsletter, vol. 1, No 4 (printemps 1995), pp. 28-32; CHR. BOLZE (*pro* TPI), *Régime communautaire de l'entreprise*, in RTD com. 1996, à pp. 152-154.

⁴ Sur la portée de cette disposition, voir notamment Europemballage et Continental Can/Commission, aff. 6/72, Rec. 1973, p. 215, att. 23-25.

⁵ En doctrine, voir H. SCHRÖTER, *Artikel 85*, in GROEBEN H. v. D. (éd.), *Kommentar zum EWG-Vertrag* (4^e éd.), vol. 2, Baden-Baden 1991, ch. 89-94, à pp. 1461-1465; *idem*, *Les accords intra-groupe au regard de l'article 85 du traité CE*, in *Competition Policy Newsletter*, vol. 1, No 4 (printemps 1995), pp. 28-32; C. BRITT JACOB, *Die Behandlung von Gleichordnungskonzernen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht im Vergleich*, Berlin 1995, à pp. 84-93; M. HIRSCH/TH. O.J. BURKERT, *Kommentar zum EG-Kartellrecht* (4^e éd.), vol. 1, Heidelberg 1993, ch. 190-202, à pp. 102-106; TH. v. RIJN, *Intra-Enterprise Conspiracy and Article 85 of the EEC Treaty*, in O'KEEFE (éd.), *Essays in European Law and Integration*, Anvers...1982, à pp. 123-138.

⁶ Doctrine LCart 1985 (art. 2), voir E. HOMBURGER, *Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1990, ch. 16-17 ad art. 2; L. SCHÜRMAN/W. R. SCHLUEP, *KG+PuG-Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz*, Zurich 1988, à pp. 169-170. Voir aussi Message du 23 nov. 1994 concernant la LF sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1995, vol. I, p. 472, à p. 544.

⁷ CJ : Centrafarm/Sterling Drug, aff. 15/74, Rec. 1974, p. 1147, point 41; Centrafarm/Winthrop, aff. 16/74, Rec. 1974, p. 1183, point 32; Bodson/Pompes funèbres des régions libérées, aff. 30/87, Rec 1988, p. 2479, point 19. Commission : décision IJsselcentrale du 16.1.1991 (ch. 23), J.O. No L 28 du 2.2.1991, p. 32.

⁸ Règl. No 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, J.O. No L 395 du 30.12.1989, rectifié par J.O. No L 257 du 21.9.1990, art. 3 par. 3. Voir aussi communication concernant la notion de concentration (94/C 385/02), J.O. No C 385 du 31.12.1994, p. 5, ch. 8-38.

⁹ Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4), art. 1-2. Commentaire du projet d'ordonnance... (non publié), à pp. 2-4.

¹⁰ Communication sur le traitement des EC à caractère coopératif au regard de l'art. 85 (93/C 43/02), J.O. No C 43 du 16.2.1993, p. 2, ch. 21-22, 35 *i.f.* Décisions IJsselcentrale précitée (ch. 24), Baxter/Nestlé/Salvia du 6.2.1991 (ch. 9), publiée in WUW/EEV, p. 1579. En doctrine, voir B. GERWING, *Kooperative Gemeinschaftsunternehmen im EWG-Kartellrecht...*, Cologne...1994, à pp. 66-87, 134-137.

¹¹ B. GERWING, *Kooperative Gemeinschaftsunternehmen...*, à p. 87; A.LOHSE, *Kartellfreie Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht*, Cologne...1992, à p. 80. D'un autre avis, L. DELFAQUE, *Filiales communes et droit de la concurrence*, in Cahiers Dr. Euro. 1978, p. 59-97, à p. 89-90.

¹² Décision Mitchell Cotts/Sofiltra du 17.12.1986 (ch. 20, 23), J.O. No L 41 du 11.2.1987, p. 31. Voir aussi décision Fiat/Hitachi du 21.12.1992 (ch. 12-13, 21), J.O. No L 20 du 28.1.1993, p. 10.

¹³ Règl. concernant l'application de l'art. 85 par. 3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, J.O. No L 31 du 9.2.1996, p. 2, art. 5 par. 2.

¹⁴ Décision Cekacan du 15.10.1990 (ch. 34-37), J.O. No L 299 du 30.10.1990, p. 64.

¹⁵ Bien qu'une approche moins formaliste, dans un esprit analogue à la jurisprudence Continental Can (1972) citée plus haut, aurait sans doute pu conduire à un résultat différent.

¹⁶ Dans le domaine de la libre circulation des marchandises (art. 30, 36 traité CE), l'arrêt IHT/Ideal Standart du 22.6.1994 (aff. C-9/93, Rec. 1994, points 57-58) relevait une lacune comparable de l'ordre juridique communautaire.

¹⁷ Décision ADALAT du 10.1.1996 (sp. ch. 171-178), J.O. No L 201 du 9.8.1996, p. 1; Bayer AG/Commission, aff. T-41/96 R, Rec. 1996, p. II-... (procédure annexe, rejet d'une demande de sursis à l'exécution; procédure principale en annulation encore pendante).

JURISPRUDENCE

PUNITIVE DAMAGES EN

DROIT D'AUTEUR ?

Faits

B (demanderesse) est photographe professionnelle. En septembre 1991, elle a photographié M (défendeur) à sa demande pour en faire un portrait destiné à un cahier à publication unique. En outre, le défendeur a acheté à la demanderesse, pour un prix de Fr. 60.-, cinq copies de diapositives qui portaient toutes un autocollant avec la mention "Copyright B".

Début 1994, le défendeur s'est présenté aux élections du conseil communal de son domicile. Des annonces de campagne ont été insérées dans le quotidien des 22, 24 et 28 février 1994 comportant des reproductions noir et blanc d'une des diapositives couleurs que le défendeur avait achetées à la demanderesse et mis à la disposition de son parti sans son autorisation préalable.

Par la suite, la demanderesse a poursuivi le défendeur en justice en paiement d'une redevance de Fr. 3'850.- plus intérêts. Par jugement du 13 novembre 1995, le Tribunal cantonal zurichois a partiellement admis la demande à hauteur de Fr. 3'420.- plus intérêts. Il ressort des considérants que les photographies effectuées par la demanderesse sont des oeuvres protégées : en les mettant en circulation de sa propre initiative, le défendeur a contribué à violer les droits de leur auteur, ce qui l'oblige à réparer le dommage causé. Le dommage à réparer a été établi par analogie à ce qu'aurait obtenu la demanderesse si les parties avaient conclu un contrat de licence selon les "Prix indicatifs pour droits de reproduction photographique 1994" de l'Association suisse des banques d'images et archives photographiques (ci-après : ASBI) à Fr. 2'850.-, soit Fr. 950.- par annonce, augmenté d'un supplément pour violation de 20 % ou Fr. 570.-.

Le défendeur interjette un recours en réformation en concluant au rejet de la demande.

Le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours en réforme.

Droit

5. Le défendeur se plaint d'une détermination du dommage contraire au droit fédéral.

b) (Le dommage estimé à Fr. 2850.- par analogie à un contrat de licence n'est pas contesté par les parties).

c) Le recours est fondé dans la mesure où le défendeur conteste le supplément pour violation de Fr. 570.-.

aa) Le chiffre 7 des "Conditions de livraison et d'utilisation de matériel photographique" des Prix indicatifs 94 de l'ASBI a le contenu suivant :

"Toute mise à disposition des photos à des tiers est interdite sans accord préalable écrit du fournisseur. Cette interdiction vaut également pour les éditions sous licence. De plus, il est défendu de copier des photos sans autorisation du fournisseur. En cas d'utilisation non autorisée de photos, le client devra s'acquitter d'un montant de Fr. 1'000.- qui sera ajouté aux honoraires".

Il n'est ni constaté ni démontré que les parties aient intégré ces conditions générales de l'ASBI. Un supplément pour violation sous forme de peine conventionnelle est ainsi éliminé.

bb) Le Tribunal cantonal est parti de l'idée que la méthode par analogie à une licence favorisait la personne qui violait les droits, dans la mesure où il met sur pied d'égalité l'utilisation conforme au droit et celle qui ne l'était pas. Déjà pour des raisons de prévention générale, il se justifiait ainsi de fixer une indemnité plus élevée pour l'utilisation illicite de l'oeuvre que la redevance fixée dans un hypothétique contrat de licence. Cela permet ainsi d'intégrer une idée de tort moral à la fonction compensatrice ainsi qu'un élément pénal au calcul des dommages-intérêts. L'indemnité supplémentaire se mesurant à la gravité de l'atteinte, un supplément de 20 % apparaît approprié dans le cas présent, en raison de la faute lourde du défendeur. Une partie de la doctrine, suivant un raisonnement identique ou semblable, a également défendu l'idée d'un supplément pour violation (LUCAS DAVID, *in* Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. I/2, p. 117; BARRELET/EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, Art. 62 n° 13).

cc) Le droit autrichien connaît un supplément pour violation. D'après le § 86 al. 1 de la loi autrichienne sur le droit d'auteur (öLDA), une indemnité équitable doit être versée, même en l'absence de faute, lors de l'utilisation d'une oeuvre protégée sans l'autorisation qui aurait dû être demandée au lésé. Lors d'une violation fautive, le lésé peut demander le double, à moins qu'il ne puisse établir un dommage supérieur (§ 87 al. 3 öLDA). La jurisprudence allemande a reconnu aux sociétés de gestion, qui gèrent les droits d'exploitation et de rémunération principalement dans le domaine de l'exploitation massive, un supplément de 100 % sur les indemnités tarifaires lors de reproductions publiques non autorisées (BGHZ 17 p. 376 ss, 59 p. 286 ss). Elle a toutefois insisté sur le caractère exceptionnel de cette prétention et ne l'admet pas pour d'autres violations (BGZ 97 p. 37 ss; références supplémentaires : RUDOLF KRASSER, *Schadenersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht*, *in* GRUR Int. 1980, p. 259 ss, 264 note 55). Fondé sur cette jurisprudence, le § 54 al. 5 de la loi allemande sur le droit d'auteur (dLDA) prévoit que les producteurs et importateurs d'appareils soumis à redevance doivent payer aux sociétés de gestion le double de la rémunération habituelle lorsqu'elles ne respectent pas leurs devoirs d'information sur le nombre d'appareils vendus. D'abord justifié par les coûts notablement élevés de surveillance et de poursuite que supportent les sociétés de gestion, ce supplément le fut également par la suite en raison des violations de plus en plus fréquentes des droits gérés ainsi que dans une optique de prévention générale, pour éviter d'encourager les violations par un traitement économiquement identique de l'utilisation licite et illicite (*cf.* RUDOLF KRASSER, p. 270 s.). Une partie de la littérature a préconisé une généralisation du supplément pour violation à l'ensemble du droit de la propriété immatérielle, ou du moins du droit d'auteur (p. ex. RUDOLF KRASSER, p. 271 s., qui rejette toutefois un doublement forfaitaire; FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht*, 8^e éd., Stuttgart 1994, § 97 n° 38; JOCHEN PAGENBERG, *Die amerikanische Schadenersatzpraxis im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht - Mehrfacher Schadenersatz für Patentverletzungen als Modell für Europa*, *in* GRUR int 1980, p. 286 ss, 295 ss). Une autre partie le rejette (notamment EUGEN ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3^e éd., Berlin 1980, p. 558; SCHRICKER/WILD, *Urheberrecht, Kommentar*, Munich 1987, § 97 n° 64; HUBMANN/REHBINDER, *Urheber- und Verlagsrecht*, 8^e éd.,

Munich 1995, p. 315 ss; cf. aussi CHRISTOPH NERTZ, Der Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung bei rechtswidriger Benutzung fremder Immaterialgüterrechte, thèse, Bâle 1992, p. 63 et les références citées). La jurisprudence française alloue, au titre des dommages-intérêts dus à l'auteur, non seulement une rémunération pour l'utilisation de son oeuvre mais aussi une partie des gains réalisés par le défendeur, en particulier en cas de plagiat (FRANÇOIS DESSEMONTET, Schadenersatz für Verletzung geistigen Eigentums nach schweizerischem und französischem Recht, in GRUR Int. 1980, p. 272 ss, 277 [= JdT 1979 I 337]). Enfin, le droit américain permet au lésé de faire valoir son dommage soit de manière concrète, soit selon une approche légale qui procède à un échelonnement suivant le degré de la faute (JOCHEN PAGENBERG, p. 287 s.).

En droit suisse, THEO FISCHER (Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb, p. 142 ss) avait déjà en 1961 postulé que l'indemnité équitable pour le dommage subi lors de l'utilisation illicite d'une oeuvre devait en tout cas être supérieure à une redevance fixée dans un contrat de licence, car celle-ci était souvent très basse pour inciter à demander une autorisation. FRANÇOIS DESSEMONTET (p. 281 [= JdT 1979 I 348]) tient en règle générale pour insuffisant l'octroi de simples redevances (par analogie à une licence), lors de création d'exemplaires non autorisés, et se prononce en faveur d'une fixation généreuse de l'indemnité pour le dommage matériel et immatériel. En matière de droit d'auteur, ALOIS TROLLER, (Immaterialgüterrecht, 3^e éd., 1985, vol. II, p. 989 note 86) demande qu'un supplément de 100 % au tarif habituel soit accordé, lorsqu'il s'agit d'utilisation unique avec une indemnité relativement basse. Il estime toutefois qu'une base légale est ici indispensable, les tribunaux ne devant pas d'eux-mêmes s'écarter des règles généralement admises pour la fixation du dommage. Lors de l'utilisation illicite d'une oeuvre, le tarif de la SUISA prévoit le doublement de la redevance, ce que la jurisprudence a approuvé (jugements du Tribunal de district de Zurich du 23 octobre 1987 et de la Commission du Tribunal cantonal des Grisons du 9 février 1987, tous deux dans la RSPI 1989, p. 74 s.). LUCAS DAVID (p. 117) et BARRELET/EGLOFF (Art. 62 n° 13) voient là un principe qui pourrait être généralisé. Enfin,

CHRISTOPH NERTZ (p. 159 ss) refuse l'analogie avec une licence - analogie qui permet de traiter de la même manière l'utilisation licite et illicite de l'oeuvre - de même que le supplément pour violation. Il postule en revanche un calcul souple et large des dommages-intérêts d'après l'art. 42 al. 2 CO.

La présente procédure n'a pas à déterminer si un supplément forfaitaire pour violation prévu par les tarifs des sociétés de gestion est conforme au droit fédéral et en particulier, s'il se déduit - par analogie au droit allemand - de la structure particulière de ces sociétés et de la nature des droits qu'elles gèrent. Un supplément forfaitaire pour faute, quelque souhaitable qu'il soit en politique juridique, n'est cependant pas soutenable *de lege lata* dans des cas de violation comme celui-ci. Comme le remarquent à juste titre LUCAS DAVID (p. 117) et l'instance inférieure, un élément pénal dans le sens des "*punitive damages*" serait ainsi introduit dans le droit positif, ce qui est contraire aux principes généraux de la fixation du dommage et de l'indemnité auxquels l'art. 62 al. 2 LDA renvoie explicitement. Cet élément est même habituellement considéré comme une violation de l'ordre public (cf. ANTON HEINI, IPRG Kommentar, Art. 190 n° 42a et les références citées). L'allocation de tels dommages-intérêts doit ainsi être rejetée car ils ne correspondent pas pour le lésé à une diminution de son patrimoine, même en tenant compte de la liberté d'appréciation des faits dont le juge dispose au regard de l'art. 42 al. 2 CO. Cela ne signifie pas que cette norme empêche, lors de l'estimation du dommage, de tenir également compte d'éléments que l'on ne pourrait retenir par analogie avec une licence; pour cela, le lésé doit démontrer, de manière au moins substantielle, que la violation était propre à provoquer d'autres dommages dont la survenance était vraisemblable. Dans la présente affaire, de tels indices ne sont ni établis ni prouvés. Il n'est pas non plus manifeste qu'un dédommagement de Fr. 2'850.- pour les trois annonces ne parviendrait pas à couvrir complètement le dommage et le préjudice immatériel. Le recours est sur ce point fondé et le jugement attaqué est dans cette mesure annulé.

Arrêt du 10 octobre 1996, en allemand
1^{ère} Cour civile du TF
(4C.7/1996/mhc)

CONTRAT DE BAIL ET IMPOSSIBILITÉ JURIDIQUE

N.B. Cet arrêt du TF en allemand ne sera pas publié aux ATF.

Faits

A. En 1986, S (locataire) avait conclu avec K AG un contrat de bail pour des locaux commerciaux dans le centre d'achat L en vue d'exploiter une lunetterie. Le contrat a été conclu pour une durée ferme de dix ans, le locataire ayant la possibilité de prolonger deux fois la durée du bail pour cinq ans, chaque fois à de nouvelles conditions à définir. Le contrat contient la clause suivante (chiffre 9.8) :

“La bailleresse s’engage à ne pas donner de bail à un autre commerce spécialisé en optique dans le centre commercial L. Cette restriction ne concerne que la partie d’une surface brute d’env. 28’000 m² actuellement en construction, prévue pour l’ouverture en 1987, et non un éventuel agrandissement ultérieur du centre commercial. Le locataire a pris connaissance du fait que la bailleresse ne saurait avoir d’influence sur l’assortiment du grand magasin”.

Dans le cadre des négociations sur la prolongation du bail, S a appris qu’une surface de vente devenue libre dans le centre commercial devait être louée à une entreprise concurrente.

B. Par écriture du 9 octobre 1995 au juge unique du Tribunal de district de Zurich, S a demandé de faire interdiction à K de louer le local en question à un commerce spécialisé en optique (§ 222 ch. 2 ZPO ZH). En ce qui concerne les négociations du 1^{er} novembre 1995, il a requis à titre éventuel qu’il soit ordonné au défendeur de “résilier immédiatement les relations contractuelles existantes avec V SA et de prouver par pièce la résiliation en question jusqu’à une date laissée à l’appréciation du juge, sous commination des peines prévues par l’art. 292 CP et sous réserve des frais et des indemnités à la charge du défendeur”. Par ordonnance du 1^{er} novembre 1995, le juge unique a approuvé la demande éventuelle et a ordonné au défendeur de “résilier immédiatement le contrat de bail conclu avec V SA concernant une lunetterie dans le centre commercial L, Zurich, avec effet jusqu’au plus tard deux mois après l’entrée en force de cette disposition, et de prouver par pièce adressée au demandeur la résiliation du contrat dans le même délai, sous

menace de sanctions pénales (arrêts ou amende) contre les organes responsables de la défendresse pour insoumission à une décision de l’autorité au sens de l’art. 292 CP”.

Sur recours du défendeur, le Tribunal cantonal zurichois a annulé l’ordonnance du juge unique par une décision du 12 février 1996 et a rejeté la demande de S. Le Tribunal cantonal est arrivé à la conclusion que la demande de S et l’ordonnance du juge unique exigent du défendeur quelque chose de juridiquement impossible, étant donné que ce dernier est lié avec V SA par un contrat de bail jusqu’au 31 mars 2002. Le Tribunal cantonal mentionne encore que le demandeur avait, le cas échéant, la possibilité de demander des dommages-intérêts pour violation du contrat.

C. Par son recours, le demandeur invite le Tribunal fédéral à annuler la décision du Tribunal cantonal et à approuver la demande.

Le défendeur conclut au rejet de la demande dans la mesure où il est recevable.

Droit

1. (Recevabilité du recours)

2. **a)** D’un point de vue matériel, il s’agit de savoir si le locataire ne peut faire valoir sa prétention en cessation de trouble (art. 259 al. 1 //i. a CO) lorsque celle-ci est impossible pour une cause juridique. En droit des obligations, un engagement peut seulement avoir un contenu juridiquement possible. Cela découle de l’art. 20 CO pour l’impossibilité initiale et des art. 97 et 119 CO pour l’impossibilité subséquente. Dans le cas d’une impossibilité fautive, le droit à l’exécution ne s’éteint pas mais se transforme en une prétention en dommages-intérêts. Les dispositions particulières du droit du bail ne changent rien à cette question. Elles prévoient seulement des droits supplémentaires en faveur du locataire dont l’exécution de la prétention est atteinte par l’impossibilité (art. 259a ss CO). Même en droit du bail, l’impossibilité objective d’éliminer les défauts s’oppose toutefois à la prétention en cessation de trouble (HIGI, Zürcher Kommentar, Art. 259b CO n° 10).

b) Le demandeur fait valoir qu’on ne saurait voir en l’espèce un cas d’impossibilité juridique. L’engagement du défendeur à ne pas louer à une entreprise concurrente un local dans le centre

commercial constituerait des justes motifs au sens de l'art. 266g CO, autorisant de ce fait le défendeur à résilier son contrat de bail avec V SA. Dans ce contexte, il défend l'opinion que la jurisprudence et la doctrine relatives à l'art. 269 aCO ne seraient plus valables pour le nouveau droit du bail, en raison du rôle différent joué par la faute propre de la partie qui résilie le contrat. On pourrait conclure de l'art. 266g al. 2 CO qu'une résiliation pour justes motifs ne serait en soi pas exclue en cas de faute propre, puisque ce serait au niveau des conséquences pécuniaires du congé que le juge devrait statuer "en tenant compte de toutes les circonstances", notamment de la faute de la partie qui résilie.

L'art. 266g al. 1 CO prévoit que si, pour de justes motifs, l'exécution du contrat devient intolérable pour une partie, celle-ci peut résilier le bail à n'importe quel moment, en observant le délai de congé légal. D'après l'al. 2, le juge statue sur les conséquences pécuniaires du congé anticipé, en tenant compte de toutes les circonstances. L'art. 269 al. 1 aCO - dans la mesure où il présente un intérêt ici - était formulé de manière plus restrictive, dans le sens où il faisait dépendre la validité du congé non seulement de justes motifs mais aussi d'un dédommagement complet de l'autre partie. Déjà pour l'ancien droit du bail, on défendait l'opinion selon laquelle le caractère intolérable ne pouvait être retenu que si les circonstances invoquées n'étaient pas dues à la

faute de la partie qui résiliait (SCHMID, Zürcher Kommentar, Art. 269 CO n° 11). La doctrine et la jurisprudence relatives au nouveau droit du bail se sont tenues à ce principe (ATF 122 III 262 c. 2a/aa et les références citées). Comme auparavant, la faute propre de la partie qui résilie doit ainsi être prise en considération pour la décision concernant les justes motifs. Dans ce contexte, les comparaisons que le défendeur opère entre la rédaction de l'art. 269 aCO et celle de l'art. 266g CO ne jouent aucun rôle. L'instance inférieure a jugé avec raison que le défendeur ne pouvait résilier pour de justes motifs le contrat de bail conclu jusqu'au 31 mars 2002 avec V SA.

La décision attaquée retient en outre que les conditions d'un congé extraordinaire au sens de l'art. 257d ou 257f CO ne sont pas non plus remplies. Comme le recours ne se prononce pas sur ce point, la décision attaquée ne doit pas non plus être vérifiée (art. 55 al. 1 *lit.* c OJ; *cf.* ATF 116 II 745 [JdT 1992 I 210] c. 3).

3. Dans la mesure où il découle des considérants précédents qu'une impossibilité juridique s'oppose à la prétention en cessation de trouble au sens de l'art. 259a al. 1 *lit.* a CO, l'instance inférieure a rejeté à bon droit la demande. Le recours en réforme se révèle ainsi infondé.

*Arrêt du 27 août 1996, en allemand
1^{re} Cour civile du TF
(4C.164/1996/mks)*

FORMATION CONTINUE

Le CEDIDAC organise une journée d'étude et de débats sur

L'ASSAINISSEMENT DES ENTREPRISES ET LEUR RESTRUCTURATION

le **lundi 3 mars 1997** à l'Université de Lausanne.

Renseignements et inscription auprès du CEDIDAC.

PUBLICATIONS

Le CEDIDAC est heureux d'annoncer les prochains ouvrages de sa série :

LES SÛRETÉS ET GARANTIES BANCAIRES (printemps 1997; env. 400 pages)

L'AVANT-PROJET DE RÉVISION DU DROIT DE LA SÀRL (printemps 1997; env. 200 pages)

*Les ouvrages peuvent être commandés directement auprès du CEDIDAC
Tél. 021/692 28 50, fax 021/692 28 55, E-mail CEDIDAC@droit.unil.ch*
