CEDIDAC

Septembre 1993

Impressum:

Andras Palasthy,
éditeur responsable

CEDIDAC
Université de Lausanne
1015 Lausanne-Dorigny
Tél: 021/692.40.77
Fax: 021/692.40.98

Bulletin d'information N° 20

Septembre 1993

LES JOINT VENTURES EN DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE

par Andras Palasthy, assistant de droit bancaire

I. Introduction
II. Siège de la matière
III. Typologie du droit de la concurrence
IV. Champ d'application des normes
V. Art. 85 Traité CEE et droit dérivé
1. La restriction de concurrence: critères d'appréciation
2. Exemption de l'accord
   a) Règlement sur les accords de spécialisation
   b) Règlement sur les accords de R&D
3. Procédure
VI. Règlement 4064/89
1. L'EC concentrative : définition
2. Procédure
VII. Art. 86 Traité CEE
1. Portée résiduelle
2. Procédure
VIII. Les initiatives Brittan

I. Introduction

Forme de coopération entre entreprises indépendantes, la joint venture est avant tout une notion économique. Elle recouvre une réalité juridique polymorphe suscitant des problèmes variés dans divers domaines du droit[1].

La distinction d'économie d'entreprise[2] fondée sur l'objet de la coopération (R&D, production, vente etc.) de même que la distinction du droit privé fondée sur la construction juridique de la collaboration (corporate joint venture/contractual joint venture)[3] ne jouent qu'un rôle secondaire en droit de la concurrence.

II. Siège de la matière

Le droit de la concurrence de la CE saisit trois phénomènes économiques anticoncurrentiels : le cartel (art. 85 TCEE), l'abus de position dominante (art. 86 TCEE) et la concentration d'entreprises

(règlement 4064/89 concernant essentiellement les fusions et acquisitions d'entreprises)[4]. Nous verrons que ces normes générales s'appliquent toutes à des titres divers aux joint ventures.

Le Traité ne contient aucune disposition expresse concernant la coopération interentreprise. Le droit dérivé est un peu plus prolixe en la matière. L'essentiel se trouve dans un certain nombre de communications et décisions de la Commission de Bruxelles. La Cour de justice de Luxembourg ne s'est pas encore prononcée en matière de joint ventures [5].

III. Typologie du droit de la concurrence

Joint ventures coopératives et concentratives. Au regard du droit communautaire de la concurrence, la coopération interentreprise peut se concrétiser soit en dehors soit au sein d'une entreprise commune (EC).

L'EC représente une forme particulière, institutionalisée, de la coopération interentreprise. L'EC se définit comme une entreprise contrôlée en commun par d'autres entreprises, les entreprises fondatrices (la filiale commune constitue le cas typique). Une participation au capital ne constitue pas le seul moyen de contrôle possible. Il y a contrôle en commun lorsque les entreprises fondatrices doivent s'entendre sur les décisions concernant les activités de l'EC[6].

Une EC sera soit de nature *coopérative* soit de nature *concentrative*. En revanche une joint venture n'impliquant pas la création d'une EC sera nécessairement *coopérative*.

Ont un caractère coopératif les EC qui ne constituent pas une concentration (sur la notion d'EC concentrative, voir *infra* ch. VI)[7].

IV. Champ d'application des normes

Les joint ventures coopératives, *i.e.* les EC coopératives et les accords de coopération ne constituant pas des EC, sont exclues du champ d'application du règlement sur le contrôle des concentrations. Ces accords doivent être examinés au titre des articles 85 et 86 TCEE et leurs règlements d'application.

Les EC concentratives sont quant à elles en principe exclusivement soumises à un examen sur la base du règlement sur le contrôle des concentrations[8].

Les seuils quantitatifs d'intervention de même que les délais de liquidation des notifications rendent une procédure au titre du règlement 4064/89 nettement plus favorable qu'une procédure au titre des art. 85 ou 86 TCEE.

V. Art. 85 Traité CEE et droit dérivé

Sont interdits sur la base de l'art. 85 par. 1 les accords de coopération interentreprise suceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres lorsqu'ils ont pour objet ou pour effet de restreindre sensiblement la concurrence à l'intérieur du marché commun.

La Commission a précisé les conditions d'application de l'art. 85 aux accords de coopération dans un certain nombre de communications :

- communication de 1993 sur le traitement des entreprises communes à caractère coopératif[9];

- communication de 1968 concernant la coopération entre entreprises[10];

- communication de 1986 concernant les accords d'importance mineure[11].

1. La restriction de concurrence : critères d'appréciation

La restriction de concurrence se définit comme la restriction de l'alternative de la contrepartie de marché. Cet effet de marché doit nécessairement résulter d'une limitation de la liberté de concurrence («wettbewerbliche Handlungsfreiheit») d'au moins une partie à l'accord, elle même imputable à l'accord.

D'après la pratique administrative de la Commission, une restriction sensible de la concurrence est notamment improbable lorsque :

- le chiffre d'affaires total des partenaires est inférieur à 200 millions d'écus et que leur part de marché ne dépasse pas 5 % («*De minimis non curat praetor*»)[12];

- l'accord ne lie que des non-concurrents (concurrence actuelle et potentielle);

- l'objet de la coopération est neutre du point de vue de la concurrence (activités éloignées du marché);

- l'accord n'a pas pour effet d'évincer du marché les entreprises tierces (fournisseurs/ clients).

2. Exemption de l'accord[13]

L'interdiction édictée par l'art. 85 par. 1 n'est pas absolue. Le paragraphe 3 de cette disposition permet de déclarer l'interdiction inapplicable si les avantages résultant de l'accord en cause compensent les restrictions de concurrence (méthode du bilan économique global).

La Commission peut accorder les exemptions prévues à l'article 85 par. 3 en adoptant une décision individuelle ou en appliquant un règlement d'exemption par catégorie. L'objectif général des règlements d'exemption est d'accroître la sécurité juridique des opérateurs économiques et d'alléger la charge de travail de la Commission.

Les accords de coopération entrant dans le champ d'application d'un règlement d'exemption sans en remplir toutes les conditions ne sont pas nécessairement définitivement interdits. Ils peuvent encore être exemptés de l'interdiction par une décision individuelle de la Commission dans la mesure où ils remplissent les quatre conditions de l'article 85 par. 3 TCEE.

A ce jour, la Commission a adopté deux règlements d'exemption concernant spécifiquement la coopération interentreprise : le règlement 417/85 sur les accords de spécialisation[14] et le règlement 418/85 sur les accords de R&D[15]. Un amendement entré en vigueur le 1er avril 1993 a considérablement étendu leur champ d'application[16].

a) Le règlement sur les accords de spécialisation

Au sens du règlement, l'accord de spécialisation est un accord en vertu duquel chaque partie abandonne la fabrication de certains produits en faveur de l'autre ou s'engage à fabriquer ou à faire fabriquer ces produits en commun avec elle. En 1993, la Commission a étendu le règlement aux accords prévoyant également la commercialisation de produits faisant l'objet d'une spécialisation[17].

Le champ d'application du règlement est également limité par un critère quantitatif : le chiffre d'affaires total des participants ne doit pas dépasser 500 millions d'écus et leur part sur le marché de référence ne peut excéder 20 % dans la Communauté (lorsque la coopération s'étend à la commercialisation, les seuils sont de 1 milliard d'écus, respectivement 10 %)[18].

b) Le règlement sur les accords de R&D[19]

Le règlement saisit aussi bien les accords se limitant à la R&D que les accords prévoyant l'exploitation en commun des résultats (essentiellement production et licence des résultats aux tiers) et la distribution en commun des produits issus de la coopération en matière de R&D[20].

Tout comme le règlement sur les accords de spécialisation, le règlement 418/85 limite le bénéfice de l'exemption par catégorie d'après un critère quantitatif : lorsque deux au moins des parties sont des fabricants concurrents pour les produits suceptibles d'être améliorés ou remplacés par les produits visés au contrat , ils ne peuvent détenir une part de marché de plus de 20 % dans le marché commun. Le seuil est de 10 % lorsque les parties coopèrent également pour la distribution des produits[21].

3. Procédure[22]

Siège de la matière. Les règles procédurales concernant les art. 85 et 86 se trouvent dans le règlement No 17[23].

La notification des ententes à la Commission n'est pas obligatoire. Elle est toutefois une condition préalable à l'octroi d'une attestation négative ou d'une exemption. Même si elle remplit les conditions d'exemption individuelle de l'art. 85 par. 3, une entente sera frappée d'amende si elle n'a pas été notifiée[24]. En revanche, si elle satisfait aux conditions d'un règlement d'exemption par catégorie, elle bénéficie *ipso iure* de l'exemption et de ses avantages.

Avantages et inconvénients de la notification. La notification confère aux parties une plus grande sécurité ainsi qu'une immunité contre les amendes[25]. Elle entraîne en revanche la publication de l'accord au Journal officiel et les intéressés (essentiellement les concurrents !) sont invités à émettre leurs critiques.

Délais. Contrairement au règlement 4064/89, le règlement No 17 ne prescrit aucun délai pour la liquidation des notifications adressées à la

Commission. Le délai de 24 mois entre notification et décison finale[26] articulé en 1985 par la Commission en réponse à une question écrite fut encore très récemment largement dépassé : 30 mois pour une notification concernant une EC à caractère coopératif[27].

Sanctions. Les infractions aux art. 85 par. 1, 86 TCEE et au règlement 17 peuvent être frappées d'amendes particulièrement importantes. Le non-respect des décisions de la Commission est sanctionné par le paiement d'astreintes[28].

La décision de la Commission peut faire l'objet d'un recours au tribunal de première instance suivi d'un pourvoi à la Cour de justice.

VI. Règlement 4064/89

Entré en vigueur le 21 septembre 1990, le règlement s'applique exclusivement aux opérations de concentration (critère qualitatif) de dimension communautaire (critère quantitatif). La création d'une EC concentrative constitue une forme particulière de concentration à côté, par exemple, des fusions et prises de participation. La dimension communautaire de l'opération est déterminée par le chiffre d'affaires des parties sur le plan mondial et communautaire. Les seuils sont actuellement de 250 millions d'écus dans la Communauté et 5 milliards d'écus au niveau mondial.

1. L'EC concentrative : définition

Une EC sera considérée comme constituant une concentration si elle remplit les deux conditions prévues à l'article 3, paragraphe 2, deuxième alinéa du règlement : elle doit être une EC accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, et elle ne doit pas entraîner une coordination du comportement concurrentiel soit entre les entreprises fondatrices, soit entre celles-ci et l'entreprise commune[29].

Quant à l'exigence d'autonomie économique, la Commission distingue entre une autonomie fonctionnelle et une autonomie de nature décisionnelle. L'autonomie fonctionnelle suppose notamment que l'EC intervienne comme fournisseur et acheteur indépendant sur le marché sans dépendre de façon substantielle de ses entreprises fondatrices. Pour satisfaire à l'exigence d'autonomie décisionnelle l'EC doit être en mesure de mener sa propre politique commerciale.

La condition d'absence de coordination du comportement concurrentiel est en principe réalisée lorsque les entreprises fondatrices ne sont pas actives ou se retirent du marché de l'EC et des marchés voisins.

La délimitation entre EC coopérative remplissant toutes les fonctions d'une entreprise autonome et EC concentrative est en pratique délicate.

2. Procédure

La création d'une EC concentrative de dimension communautaire est subordonnée à la notification préalable de l'accord de base à la Commission. Celle-ci dispose alors d'un délai d'un mois pour donner son feu vert ou décider d'engager une procédure. Lorsqu'elle engage une procédure, la Commission dispose de quatre mois pour rendre sa décision d'autoriser ou d'interdire l'opération (art. 4, 6, 8 et 10 règl. 4064/89). Cette décision peut faire l'objet d'un recours judiciaire. Les art. 14 et 15 du règlement prévoient le paiement d'importantes amendes et astreintes en cas d'infractions.

Bien que relevant matériellement de l'art. 85 TCEE, les *restrictions accessoires, i.e.* les restrictions de concurrence qui sont directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration, bénéficient également de la procédure rapide du règlement 4064/89[30].

VII. Art. 86 Traité CEE

L'art. 86 s'applique typiquement à l'exploitation d'une situation de dépendance économique ou plus généralement à l'abus d'une position dominante : refus de vente, conditions commerciales inéquitables, discriminations de partenaires commerciaux etc. Dans sa décision Continental Can[31], la Cour de justice a consacré une interprétation extrêmement large de la notion d'abus de position dominante. Elle revient en pratique à prohiber tout comportement d'une ou plusieurs entreprises tendant à modifier la structure du marché au point d'éliminer substantiellement la concurrence. Ainsi, il est maintenant de jurisprudence constante que le comportement abusif n'a pas à être en lien de causalité avec la position dominante détenue sur le marché de référence[32].

1. Portée résiduelle de l'art. 86

Qu'il bénéficie d'une attestation négative, d'une exemption individuelle ou par catégorie sur la base de l'article 85 TCEE, un accord de coopération interentreprise (joint venture coopérative) n'est pas à l'abri d'une interdiction au titre de l'art. 86 TCEE[33]. Toutefois dans la mesure où l'accord remplit les conditions d'une exemption par catégorie, les conditions d'interdiction ne seront qu'exceptionnellement réunies[34]. L'art. 86 devrait également s'appliquer à la constitution d'une EC concentrative «extorquée» à un concurrent par une entreprise en position dominante[35].

2. Procédure

Les principes procéduraux applicables à l'art. 85 sont également valables pour l'art. 86 TCEE. Une demande d'attestation négative peut être adressée à la Commission[36].

VIII. Les initiatives Brittan

Le 7 décembre 1992, Sir Léon Brittan, alors vice-président de la Commission et commissaire à la concurrence, annonçait un certain nombre de modifications des règles de concurrence, notamment une révision du règlement 4064/89 et l'accelération des procédures concernant les joint ventures[37].

Révision du règlement 4064/89. Les organes compétents de la Communauté ont examiné au mois de juin l'éventualité d'une réduction des seuils quantitatifs au-delà desquels les opérations revêtent une dimension communautaire. Les seuils suggérés l'an dernier (2 milliards et 100 millions d'écus pour les chiffres d'affaires mondial et communautaire) suscitent de sérieuses réserves nationales. La Commission a donc annoncé à la fin du mois de juillet qu'elle renonçait à la révision du règlement qui aurait dû intervenir avant la fin de l'année. Elle devrait cependant procéder à un certain nombre d'améliorations sans aucun amendement du règlement à fin d'accroître la transparence et l'efficacité de ses procédures, notamment l'allègement des notifications impliquant des EC d'importance mineure[38]. Ces améliorations feront l'objet d'une communication de la Commission au dernier trimestre de l'année.

Accélération des procédures. L'action de la Commission procède d'une volonté de faire bénéficier les joint ventures coopératives d'une procédure aussi efficace que les EC concentratives. Depuis le 1er janvier 1993, dans les deux mois suivant la notification d'une joint venture, la Commission envoie soit une lettre administrative («comfort letter») approuvant l'opération, soit une «lettre d'avertissement» (nouvel instrument) signalant une présomption de problèmes sérieux et accompagnée d'une nouvelle échéance pour la décision finale de la Commission. Cette accélération procédurale devrait être formalisée par la suite par une modification du règlement No 17. Notons que la sécurité juridique offerte par les «comfort letters» est toute relative. Il semblerait par ailleurs que la procédure accélérée ne bénéficie pas aux joint ventures coopératives ne prévoyant pas la création d'une EC : en effet, cette procédure concerne uniquement les accords de coopération impliquant «d'importants changements structurels des entreprises participantes»[39].

---

1 M. Oertle, Das Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture) im schweizerischen Recht, Zurich 1990; K. Langefeld-Wirth (éditeur), Joint Ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr, Heidelberg 1990; L. O. Baptista et P. Durand-Barthez, Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international, 2e éd. Paris 1991; F. Dessemontet, Les droits de propriété intellectuelle dans les opérations de joint venture *in* FS zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Berne 1990, pp. 567-587.

2 K. Bleicher et R. Hermann, Joint-Venture-Management, Zurich 1991.

3 Depuis 1985, le droit communautaire connaît une forme propre de coopération interentreprise : le groupement européen d'intérêt économique (règlement No 2137/85 paru au J.O. No L 199 du 31.7.1985, p. 1); G. Mustaki, Le groupement européen d'intérêt économique *in* Bull. CEDIDAC No 17, mars 1992, pp. 1-13.

4 I. Bael et J.-F. Bellis, Droit de la concurrence de la communauté économique européenne, Bruxelles 1991.

5 En doctrine, voir J. H. Riggs et A. Giustini , Joint Ventures Under EEC Competition Law *in* The Business Lawyer, vol. 46, mai 1991, pp. 849-908; A. Lohse, Kartellfreie Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht, Cologne 1992.

6 H. Köhler, «Gemeinsame Kontrolle» von Unternehmen aufgrund von Minderheitsbeteiligungen im Europäischen Kartellrecht *in* EuZW 1992, pp. 634-639.

7 K. Kiethe et M. Schwab, Neue Interpretationsgrundsätze zur EG-rechtlichen Beurteilung von kooperativen Gemeinschaftsunternehmen ? *in* EuZW 1993, pp. 314-315; D. Scherf, Kooperative Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht *in* Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW), 1993, pp. 297-304; A. S. Pathak (critique), The EC Commission's Approach to Joint Ventures : A Policy of Contradictions *in* European Competition Law Review (ECLR) vol. 5, 1991, pp. 171-183.

8 Art. 22 par. 1 règlement 4064/89; D. Krimphove (critique), Europäische Fusionskontrolle, Cologne 1992, pp. 351-355.

9 J.O. No C 43 du 16.2.1993, p. 2 (cité communication de 1993); Commission's notice on co-operative JVs echoes US rule of reason *in* Business Law Brief, mars 1993, pp. 3-4; F.

L. Fine, EC Commission's Guidelines for Joint Ventures : In Search of a Cohesive Policy *in* International Business Lawyer 1992, pp. 351-355.

[10] J.O. No C 75 du 29.7.1968, p. 3, rectifiée par J.O. No C 84 du 28.8.1968, p. 14.

[11] J.O. No C 231 du 12.9.1986, p. 2 (cité communication de 1986).

[12] Communication de 1986, ch. 7; Maija Laurila, The De Minimis Doctrine in EEC Competition Law : Agreements of Minor Importance *in* ECLR vol. 14, 1993, pp. 97-104.

[13] P.-Ch. Müller-Graff, Die Freistellung vom Kartellverbot *in* Europarecht janvier-février 1992, pp. 1-40.

[14] J.O. No L 53 du 22.2.1985, p. 1.

[15] J.O. No L 53 du 22.2.1985, p. 5; pour un commentaire de ces deux règlements cf. G. Wiedemann, Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts, vol. I, Cologne 1989.

[16] Règlement No 151/93 paru au J.O. No L 21 du 29.1.1993, p. 8, étendant également les règl. d'exemption licence de brevet et licence de savoir-faire aux EC.

[17] art. 1 et 2 par. 1 règl. 417/85.

[18] art. 3 règl. 417/85.

[19] J. Ziegler, Die Zulässigkeit der Forschungskooperation im Kartellrecht der EG und der USA, Cologne 1991.

[20] Art. 1 règl. 418/85.

[21] Art. 3 règl. 418/85.

[22] Olivier Gast, Les procédures européennes du droit de la concurrence et de la franchise, Paris 1989, pp. 74-86.

[23] Règlement No 17 du Conseil du 6 février 1962 relatif à l'application des art. 85 et 86 du Traité, J.O. No 13 du 21.02.1962, p. 204 (le règl. a depuis fait l'objet de plusieurs modifications et compléments).

[24] Voir SA Musique Diffusion Française et autres c. Commission, affaires jointes 100 à 103/80, Rec. 1983, p. 1825, à p. 1902.

[25] Art. 15 par. 5 règl. 17; Bael/Bellis, *op. cit.*, pp. 667-669.

[26] La Commission délivre plus promptement ses «lettres administratives de classement» (comfort letters). Elles offrent cependant une sécurité juridique limitée (voir Bael/Bellis, *op. cit.*, pp. 664-667).

[27] Décision Eirpage, J.O. No L 306 du 7.11.1991, p. 22.

[28] Art. 15 et 16 règl. 17.

[29] Communication de la Commission concernant les opérations de concentration et de coopération au titre du règlement 4064/89, parue au J.O. No C 203 du 14.8.1990, p. 10; M. Siragusa et R. Subiotto, Le contrôle des opérations de concentration entre entreprises au niveau européen : une première analyse pratique *in* RTD eur. 28 (1) janv.-mars 1992, pp. 59-63; Commission, 21ème rapport sur la politique de concurrence 1991, Bruxelles 1992, pp. 397-401; W. Kleinmann, Die Anwendbarkeit der EG-Fusionskontrollverordnung auf Gemeinschaftsunternehmen *in* EuZW 1990, pp. 605-611.

[30] Communication de la Commission relative aux restrictions accessoires aux opérations de concentration, parue au J.O. No C 203 du 14.8.1990, p. 5.

[31] Arrêt du 21.2.1973, Rec. 1973, p. 215; critique de la «doctrine Continental Can» *in* Krimphove, *op. cit.*, pp. 195-198.

[32] Bael/Bellis, *op. cit.*, p. 503.

[33] Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire Tetra Pak I, Rec. 1990 II, pp. 354-364.

[34] Wiedemann, *op. cit.*, pp. 115-123 : cela résulte du lien matériel existant entre l'art. 85 par. 3 et l'art. 86, lien concrétisé dans les règlements d'exemption par des seuils particulièrement sévères en matière de parts de marché des partenaires.

[35] Krimphove, *op. cit.*, p. 355.

[36] Gast, *op. cit.*, pp. 78-79.

[37] Bulletin quotidien Europe du 9 décembre 1992, pp. 11-12 et Bulletin du 24 décembre 1992 pp. 9-10; compte rendu complet *in* Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1993, pp. 209-211.

[38] Bulletin quotidien Europe des 21 et 22 juin, pp. 15-16, des 26 et 27 juillet 1993, p. 4 et Bulletin du 29 juillet 1993, pp. 4-5; sur les réserves du directeur de la Task Force concentrations cf. EuZW 1993, pp. 107-108.

[39] Co-operative joint ventures *in* Common Market Law Reports (C.M.L.R.), Antitrust Reports, partie 3, mars 1993, p. 240; Fine, *op. cit.*, p. 353; Scherf, *op. cit.*, pp. 300-301; cf. ég. WuW 1993, p. 218.

JURISPRUDENCE

Garantie bancaire: qualification, appel en garantie et justification de la réalisation du cas de garantie

Faits:

Garantie bancaire émise en faveur d'un transporteur maritime sur ordre de l'expéditeur. La garantie doit couvrir le transporteur contre tout dommage ou prétention liés à un changement de destination ordonné par l'expéditeur. Invoquant abstraitement le dommage subi en raison du changement de destination (immobilisations du navire), le transporteur appelle la garantie. La banque garante refuse de donner suite à l'appel en l'absence de justification par le transporteur. Action en paiement du transporteur contre la banque.

Le texte de la garantie est le suivant :

"...en échange des instructions que vous donnerez au m.v. "Mariannina" /le navire du transporteur/ de se rendre à Douala pour décharger le fret transporté sous connaissement..., modifiant ainsi la destination originalement prévue du fret transporté par le vaisseau susmentionné, nous nous engageons par le présent à vous remettre le connaissement original et à vous couvrir, vous et chacun de vous, ainsi qu'à vous dédommager, vous et chacun de vous, pour toutes réclamations qui pourraient être présentées contre chacun de vous ou l'un de vous aux termes dudit connaissement ou n'importe quelle copie du lot dont elles font partie, ainsi que pour toutes pertes, frais (y compris des frais entre avocats et entre avocat et client), dommages et dépenses que vous ou l'un de vous subirait ou se verrait imposé (*sic*) en rapport direct ou indirect avec ladite modification de destination d'Abidjan à Douala".

Droit:

4. La défenderesse fait pour seul grief à la cour cantonale d'avoir admis la validité de l'appel en garantie en l'absence de justification par la défenderesse. Le sort de la cause dépend de la nature de l'engagement pris le 17 octobre 1980 par la défenderesse.

a) En vertu de la liberté contractuelle (art. 19 CO), une partie qui entend fournir une garantie, couvrir un cocontractant contre un risque ou partager ce risque avec lui n'est pas limitée au choix entre un cautionnement ou un porte-fort. Elle dispose d'autres possibilités d'engagement telles que la reprise de dette, la reconnaissance d'une dette future déterminable, la garantie «à première demande» ou encore une garantie proche ou similaire, qui est un contrat *sui generis* ou innommé (arrêt non publié C. et consort contre V. du 29 septembre 1987, consid. 2c et les références). Le choix de l'une ou l'autre qualification nécessite l'interprétation de l'engagement, à moins que son texte ne soit parfaitement clair. A défaut d'une volonté interne commune aux parties, le sens de leurs déclarations sera déterminé selon le principe de la confiance (ATF 117 III 78 consid. 6b, 113 II 437 s. consid. 2c, 111 II 279 consid. b et les références).

Le critère de distinction essentiel entre le cautionnement et les garanties indépendantes réside dans l'accessoriété, c'est-à-dire le lien de dépendance de l'engagement à l'égard de l'obligation du débiteur principal. Alors que, avec le cautionnement (art. 492 ss CO), le garant assure la solvabilité du débiteur ou l'exécution d'un contrat, par le biais de la garantie dite indépendante, il promet au créancier une prestation comme telle, indépendamment de l'obligation du tiers (arrêt Banque de Paris et des Pays-Bas (Suisse) S.A. contre Jadran Film du 25 juillet 1988, in SJ 110/1988 p. 552). Une garantie indépendante n'est cependant jamais totalement «dégagée» du contrat de base de sorte qu'une référence à ce dernier ne permet pas à elle seule de conclure toujours à l'existence d'un engagement accessoire. Le fait que la banque garante se soit engagée à payer «irrévocablement» ou «à première réquisition» ne constitue qu'un indice en faveur de l'existence d'une garantie indépendante, qui doit être renforcé par d'autres élements (ATF 117 III 78 s. consid. 6b et les références).

Dans le doute, les déclarations de garantie faites par des particuliers seront plutôt considérées comme des cautionnements alors qu'il conviendra d'admettre que l'on se trouve en présence d'une garantie indépendante lorsqu'elle est émise par un établissement bancaire dans le cadre d'un contrat international (ATF 117 III 78 s. cité, 113 II 438 consid. 2c et les références; Guggenheim, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, p. 149 s.; plus explicite, du même auteur, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2e éd. 1982, p. 185 s.).

b) La cour cantonale n'a pas dégagé la volonté réelle des parties de sorte qu'il y a lieu d'interpréter le texte du 17 octobre 1980. Le libellé de la garantie litigieuse ne permet pas de conclure, de manière univoque, à l'existence d'une garantie indépendante ou accessoire. L'obligation de paiement litigieuse est assumée par un institut bancaire. Elle a été prise dans le cadre d'un contrat international. Ces deux indices plaident en faveur d'un engagement autonome. Les parties l'admettent aussi dans leur mémoire. C'est donc à juste titre que la cour cantonale a qualifié de garantie bancaire indépendante l'engagement litigieux.

5. a) D'un point de vue fonctionnel ou, autrement dit, selon leurs modes de mise en oeuvre ou de réalisation, soit la manière dont le bénéficiaire peut obtenir le paiement de la somme garantie, les garanties bancaires peuvent être soit «à première demande», soit «documentaires», appelées aussi «conditionnelles» (Guggenheim, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, op.cit., p. 142; Dohm, Les garanties bancaires dans le commerce international, n. 32 et 41; Rossi, La garantie bancaire à première demande, thèse Fribourg 1989, n. 421 et 423).

aa) Lorsqu'une garantie bancaire à premiere demande («garantie de bonne exécution» ou «garantie de bonne fin»; «Leistungsgarantie» ou «Lieferungsgarantie»; «performance guarantee» ou «performance bond») a été délivrée, le garant doit honorer son engagement, sans égard à un éventuel litige relatif au contrat de base, aussitôt après l'appel du bénéficiaire (arrêt non publié Banque L. contre R. S.A. et consorts du 19 juillet 1990, consid. 2c et les références). La simple déclaration du bénéficiaire suffi pour que le garant ait à payer l'intégralité de la somme prévue (Rossi, op.cit., n. 424; Dohm, op.cit., n. 33; Guggenheim, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, op.cit., p. 142; Kleiner, Bankgarantie, 4e éd. 1990, n. 17.11).

Une garantie à «première demande» peut contenir une «clause d'effectivité» («Effektivklausel»), soit une clause indiquant par exemple que le paiement interviendra à première demande lorsque le dommage se produit. La

banque dans ce cas doit payer, d'une part, à la seule demande du benéficiaire et, d'autre part, le paiement est subordonné à la réalisation du cas de garantie (Dohm, op.cit., n. 85 et 200; Rossi, op. cit., n. 241 à 244). La question de savoir de quelles conditions dépend la validité de l'appel à la garantie par le bénéficiaire est controversée. Dohm est d'avis que le bénéficiaire devra joindre à sa réquisition de paiement une simple confirmation par laquelle il déclare, par exemple, que le dommage s'estproduit (op.cit., n. 200). Selon Kleiner, une simple affirmation du bénéficiaire ne suffit pas; l'état de fait de la garantie doit être prouvé et le garant pourrait requérir du bénéficiaire la production de documents probatoires (op.cit., n. 21.26). A l'étranger, où la question n'est pas non plus unanimement réglée, trois thèses s'affrontent. Selon la première, le bénéficiaire serait tenu d'apporter la preuve stricte de la réalisation du cas de garantie, pour la seconde, une preuve partielle serait suffisante, et d'après la dernière, le bénéficiaire devrait uniquement fournir le descriptif de ses griefs sans avoir à les prouver (Logoz, La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire, thèse Lausanne 1991, p. 109 et les références).

bb) A la différence de la garantie à «première demande», la garantie «documentaire» ou "conditionnelle" ne peut être mise en oeuvre que par la présentation par le bénéficiaire d'un ou de plusieurs documents mentionnés dans le contrat de garantie, comme par exemple une attestation du bénéficiaire selon laquelle l'exportateur n'a pas correctement exécuté les obligations lui incombant d'après le contrat de base, des certificats émis par des tiers indépendants dans lesquels le dommage subi par le bénéficiaire ou la réalisation des autres conditions auxquelles est liee la mise en oeuvre de la garantie est constaté, ou enfin, la production d'une décision d'un tribunal ou d'une instance arbitrale. Si les documents prévus ne sont pas présentés, la garantie n'est pas payée (Logoz, op.cit., p. 39 s.; Dohm, op.cit., n. 41; Guggenheim, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, op. cit., p. 142 et 148; Rossi, op.cit., n. 246; Kleiner, op. cit., n. 17.05, 17.08, 17.10, 21.04, 21.29).

b) D'un point de vue temporel, l'appel à la garantie a eu lieu en temps utile lorsqu'il est fait avant la date d'expiration de cette dernière. La production des documents éventuellement exigés dans le texte de la garantie doit également intervenir avant cette date (Dohm, op.cit., n. 193; Rossi, op.cit., n. 424; Kleiner, op.cit., n. 21.57; von Westphalen, Die Bankgarantien im internationalen Handelsverkehr, 2e éd. 1989, p. 119 et 155). Une prolongation peut être demandée par le bénéficiaire au garant qui devra infomer le donneur d'ordre et requérir son accord (Logoz, op.cit., p. 100).

c) Il découle de ce qui précède que la garantie litigieuse ne peut être qualifiée de garantie à première demande ni de garantie documentaire, les éléments permettant de la rattacher à l'une ou l'autre de ces institutions faisant défaut. Elle n'est ainsi pas une garantie à première demande pour le motif déjà que celle-ci devrait être payable indépendamment d'un éventuel litige alors que la garantie litigieuse réserve expressément la couverture des frais d'un hypothétique procès. Elle ne peut pas non plus être considérée comme une garantie de la seconde catégorie car elle ne fait pas mention des documents à la présentation desquels sa mise en oeuvre serait liée. L'engagement litigieux apparaît dès lors comme étant une garantie bancaire *sui generis*, dont les conditions découlent de la seule volonté des parties. En ce qui concerne la question litigieuse, soit celle de savoir si l'appel en garantie devait être accompagné de pièces justificatives permettant d'établir la réalisation du cas de garantie et du montant jusqu'à concurrence duquel la défenderesse devait intervenir, il ne ressort ni du libellé de la garantie ni du dossier qu'une telle obligation à la charge de la demanderesse aurait été convenue. Au surplus, les parties ayant réservé les frais d'un éventuel procès, le temps très court entre la délivrance de la garantie, le 17 octobre 1980, et son échéance, le 31 décembre de la même année, ne permettait manifestement pas de commencer et d'achever une procédure. Elles partaient donc bien de l'idée que le montant du dommage pourrait être établi ultérieurement. La prorogation de trois mois qui a été accordée ne change rien à cette considération.

TF, 1ère Cour civile, 13 avril 1993 (4C.24/ 1992), extraits

Note de jurisprudence
par François Logoz, avocat, Dr en droit

L'arrêt du Tribunal fédéral reproduit ci-dessus fait le panorama des principales garanties personnelles reconnues par le droit suisse. Il rappelle en outre l'importance que revêtent la rédaction de la garantie, le choix des termes utilisés et l'exposé clair des conditions de mise en oeuvre pour la compréhension et surtout la qualification du contrat conclu par les parties.

Dans ses considérants, le Tribunal fédéral confirme l'existence de deux types de sûretés personnelles innomées, la garantie bancaire à

première demande et la garantie documentaire. Il y ajoute une troisième catégorie, la garantie «*sui generis*».

Dans un arrêt non publié rendu le 29 septembre 1987, les Juges de Mon Repos avaient déjà distingué la garantie «à première demande» d'une garantie «proche ou similaire» qui constitue également un contrat *sui generis*. Ils n'avaient toutefois donné aucune autre définition de cet engagement pris dans le cas d'espèce par un particulier. L'arrêt reproduit ci-dessus n'est guère plus explicite. Le Tribunal fédéral indique seulement que la garantie «*sui generis*» est «proche ou similaire à la garantie à première demande». Il ajoute que «les conditions de cette garantie découlent de la seule volonté des parties». L'absence d'une définition claire de la garantie «*sui generis*» nous autorise à nous demander si cette troisième catégorie de garantie personnelle innomée n'est pas un trompe-l'oeil, surtout s'il s'agit d'un engagement bancaire.

Les maigres éléments de définition donnés par le Tribunal fédéral ne paraissent malheureusement pas suffisants pour distinguer la garantie «*sui generis*» de la garantie à première demande ou de la garantie documentaire. Les trois types de sûretés personnelles sont des contrats innomés dont les conditions de mise en oeuvre sont déterminées par la seule volonté des parties. La définition que donne le Tribunal fédéral pour la garantie «*sui generis*» s'applique ainsi également aux deux autres sûretés personnelles.

Le cas d'espèce n'est pas plus instructif. Il démontre l'ambiguité de la définition de cette troisième catégorie. Selon notre Haute Cour, l'engagement en cause ne peut être qualifié de garantie à première demande au motif qu'il réserve expressément la couverture des frais d'un hypothétique procès. Il n'est pas non plus assimilable à une garantie documentaire, car son texte ne fait pas mention des documents à la présentation desquels sa mise en oeuvre serait liée. Le Tribunal fédéral admet toutefois que les parties partaient de l'idée que le dommage pourrait être établi ultérieurement et que le bénéficiaire n'avait pas à produire de pièces pour établir sa prétention. Ainsi, dans le cas d'espèce, la demande de paiement du bénéficiaire suffisait à la mise en oeuvre de la garantie. Ne devait-on pas dès lors qualifier l'engagement en cause de garantie à première demande, malgré l'allusion faite aux frais de procès dans le texte de l'engagement ? Cette mention n'était-elle pas destinée à définir la couverture de la garantie, couverture examinée éventuellement dans le cadre de l'action récursoire que le donneur d'ordre aurait pu intenter contre le bénéficiaire ?

Enfin, d'une manière plus générale, il est douteux qu'une banque accepte de délivrer une garantie bancaire dont les conditions de mise en oeuvre ne revêtiraient pas l'aspect formel d'une garantie documentaire ou à première demande, mais qui érigerait le garant en arbitre. Faute d'une définition plus précise, nous considérons dès lors que la garantie «*sui generis*» est un trompe-l'oeil. Elle se confond avec les deux principales sûretés personnelles innomées, la garantie à première demande et la garantie documentaire.

L'arrêt reproduit ci-dessus souligne une fois de plus l'importance que revêt la rédaction de la garantie pour la qualification de l'engagement pris et la compréhension des conditions posées par les parties à la mise en oeuvre de cette sûreté.

En particulier, le texte de la garantie doit indiquer sans équivoque si les parties ont entendu conclure une garantie indépendante ou un cautionnement accessoire. La jurisprudence est à cet égard très abondante, tant en Suisse qu'à l'étranger. L'usage répété du terme «cautionnement», des références aux règles du cautionnement ou le renvoi à une obligation du débiteur principal sont des éléments qui plaident en faveur d'une sûreté accessoire. En revanche, l'engagement de payer à première demande, ou de ne payer que sur présentation de documents ou d'une déclaration écrite sont des indices de l'existence d'une garantie indépendante (Dohm, les garanties bancaires dans le commerce international, p. 61; Kleiner, Bankgarantie, 4e édition, n° 5.24, 5.41, 5.70; SJ 1991 p. 677; SJ 1986 p. 17 et les références citées). Le choix des termes est à cet égard primordial. Le rédacteur doit y être particulièrement attentif.

La rédaction de garanties alambiquées doit être écartée dans la mesure du possible. A de rares exceptions près, il est toujours possible de définir clairement l'étendue d'une garantie par les conditions posées à sa mise en oeuvre, conditions qu'il appartiendra au bénéficiaire seul de remplir (appel en garantie, déclaration d'inexécution contractuelle, mise en demeure etc.) ou avec l'aide de tiers (experts, autorités portuaires, banques, arbitre de référé etc.). Le choix des sûretés personnelles innomées se restreint dès lors à la garantie à première demande pour le paiement de laquelle l'appel à la garantie est l'unique condition posée et à la garantie documentaire pour l'exécution de laquelle le bénéficiaire devra produire en plus un ou plusieurs documents strictement définis.

Dans le cas d'espèce, une rédaction plus claire aurait sans doute permis d'éviter une longue procédure judiciaire, sauf à admettre que la banque cherchait délibérément à payer le plus tard possible. Il eût été préférable d'écrire clai-

rement que la garantie serait payée à première demande. Si tel n'était pas leur volonté, les parties auraient pu soumettre le paiement à la condition que le bénéficiaire produise un jugement ou une sentence arbitrale tranchant définitivement la question du dommage subi ou, à tout le moins, une attestation des autorités portuaires établissant la durée de l'immobilisation du bateau devant Douala, le coût journalier de cette immobilisation étant fixé forfaitairement dans la garantie ou ultérieurement par un expert ou par un arbitre.

Les parties doivent encore éviter de rédiger des garanties comportant une clause de réalisation effective telle que «paiement à première demande, si le dommage se produit» ou «paiement à première demande, si le vendeur n'exécute pas son obligation de livrer». De telles clauses sont ambiguës et ne se prêtent que rarement à une interprétation aisée, donc prévisible, des conditions posées au paiement de la garantie. C'est l'une des raisons pour lesquelles la doctrine est partagée quant à la portée qu'il convient de donner à ces clauses, tant en Suisse qu'à l'étranger : s'agit-il d'une condition objective au paiement dont la réalisation doit être établie (Kleiner, op. cit., n° 21.26; Horn, NJW 1980 p. 2156) ou la clause n'a-t-elle qu'une portée limitée (Dohm, op. cit, p. 103; Westphalen, die Bankgarantien im Internationalen Handelsverkehr, p. 98 ss; Canaris, Bankvertragsrecht, 3e éd., n° 1131; C. cass. française, 3e ch. civ. 20 juin 1989, Dalloz 1990 sc 195) ? Force est donc d'admettre que de telles rédactions portent en germe les procès à venir, alors précisément que l'un des buts d'une garantie est de les éviter ou d'en réduire le risque.

Le texte de la garantie est le plus souvent le résultat d'un compromis âprement discuté par les parties. Plus il sera clair et précis, moins sa mise en oeuvre fera l'objet de longues procédures. Il est dès lors préférable de ne pas laisser d'ambiguité planer sur la nature de l'engagement pris et ses conditions de mise en oeuvre.

Droit d'auteur - notion d'oeuvre radiodiffusée s'agissant d'un programme de télévision transmis par satellite - communication publique d'une oeuvre radiodiffusée (art. 12 al. 1 ch. 6 aLDA)

Faits :

Cable News Network Inc. (ci-après CNN) distribue à l'échelle internationale un programme de télévision conçu par elle intitulé "CNN International". Il est mis à la disposition des exploitants de réseaux câblés afin qu'ils en fassent bénéficier gratuitement l'ensemble de leurs abonnés, à l'exception notamment des hôtels 3 à 5 étoiles pour lesquels ce service est assuré moyennant finance.

La SAGC exploite l'hôtel "Noga Hilton" à Genève. Elle a refusé de payer quoi que ce soit pour la réception du programme précité. La société gérant le réseau câblé a alors brouillé ce programme. Par la suite, la SAGC a fait installer, sur le toit de l'hôtel, une antenne parabolique qui lui permet de capter le programme "CNN International" et de le diffuser par fil dans les 413 chambres du "Noga Hilton". Invoquant la violation de son droit d'auteur, CNN a ouvert action contre la SAGC.

Droit :

Le TF examine dans quelle mesure la défenderesse aurait violé les droits de la demanderesse dérivant de l'article 12 aLDA (RS 231.1).

2. *Notion de radiodiffusion (art. 12 al. 2 LDA) appliquée à une transmission par satellite.* La transmission du programme de CNN au moyen du satellite "Intelsat" constitue-t-elle une radiodiffusion au sens de l'article 12 al. 2 justifiant un examen exclusivement sous l'angle de l'article 12 al. 1 ch. 6 LDA ?

a) [...]

b) On distingue traditionnellement deux types de satellites : les satellites de télécommunication et les satellites de radiodiffusion directe. Alors que la réception des émissions des premiers exige des antennes d'une taille importante et hors de la portée financière des particuliers, les seconds transmettent des signaux destinés à la réception directe par le public au moyen d'antennes paraboliques relativement bon marché, d'un diamètre compris entre 60 et 90 cm.

La radiodiffusion par satellite de radiodiffusion directe est une radiodiffusion au sens de la Convention de Berne et, partant, de la LDA. Il s'agit là d'un principe fermement établi et non controversé (Stern, Rundfunk, Kabel und Satelliten, in : 100 Jahre URG, p. 205; Schricker, Urheberrechtliche Probleme des Kabelrundfunks, p. 73 avec d'autres références à la note de pied n. 123; Schricker/von Ungern-Sternberg, n. 25 ad par. 20 LDA all.; Dillenz, La protection juridique des oeuvres transmises par satellites de radiodiffusion directe in : Le droit d'auteur [DA] 1986, p. 346; Fabiani, Le droit d'auteur face à la radiodiffusion directe par satellite, in : DA 1988, p. 17; Abada, La transmission par satellite et la distribution par câble et le droit d'auteur, in : DA

1989, p. 309). Les satellites de télécommunication, en particulier les satellites d'"Intelsat", assurent des transmissions qui ne sont pas destinées à être reçues directement par le public en général; elles sont adressées à des intermédiaires (stations terrestres). Faute d'accessibilité au public, leurs émissions ne constituent pas une radiodiffusion au sens où l'entend le droit d'auteur.

Cependant, en raison des développements techniques récents, les différences que présentent les satellites de télécommunication par rapport aux satellites de radiodiffusion s'estompent progressivement. Il existe aujourd'hui une troisième catégorie de moyenne puissance dont les programmes sont destinés à être reçus et retransmis par des stations terriennes, mais qui sont également suceptibles d'être captés directement par le public au moyen d'antennes paraboliques à la portée financière d'un nombre important de particuliers (cf. E. Dahinden, Die rechtlichen Aspekte des Satellitenrundfunks, thèse Fribourg 1990, pp. 26 ss; Dietz, Urheberrecht und Satellitensendungen, in : Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht [UFITA] 108/1988, pp. 73-74; Bornkamm, Vom Detektorenempfänger zum Satellitenrundfunk, in : Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland, FS zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, vol. II, p. 1393, n. 72; Morgan de Rivery/Morgan de Rivery-Guillaud, in : Droit de l'informatique et des télécoms 1989/1, p. 23). L'évolution technologique justifie ainsi le réexamen de la notion de radiodiffusion du point de vue du droit d'auteur.

c) ***Les critères déterminants pour l'admission d'une radiodiffusion : les notions de destination et d'accessibilité du programme.*** A l'origine, le refus d'assimiler la diffusion des programmes par un satellite de télécommunication à une radiodiffusion était fondé sur le fait que les signaux émis par un tel satellite n'étaient pas destinés à la réception directe par le public, ni accessibles à celui-ci. En raison de l'évolution technologique susvisée, il convient aujourd'hui d'accorder la priorité au critère de l'accessibilité tout en réservant le critère de la destination (Dreier, Kabelweiterleitung und Urheberrecht, p. 17; Bornkamm, op. cit., p. 1393, n. 72; Dillenz, op. cit. p. 345; von Hartlieb, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 3e éd., n. 4; Dietz, op. cit., p. 81; Spoendlin, Der internationale Schutz des Urhebers, in : UFITA 107/1988, p. 1 ss, 39; Schricker/von Ungern-Sternberg, n. 23 ad § 20 LDA all.; Fromm/Nordemann/Vinck, n. 5 ad § 20 LDA all.). La réserve fondée sur le critère de la destination, qui passe ainsi au second plan, ne sert qu'à exclure de la notion de radiodiffusion une partie des informations accessibles au public, par exemple, les émissions des radios d'amateurs ou encore les communications téléphoniques, à supposer qu'il soit possible de les intercepter un jour à l'aide des mêmes installations que celles utilisées pour la réception des programmes de télévision (cf. Masouyé, Guide de la Convention de Berne publié par l'OMPI, p. 78, n. 6 in fine, et Fabiani, op. cit., p. 23, note de pied n. 45). *Constitue donc une radiodiffusion, au sens de l'art. 12 al. 2 LDA, l'envoi par satellite de signaux accessibles techniquement et financièrement au public en général et destinés à être reçus directement ou indirectement par lui.*

En l'espèce, les signaux émis par le satellite en question sont destinés indirectement au public en général et peuvent être captés au moyen d'une antenne parabolique à la portée financière d'un nombre important de personnes. Par conséquent, la violation alléguée par la demanderesse doit être examinée à la lumière du seul article 12 al. 1 ch. 6 LDA.

3. a) ***Distinction entre communication publique d'une oeuvre radiodiffusée et simple réception non soumise au régime du droit exclusif de l'auteur (art. 11 bis al. 1 ch. 2 CB, art. 12 al. 1 ch. 6 LDA). Les critères du nombre de raccordements et de l'extension spatiale du réseau.*** Dans sa jurisprudence, le TF a souligné que la nature publique d'une communication ne se juge pas sur le nombre de raccordements, mais sur l'extension géographique du réseau, de sorte que la notion de publicité ne comprend en tout cas pas l'antenne collective d'un immeuble plurifamilial ou d'un ensemble résidentiel (ATF 110 II 67 consid. 6a. Voir aussi ATF 107 II 71 consid. 5; Kummer, in : RJB 119/1983, pp. 223 ss; Troller, Immaterialgüterrecht, 3e éd., vol. II, p. 686). Cette manière de distinguer la communication publique de la simple réception a été reprise par l'article 22 al. 2 de la nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, même si selon sa lettre cette disposition utilise le critère du nombre de raccordements (voir Message du Conseil fédéral FF 1989 III 528 ad art. 21 du projet de loi).

b) L'antenne parabolique de la défenderesse dessert uniquement les 413 chambres du "Noga Hilton" comme le ferait une antenne collective pour les personnes habitant un immeuble plurifamilial. La diffusion du programme "CNN International" ne s'effectue que dans un seul bâtiment. Du point de vue du droit d'auteur, l'installation en cause a donc une fonction de réception et non d'émission. Partant, la défenderesse ne procède pas à une communication publique du programme radiodiffusé. Elle ne

saurait porter atteinte au droit d'auteur de la demanderesse (von Büren, Die Übermittlung urheberrechtlich geschützter Werke von hotelinternen Zentralen mittels Draht in die Hotelzimmer nach schweizerischem Urheberrecht, in : GRUR Int. 1986, p. 443; Freegard, Radiodiffusion directe par satellite : conséquences pour le droit d'auteur, in RIDA 135/1988, p. 63 ss, 109 note de pied n. 29; jugement du 14 février 1990 rendu par le Tribunal de Grande Instance de Paris et publié in : RIDA 145/1990, pp. 375 ss).

4. Au vu de ce qui précède, peut notamment demeurer indécise la question de savoir si le programme de la demanderesse constitue une oeuvre protégée par les normes régissant le droit d'auteur.

TF, 1ère Cour civile, 8 février 1993 (4C.213/1992), abrégé.

Note :

Cette jurisprudence du TF suscite, parmi d'autres, trois interrogations. A quel résultat aurait abouti l'application de l'art. 5 lit. c LCD (exploitation d'une prestation d'autrui) sur lequel le TF n'est pas entré en matière et dont le champ d'application par rapport à la nouvelle loi sur le droit d'auteur pose également problème (voir à ce sujet F. Perret, Les droits voisins, *in* Travaux d'étude sur la nouvelle loi sur le droit d'auteur et les droits voisins, à paraître dans la collection du CEDIDAC) ? L'application du critère de l'extension géographique du réseau pour déterminer le caractère public de la communication (consid. 3 de l'arrêt) est-elle justifiée en l'espèce en considération du caractère commercial de la diffusion et du nombre élevé de clients qui auraient pu solliciter le service (rappelons que la réception d'un programme TV dans un restaurant à 50 places vaut déjà communication publique) ? Quelle est la portée exacte de cette décision sur le secret postal s'agissant de communications transitant par un satellite (art. 36 al. 4 Cst. et droit dérivé de la portée constitutive de cette disposition, notamment art. 179 ss CP. Voir M. Lendi, Art. 36 *in* Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse vol. II, chiffres 24 à 29 et bibliographie citée en notes de pied de page; les particuliers titulaires d'une concession pour appareil récepteur sont également soumis au secret, voir U. Tonnemacher, Das Fernmeldegeheimnis in der Bundesrepublik Deutschland, Schweiz und Österreich, thèse Fribourg 1965, p. 39) ?

Signalons encore une décision française récente tranchant la question dans le même sens que l'arrêt du TF résumé ci-dessus : Cour de Paris (1ère Ch.), 10 janvier 1992, Sté Cable News Network Inc. et Sté CNN Int. Ltd *c.* Société hôtelière Novotel Paris Les Halles *in* Annales de la propriété industrielle artistique et littéraire, 1992 No 3, pp. 325-328.

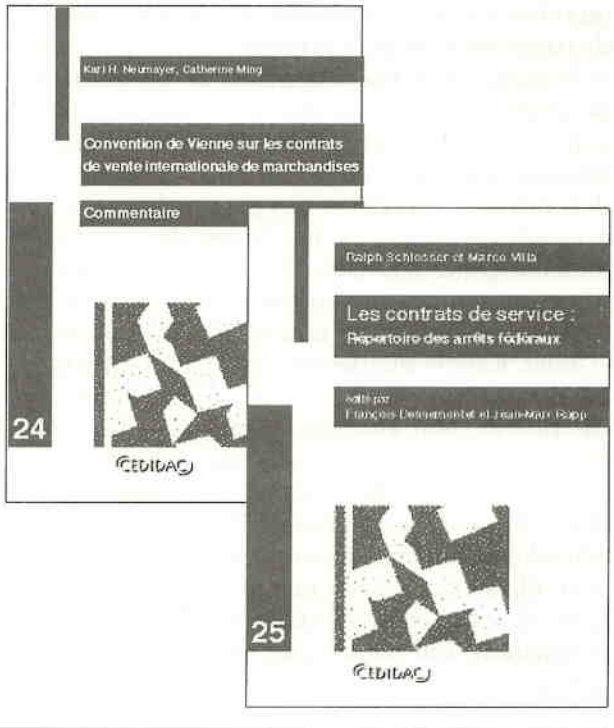
FORMATION CONTINUE ET PUBLICATIONS

Rappel : Une journée d'étude consacrée à la **nouvelle loi fédérale sur la protection des données** du 19 juin 1992 (LPD) aura lieu à Dorigny le 6 octobre 1993.

Renseignements et inscriptions auprès du CEDIDAC.

* * *

Les publications CEDIDAC No 24, Commentaire de la **Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises**, par le professseur K. H. Neumayer et Me C. Ming, et No 25, **Les contrats de service**, répertoire des arrêts fédéraux, par R. Schlosser et M. Villa, sont en voie d'achèvement. Leur publication devrait intervenir en

octobre-novembre 1993.

Les papillons détaillés et un bulletin de commande sont joints à ce Bulletin d'information. Ils peuvent aussi être demandés au secrétariat du CEDIDAC.