

Mathieu Blanc, rédacteur responsable
(email: Mathieu.Blanc@droit.unil.ch)
CEDIDAC, Université de Lausanne, BFSH 1, 1015 Dorigny
tél. 021 692 28 50, fax 021 692 28 55, email: cendidac@droit.unil.ch
ISSN 1021 - 7046

VERS UNE RECONNAISSANCE DES EFFETS *ERGA OMNES* DU *TRUST* EN SUISSE ?

Note sur l'arrêt du Tribunal fédéral 5C.169/2001
rendu le 19 novembre 2001 dans la cause *X. c. Etats-Unis*

Julien Perrin

licencié en droit, assistant au CEDIDAC

Introduction

Le Tribunal fédéral a jugé de la compatibilité d'un *constructive trust* avec le droit suisse, en particulier au niveau du droit préférentiel qu'il accorde à celui qui en bénéficie dans une procédure de poursuite engagée à l'encontre du *trustee*. Il s'agit d'un arrêt non publié au Recueil Officiel, rendu dans le cadre de l'affaire dite de l'*Irangate*. Cet arrêt porte sur une action en revendication, ouverte par les Etats-Unis, prétendant que des sommes ayant fait l'objet de séquestres étaient détenues pour leur bénéfice en vertu d'un *constructive trust*.

Après avoir résumé les faits de la cause et les considérants du Tribunal fédéral, nous nous arrêterons sur le concept de *constructive trust*, de manière à pouvoir aborder les conséquences de cet arrêt pour l'évolution juridique suisse, en particulier quant au droit international privé.

Résumé de l'arrêt

Les faits

Avocat à Genève, X. a assuré depuis 1986 la défense des intérêts de H. dans le cadre de l'affaire de l'*Irangate*. Réclamant des honoraires et des frais pour ses activités dans ce cadre pour une période allant de 1986 à 1994, il a obtenu des séquestres sur des comptes ouverts auprès de la banque Y. SA et de la société W. SA, dont H. avait été désigné comme ayant droit économique et sur lesquels il avait la signature. Par la suite, ces séquestres ont été transformés en saisies définitives.

Déclarant revendiquer les avoirs séquestrés, les Etats-Unis ont ouvert action en revendication, dans le délai de dix jours qui leur avait été assigné par l'Office des poursuites de Genève à cet effet. Par jugement du 14 septembre 2000, le Tribunal de première instance de Genève a partiellement accueilli les demandes des Etats-Unis. Par arrêt du 27 avril 2001, rendu sur appel de X. et appel incident des Etats-Unis, la Cour de justice du canton de Genève a donné droit à

toutes les prétentions des Etats-Unis.

Contre cet arrêt, X. exerce un recours de droit public et un recours en réforme au Tribunal fédéral.

Droit

1. (Recevabilité)
2. Dans le deuxième considérant de son arrêt, le Tribunal fédéral résume les faits sur lesquels la Cour de justice s'est basée pour rendre son arrêt.

De 1981 à 1984, le gouvernement américain, agissant par le biais de la CIA, avait fourni de l'aide à la rébellion au Nicaragua. En octobre 1984, le Congrès des Etats-Unis a interdit le soutien d'opérations militaires ou paramilitaires dans ce pays.

Malgré cette interdiction, le gouvernement a continué à soutenir la résistance au Nicaragua, notamment par le biais du lieutenant-colonel des marines N. Par ailleurs, N. a été appelé à négocier, malgré l'embargo, la vente d'armes à la République islamique d'Iran en vue d'obtenir la libération d'otages américains capturés à Beyrouth par le « Hezbollah ». Le Président des Etats-Unis, Ronald Reagan, a autorisé la CIA à ne pas informer le Congrès de cette action.

Pour les aspects financiers de l'opération, N., entouré d'un ressortissant américain d'origine libanaise et d'un major de l'armée de l'air américaine à la retraite, a mis en œuvre la société W. SA avec siège à Genève.

A la fin de l'année 1986, l'affaire de l'*Irangate* a éclaté, suite aux révélations d'un article de presse révélant que l'Iran avait reçu des armes des Etats-Unis, qui tentaient ainsi d'obtenir la libération des otages américains à Beyrouth. Le Congrès a désigné une commission d'enquête.

Après investigation, il est apparu que les actions d'aide à la rébellion au Nicaragua et la fourniture d'équipements militaires à l'Iran avaient été désignées par le nom de l'« Entreprise », dont H. s'est occupé essentiellement des aspects financiers et commerciaux. Grâce à plusieurs sociétés offshore et à plusieurs comptes ouverts

sous différents noms, dont celui de H., l'« Entreprise » a reçu en faveur de la rébellion au Nicaragua et pour les livraisons d'armes en Iran la somme de USD 47'967'653.26. En contrepartie, les dépenses de cette opération se sont élevées à USD 33'542'738.71.

Lorsqu'a éclaté l'affaire de l'*Irangate*, il manquait plus de USD 6'000'000.- aux fonds de l'« Entreprise ». Les investigations ont révélé que S. et H. avaient falsifié la comptabilité pour détourner à leur profit une partie des sommes encaissées grâce aux ventes d'armes.

Durant leurs auditions par les autorités américaines, S. et H. ont admis que l'ensemble des fonds qui avait transité par l'« Entreprise » appartenait aux Etats-Unis et qu'eux-mêmes n'avaient pas de prétentions sur ces actifs.

Le 8 novembre 1989, H. a signé avec le procureur spécial américain un *plea agreement* par lequel il reconnaissait sa culpabilité pour complicité de corruption de fonctionnaire américain, en contrepartie de l'abandon des autres charges envisagées à son encontre, ainsi qu'un *civil agreement*, par lequel il s'obligeait à coopérer entièrement pour permettre aux Etats-Unis de récupérer les avoirs de l'« Entreprise », sous réserve de USD 1'700'000.-.

3. Dans son troisième considérant, le Tribunal fédéral reprend la motivation juridique du jugement cantonal.

Selon ce dernier, H. a agi, en ce qui concerne la vente d'armes en Iran, en qualité d'*agent* des Etats-Unis. La prestation caractéristique devant être fournie par H. et ce dernier ayant son domicile aux Etats-Unis, les rapports entre lui et les Etats-Unis étaient soumis au **droit américain** en vertu des règles de conflits de lois antérieures à la LDIP applicables en l'espèce, vu l'entrée en vigueur de la LDIP le 1^{er} janvier 1989 (ATF 110 II 156, c. 2b), laquelle a repris la même solution (art. 117 al. 2 et al. 3 let. c LDIP).

Selon le droit américain, on est en présence ici d'un accord d'*agency*. L'*agent* ne doit pas se procurer de profit au détriment du *principal*. Si l'*agent* viole ses obligations

et ne restitue pas les actifs accumulés dans l'exécution de l'*agency*, ces actifs sont l'objet d'un *constructive trust*, le *principal* obtenant sur les biens un *equitable ownership*.

En l'espèce, il découle des circonstances que les Etats-Unis ont sur les avoirs de l'« Entreprise » un droit découlant d'un *constructive trust*.

4. Sur le reproche allégué par le recourant de la violation des règles du droit à la preuve tel que prévu par l'article 8 CC au motif que la juridiction cantonale s'est contentée d'un *affidavit* pour établir les faits, le Tribunal fédéral retient que la Cour de justice a examiné l'ensemble du dossier d'une manière qui satisfait aux exigences de l'article 8 CC, l'*affidavit* ne constituant qu'un élément parmi d'autres.
5. Sur le grief du recourant selon lequel la juridiction cantonale aurait violé les règles de conflit suisses en appliquant le droit américain, notre Haute Cour constate que, contrairement à la cession contractuelle de créances, la cession légale de créances est régie par le droit qui règle le rapport originaire entre l'ancien et le nouveau créancier. Or, le rapport originaire entre le recourant et les Etats-Unis est soumis au droit américain, de sorte que la Cour de justice n'a pas violé le droit international privé suisse en appliquant les règles du droit américain sur l'*agency*, dont il découlerait en l'espèce un *constructive trust* sur les fonds litigieux, permettant aux Etats-Unis d'en revendiquer la distraction dans la procédure d'exécution forcée dirigée contre H.

De surcroît, le Tribunal fédéral rejette l'argumentation du recourant selon laquelle la cour cantonale eût fait une mauvaise application du droit étranger en retenant une relation d'*agency*. Les fonds reçus sur les comptes de l'« Entreprise » l'étaient bien pour le compte des Etats-Unis, ce qui justifie le droit de distraction de ces derniers.

6. Le recourant soutient que la distinction à la base du *constructive trust*, à savoir la distinction entre *legal* et *equitable ownership*, serait contraire au principe du *numerus clausus* des droits réels en Suisse. Il conteste également que le *constructive trust* soit un *trust* au sens juridique du terme, les auteurs suisses ayant traité récemment de sa reconnaissance en Suisse renvoyant à la notion d'enrichissement illégitime. Toujours selon le recourant, dans la mesure où le *constructive trust* constituerait une source d'obligations comparable à l'enrichissement illégitime, il ne constituerait pas un droit préférable au sens de l'article 106 LP. De plus, le recourant considère qu'il serait choquant de mettre certains créanciers au bénéfice d'un droit préférable en recourant au droit étranger, alors que leur situation est très similaire à celle du fiduciaire auquel tout droit de distraction sur le patrimoine confié au fiduciaire est refusé par la jurisprudence.

En réponse à cette argumentation, le Tribunal fédéral rappelle le système des articles 106 ss LP, selon lequel les droits patrimoniaux dont le débiteur n'est pas titulaire ne peuvent en principe pas être réalisés au profit de ses créanciers. Ainsi, le tiers qui a sur le droit patrimonial litigieux un droit préférable pourra obtenir que ce droit soit soustrait à l'exécution forcée.

Alors que la cause du droit allégué par le tiers fera l'objet d'un examen préjudiciel selon le droit matériel qui s'y applique, la question de savoir si le droit revendiqué par le tiers exclut la saisie ressortit au droit interne suisse.

Selon l'avis de droit sur lequel la cour cantonale s'est fondée, la violation de l'*agency* par l'*agent* engendre un *constructive trust*. Selon cette construction, l'*agent* est obligé envers le *principal*, ce dernier bénéficiant de l'*equitable ownership* sur les biens objets de la violation. Un tel *constructive trust* est de nature réparatrice et peut

être imposé non pour mettre en œuvre une intention (ou volonté), mais pour corriger un enrichissement illégitime. Par conséquent, si H. a la propriété des fonds reçus dans l'exécution de l'*agency*, les Etats-Unis sont l'*equitable owner* de ceux-ci, ce qui leur permet d'engager une action en revendication contre H. et contre les établissements financiers qui détiennent les fonds en qualité de *sub-agents* de H.

Selon la doctrine suisse, le *constructive trust* ne constitue pas un *trust* au sens juridique du terme mais une mesure réparatrice, basée sur une décision judiciaire; il s'applique à des cas relevant normalement en droit continental de l'enrichissement illégitime. Cela ne signifie toutefois pas qu'il ne confère que des droits de nature personnelle à celui en faveur de qui il est établi; au contraire, ce dernier jouit d'un privilège par rapport aux créanciers communs du débiteur. Ainsi les biens dont le débiteur est déclaré *constructive trustee* cessent-ils de faire partie de son patrimoine et ne peuvent-ils plus bénéficier à ses créanciers. S'agissant des actifs constitués en un patrimoine distinct, objet du *constructive trust*, tout se passera comme dans n'importe quel *trust*.

Or, la doctrine suisse récente admet que le bénéficiaire d'un *trust* jouisse d'un *right in rem* sur les biens en *trust*, droit devant être qualifié, selon les conceptions du droit suisse, comme ayant une composante réelle permettant au bénéficiaire d'obtenir la distraction des biens en *trust* dans la procédure d'exécution dirigée contre le *trustee*. Le Tribunal fédéral poursuit en constatant qu'il est également admis que la reconnaissance d'un tel droit de distraction n'est pas incompatible avec l'ordre public suisse.

7. Ainsi, le Tribunal fédéral conclut que c'est à bon droit que la Cour de justice a admis les prétentions en revendication des Etats-Unis et rejette le recours.

Commentaire

La notion de *constructive trust*

Les pays de droit civil se contentent de donner à la personne lésée par la violation d'un contrat ou par un acte illicite une créance pécuniaire contre l'auteur du dommage; en revanche, le droit anglo-américain va plus loin, accordant parfois au lésé un droit *in rem* sur les profits illicites que l'auteur du dommage a tirés de sa faute. Cette construction est connue sous le nom de *constructive trust*, imposée par les principes d'*equity*.

Ainsi, lorsqu'un mandataire tire illicitement profit des biens qui lui sont confiés, il détiendra ce profit en *trust* en faveur de son mandant, qui obtiendra sur celui-ci un droit équitable. A la différence d'une créance, un tel droit est, de manière générale, opposable aux tiers. Le *constructive trust* se différencie d'un *express trust* par le fait qu'il est imposé au *constructive trustee* contre sa volonté, en tant que mesure réparatrice, alors que l'*express trust* est créé par un acte volontaire¹.

Comme dans tout *trust*, les biens en *trust* forment une masse séparée du patrimoine du *trustee*; comme le relèvent entre autres MM. THÉVENOZ et DANON, cette *Sondervermögen* échappe à la mainmise des créanciers personnels du *trustee* et n'est prise en compte ni dans son régime matrimonial ni dans sa succession².

Les nouveautés apportées par l'arrêt du 19 novembre 2001

Jusqu'alors, le Tribunal fédéral n'avait jamais eu à se prononcer sur le droit de distraction que confère le droit anglo-américain au bénéficiaire d'un *trust* dans la procédure d'exécution forcée du *trustee*. La cause *X. c. Etats-Unis* lui a donné l'occasion de prendre position sur la compatibilité d'un tel droit avec le *numerus clausus* des droits réels suisses et la réserve d'ordre public de l'article 17 LDIP.

Dans le cinquième considérant de son arrêt, notre Haute Cour rappelle que la cession légale, contrairement à la cession contractuelle, est régie par le droit qui règle le rapport originaire entre l'ancien et le nouveau créancier (art. 146 LDIP). Elle applique ainsi à ce problème le droit

américain, celui-ci régissant la relation d'*agency* entre H. et les Etats-Unis. De la violation de cette *agency* découle le *constructive trust* imposant à H. de détenir les avoirs litigieux en faveur des Etats-Unis et donc le droit de distraction de cet Etat dans la procédure de poursuite engagée par X. contre H.

Le recourant soutenait que la distinction entre *legal* et *equitable ownership*, à la base de tout *trust* et donc du droit de distraction du bénéficiaire, était contraire au principe du *numerus clausus* des droits réels et que les droits découlant d'un *constructive trust* ne sauraient donner naissance à un droit préférable au sens de l'article 106 LP, mais devraient être considérés comme des prétentions en enrichissement illégitime. Le Tribunal fédéral lui a répondu que la cause du droit allégué par les Etats-Unis doit être examinée par rapport au droit matériel de la relation de ces derniers avec H., à savoir le droit américain. Ce droit permet aux Etats-Unis d'engager une action en revendication contre les avoirs litigieux.

En outre, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas contraire au *numerus clausus* des droits réels ni à l'ordre public d'admettre un *right in rem*, même inconnu de l'ordre juridique helvétique, sur des avoirs qui se trouvaient en Suisse.

A notre avis, cette reconnaissance des effets d'un *trust* dans l'ordre juridique suisse mérite d'être approuvée. En effet, pour la première fois à notre connaissance, le Tribunal fédéral commence à lever le sentiment d'insécurité juridique qui régnait sur le *trust* depuis longtemps déjà et qui avait fait réagir nombre d'auteurs³.

Les différents arrêts rendus en matière de *trust* dénaturaient en effet cette institution en essayant de lui trouver un équivalent fonctionnel souvent bancal, la LDIP ne réglant pas spécifiquement sa situation et la Suisse n'ayant pas ratifié la Convention de La Haye.

Ainsi un *trust* a-t-il été qualifié, avant l'entrée en vigueur de la LDIP, de contrat *sui generis* relevant de l'acte fiduciaire, de la promesse de donner, de la donation pour cause de mort et de la stipulation pour autrui⁴.

Après l'entrée en vigueur de la LDIP, certaines décisions ont qualifié le *trust* de patrimoine organisé au sens de l'article 150 LDIP, sous

réserve d'une organisation suffisante⁵. Toutefois aucune juridiction ne s'était prononcée sur la validité de la composante réelle des droits des bénéficiaires au regard du droit suisse, à notre connaissance du moins.

Le Tribunal fédéral a enfin tranché cette question, suivant en cela la doctrine⁶, laquelle estimait déjà que le caractère *in rem* des droits des bénéficiaires n'était pas contraire à l'ordre public suisse au sens de l'article 17 LDIP. Cette solution s'applique même pour un *constructive trust*, que les juges de Mon-Repos n'ont pas voulu faire entrer dans la catégorie de patrimoine organisé.

A fortiori, cette solution sera également appliquée en matière de *trusts* dont l'organisation serait suffisante pour entrer dans le champ d'application des articles 150 ss LDIP et s'étendre ainsi à la plupart – si ce n'est à la totalité – des *trusts*.

Conclusion

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a clairement reconnu le caractère réel des droits des bénéficiaires d'un *constructive trust*, précisant qu'il n'était pas contraire à l'ordre public suisse. Dès lors, il n'existe aucun obstacle à ce que soit accepté ce caractère *in rem* pour tous les *trusts* valablement constitués.

Notes :

- ¹ Paul TODD & Sarah WILSON, *Textbook on Trusts*, 6^{ème} édition, Oxford 2003, p. 69 et Alastair HUDSON, *Equity & Trusts*, 3^{ème} édition, Londres, Sydney, Portland 2003, pp. 345 ss.
- ² À ce sujet, voir l'article 2 alinéa 2 lettre a de la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance ; Luc THÉVENOZ, *Trusts en Suisse : Adhésion à la Convention de la Haye sur les trusts et la codification de la fiducie*, Zurich 2001, pp. 25-26, ainsi que Robert J. DANON, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, Zurich, Bâle, Genève, Bruxelles, Vienne 2004, p. 18.
- ³ Voir, parmi d'autres, Claude REYMOND, *Le Trust et l'ordre juridique suisse*, Note de jurisprudence à propos de l'arrêt Harrison, in JT 1971 I 322.
- ⁴ ATF 96 II 79 = JT 1971 I 329, Harrison.
- ⁵ Tribunal fédéral in SJ 2000 I 269 ; diverses instances zurichoises in ZR 1999 (98), p. 225 n° 52.
- ⁶ Peter ZOBL, *Treuhand und Trust im schweizerischen Recht – Aktuelle Probleme*, in Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Berne 1995, pp. 120 ss (126) ; Beat BARTHOLD, *Aussonderung von Treugut im schweizerischen Partikular Konkurs*, thèse Bâle 1997, p. 176.

JURISPRUDENCE RECENTE

LA PHOTOGRAPHIE: OEUVRE PROTEGEE PAR LE DROIT D'AUTEUR ?

Un arrêt du Tribunal fédéral, dont certains considérants sont reproduits ci-dessous en traduction, précise la notion d'œuvre au sens du droit d'auteur. Il s'agit en substance de déterminer si une photo de Bob Marley prise au cours d'un concert remplit les exigences posées par la loi fédérale sur le droit d'auteur (LDA). Pour que la protection lui soit accordée, il faut qu'il s'agisse d'une création de l'esprit dans le domaine littéraire ou artistique, et qu'elle possède un caractère individuel.

Faits

A.
Le chanteur jamaïcain Bob Marley était un chanteur de musique Reggae connu mondialement. En 1978, il donna un concert en plein air avec son groupe à Santa Barbara, en Californie. Le photographe suisse X se rendit à ce concert et pris plusieurs photos à cette occasion.

Une de ces photos en noir et blanc montre Bob Marley de son côté gauche, avec un arrière-plan flou. Seule la partie supérieure du corps du chanteur est visible; dans sa main gauche il tient un micro près de sa bouche ouverte. La coiffure de Bob Marley est particulièrement frappante: ses cheveux remplissent environ un quart de la photo. Les longs cheveux noirs sont coiffés en nombreuses mèches (boucles Rasta) qui, en raison d'un rapide mouvement de la tête, décollent et se disposent en cercle autour de sa tête et font ainsi penser aux racines d'un arbre. Une de ces mèches se trouve à la hauteur des yeux à l'horizontale, et jette une ombre noire relativement large qui va de l'oreille jusqu'à la pointe du nez sur le visage de couleur relativement claire du chanteur.

Cette photographie fut remise à Keystone Press AG et archivée dans sa filiale de Londres.

Après que la filiale londonienne fut reprise par The Hulton Deutsch Collection, la photo fut cédée à Y AG, dont le siège se trouve dans le canton de Zurich, afin d'établir des posters sur la base de la photo.

B.

En septembre 2000, X déposa une demande devant le Tribunal supérieur de Zurich contre Y avec différentes conclusions basées sur le droit d'auteur.

La défenderesse demanda le rejet de la plainte. A cette fin, elle souleva plusieurs objections et exceptions, dont celle de prescription.

Par jugement du 13 mars 2003, le Tribunal supérieur rejeta la demande. Dans ses considérants, il refusa tout d'abord l'exception de prescription. Pour le reste, il suivit les arguments juridiques de la défenderesse et aboutit à la conclusion que la photo du demandeur ne revêtait pas la qualité d'œuvre au sens de l'art. 2 de la LDA.

C.

Le demandeur fait appel de cette décision devant le Tribunal fédéral, conclut à l'annulation du jugement et au renvoi de l'affaire au Tribunal supérieur pour qu'il statue à nouveau. La demanderesse conclut au rejet de l'appel.

Le Tribunal fédéral admet partiellement l'appel, annule le jugement attaqué et renvoie l'affaire à la juridiction précédente pour nouveau jugement.

EXTRAIT DES CONSIDÉRANTS

4.

Aux termes de l'art. 2 de la LDA on entend par œuvre, quelles qu'en soient la valeur ou la destination, toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel (al.1). Selon la loi, sont notamment de telles œuvres les œuvres photographiques, cinématographiques et les autres œuvres visuelles ou audiovisuelles (al. 2 lit.g).

Le Message du Conseil fédéral du 19 juin 1989 concernant la révision de la LDA (FF 1989 III 477ss, 520ss) indique que, au cours des travaux d'élaboration de la loi, la notion d'œuvre a d'abord été étendue à toutes les créations de l'esprit possédant un caractère individuel. Par la suite, eu égard aux critiques émises au cours de la procédure de consultation, la notion s'est

trouvée limitée aux seules créations dans le domaine de l'art et de la littérature. Le Message constate ensuite que la définition s'appuie sur les critères de délimitation définis par la doctrine et la jurisprudence suisse et qu'ainsi, en comparaison avec l'ancienne loi, le champ d'application du droit d'auteur n'a pas été modifié (dans le même sens, voir le jugement du TF 4C. 448/1997 du 25 août 1998 cons. 3, reproduit in sic!, 1999, p.119ss; Barrelet/Egloff, le nouveau droit d'auteur, 2^{ème} éd, Berne 2000 N1 et 2 *ad art.2*).

4.1 Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral antérieure à la nouvelle LDA, la notion d'œuvre protégée par le droit d'auteur était définie comme la création de «quelque chose d'original ayant son cachet propre et constituant le produit d'une idée personnelle»; la conception de cette œuvre était «l'expression d'une idée, une élaboration de l'esprit nouvelle et originale, ou la matérialisation d'une pensée, matérialisation nécessitant une idée individuelle, une création de l'esprit» (ATF 106 II 71 cons. 2a, résumé au JdT 1980 I 263; ATF 75 II 355 cons. 2a p. 359s, et les références citées, traduit au JdT 1950 I 497).

Il convient encore de rappeler que l'aspect esthétique et l'importance de l'œuvre ne sont pas des critères de jugement à prendre en considération (ATF 110 IV 102 cons. 2, résumé au JdT 1985 I 209; 106 II 71 cons. 2a; 75 II 355 cons. 2a p. 360). Des arrêts récents indiquent qu'il ne faut pas toujours poser les mêmes hautes exigences pour la mesure de l'effort intellectuel, soit pour les critères d'individualité ou d'originalité; le caractère individuel qui est exigé dépend bien plutôt de la liberté de création dont jouit l'auteur; si la nature de l'objet ne lui laisse que peu de marge de manœuvre, la protection du droit d'auteur sera accordée même s'il n'y a qu'un faible degré d'activité créatrice (ATF 113 II 190 cons. 2a p. 196 avec citations, traduit au JdT 1988 I 300; ATF 117 II 466 cons. 2a p. 468, traduit au JdT 1992 I 387).

4.2 L'apparition du mouvement de l'art moderne donna l'occasion de remettre en question la définition d'œuvre protégée par le droit d'auteur que proposait la jurisprudence et la doctrine. La critique portait particulièrement sur l'exigence de «création originale», respectivement de «caractère personnel» et sur la prise en considération des

circonstances entourant la création de l'œuvre. La discussion fut stimulée par le Professeur Max Kummer qui, dans son ouvrage «*Das urheberrechtlich schützbares Werk*» paru en 1968, défendit l'opinion que la protection accordée par le droit d'auteur doit dépendre du critère de l'individualité de l'œuvre, désigné comme celui de l'«unicité statistique» (p. 38 et 80), par rapport à tout ce qui existe déjà. La doctrine suisse, et en partie la doctrine étrangère, se sont rattachées à cette opinion (voir A. Troller, *Die Bedeutung der statistischen Einmaligkeit im urheberrechtlichen Denken, in Recht und Wirtschaft heute*, Mélanges Kummer, Berne 1980, p. 268ss; E. Heim, *Die statistische Einmaligkeit im Urheberrecht de lege lata und de lege ferenda*, Thèse Fribourg 1971, p.28ss, K. Schmidt, *Urheberrechtlicher Werkbegriff und Gegenwartskunst - Krise oder Bewährung eines gesetzlichen Konzepts?* – UFITA 77/1976, p. 1ss, p. 22ss).

4.3 La notion d'unicité statistique a également trouvé un écho favorable dans la jurisprudence cantonale, en particulier dans l'appréciation de la qualité d'œuvre pour des photos. Ainsi, le Tribunal supérieur du Canton de Zurich a refusé en 1983 d'accorder la protection du droit d'auteur à une photographie représentant un homme légèrement penché en avant, s'appuyant sur une table et tenant dans la main un document. Selon le Tribunal, il manquait à cette prise de vue l'unicité statistique. En effet, il n'y avait dans le visage de l'homme ou dans son attitude rien qui donnât une impression particulière. Le cadrage de la photo et ses proportions étaient communes, l'angle pour la prise de vue normal; de même il n'existait aucun effet particulier de lumière ou de composition dans les couleurs (jugement du 30 juin 1983; reproduit in RSPI 1985, p.221ss).

Inversement, en se basant sur ce même critère de l'unicité statistique, un arrêt saint-gallois accepta de conférer la protection du droit d'auteur à une photographie. D'après ce jugement, l'unicité statistique d'une photo doit se déterminer à l'aide d'éléments créatifs comme un éclairage spécifique, des contrastes, la profondeur de champ, le choix des motifs, la direction de la lumière, le choix du cadrage ou de la perspective, le choix ou la composition des objets représentés ou le rapport entre les contrastes de la lumière. Dans le cas d'espèce, le Tribunal cantonal

motiva sa décision en précisant que les rapports de lumière et les contrastes, en particulier la profondeur de champ laissaient apparaître de façon évidente qu'il ne s'agissait pas simplement d'un instantané (*Schnappschuss*) ou d'un banal cliché mécanique, mais bien d'une volonté créatrice de la photographe qui était exprimée dans le cliché (jugement du Tribunal cantonal de Saint-Gall du 24 novembre 1999, reproduit *in sic!* 2000, p. 188ss).

4.4 Le critère d'unicité statistique fut également utilisé par le Tribunal fédéral dans des arrêts de 1987 et 1993. Dans ceux-ci, il releva que les concepts d'originalité et d'individualité ou d'unicité statistique devaient être considérés comme des éléments essentiels de l'œuvre protégée (Arrêt C 273/1986 du 26 janvier 1987 cons. 2, reproduit *in RSPI* 1989 I 68ss).

On trouve également de pareilles formulations, toutefois sans la mention expresse d'«unicité statistique», dans d'autres arrêts du Tribunal fédéral, que ce soit sous l'empire de l'ancienne ou de la nouvelle LDA (voir ATF 125 III 328 cons. 4b, p. 331; Arrêt 4C. 86/2000 du 13 juin 2000 cons. 3c/bb, reproduit *in sic!* 2001, p. 729). Il convient de noter que si, dans les deux derniers arrêts cités, le concept de l'originalité est utilisé, la définition légale retenue dans la loi révisée fait dépendre la protection exclusivement du caractère individuel de l'œuvre et, en ce sens rejoint la conception de Kummer.

L'originalité dans le sens du caractère personnel conféré par l'auteur n'est plus nécessaire selon la nouvelle loi. En outre, celle-ci exige maintenant que le caractère individuel s'exprime dans l'œuvre même (FF 1989 III p.521). Le critère décisif est ainsi l'individualité de l'œuvre et non l'individualité de l'auteur (Schmidt, *op. cit.*, p. 10 et 22). En ce sens, l'extrait du Message cité précédemment (cons.4) selon lequel les critères décisifs pour accorder la protection à une œuvre reposent sur les critères développés dans l'ancienne jurisprudence du TF mérite d'être relativisé.

4.5 En sus du caractère individuel, le critère essentiel que doit revêtir l'œuvre pour être protégée par le droit d'auteur est l'existence d'une création de l'esprit dans le domaine littéraire ou artistique. En tant que création de l'esprit, l'œuvre

doit reposer sur la volonté humaine; elle doit être l'expression d'une manifestation de pensée (FF 1989 III p. 521). S'agissant de la photographie, cette exigence est problématique dans la mesure où la composante mécanique apportée par l'appareil photo à la production et à l'individualisation de l'œuvre peut dépasser la composante humaine. C'est pourquoi la photographie pose de nombreux problèmes dans le cadre du droit d'auteur. Max Kummer a ainsi proposé, sans succès, la création d'un droit particulier pour la photographie (*op. cit.* p. 210; de même, Haenni, le photographe et ses droits d'auteur, p. 10). Inversement, d'autres auteurs estiment que la propriété de la photo, qui est de fixer mécaniquement une image de la réalité (voir la formulation de Kummer, *op. cit.* p. 208) ne va pas à l'encontre de l'application des règles sur le droit d'auteur, celles-ci mentionnant même expressément les photographies comme œuvres protégées à l'art. 2 al. 2 lit. g.

Selon Aloïs Troller il existe dans la photographie des possibilités de création, de réalisation qui peuvent conduire à une représentation individuelle et protégeable. Toujours selon lui, l'élément décisif est l'unicité statistique de la réalisation de la photo et non l'existence d'un événement ou d'une chose. D'après le droit suisse, ce qui est dit-il fréquemment négligé, seules les œuvres individuelles de la photographie sont protégées et non pas les simples photographies que d'autres réussissent à faire de la même manière (*Immaterialgüterrecht*, vol. 1, 3^{ème} éd., Bâle 1983, p. 387). Des opinions semblables se trouvent également chez d'autres auteurs. Il y a dans la littérature consensus, d'une part, sur le fait que de banales photos sont exclues de la protection et, d'autre part, qu'il convient d'accorder la possibilité de protéger la photo lorsqu'elle possède un caractère individuel dans sa création, par exemple par le choix de l'objet représenté, le cadrage de la photo, le moment du déclenchement de la photo, ou l'utilisation d'un certain objectif, d'un filtre ou d'un film particulier, ou encore par le réglage, la mise au point de la netteté et de l'exposition du cliché ainsi que par le traitement du négatif (Barrelet/Egloff, *le nouveau droit d'auteur*, 2^{ème} éd., Berne 2000, N°19 ad art. 2; von Büren, *in*: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1, Bâle 1995, p. 109 s.; Reh binder, *Schweizerisches Urheberrecht*,

3^{ème} éd., Berne 2000, p. 98 s.; Ackermann/Buri, *Der Fotografenvertrag als Konsumentgeschäft*, in: recht 1998, p. 144 ss., p.152 s.; Hug Kettmeir, *Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht*, UFITA 136/1998, p. 151 ss., p. 161 s.; Macciachini, *Urheberrecht vs. Meinungsfreiheit am Beispiel der Fotografie*, in: *Medialex* 2002, p. 24 ss., p. 27; Kamen Troller, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, volume 1, 2^{ème} éd., Bâle 1996, p. 293).

En outre, la doctrine relève à juste titre que le fait de désigner la photo comme un instantané, pour autant que l'on fasse référence à la description du moyen technique, n'exprime rien sur son caractère protégeable au regard de la LDA (von Büren, p. 110); sinon toute image photographique d'un objet se déplaçant rapidement serait exclue de la protection du droit d'auteur. En outre, la préparation du point de vue des idées d'un instantané dans le sens d'une préparation mentale ou le choix réfléchi d'une photographie parmi une série d'instantanés représente un effort intellectuel et, partant, pour autant que cela se voit dans l'œuvre, confère la protection du droit d'auteur.

5.1 L'instance précédente est arrivée à la conclusion que le demandeur n'avait pas mis en œuvre des moyens uniques de création photographique. D'après elle, pour obtenir un tel résultat il n'y a eu besoin que des manoeuvres de préparation d'un photographe entraîné. En cela, l'instance précédente n'a pris en considération que l'une des nombreuses possibilités évoquées dans les considérants précédents afin d'accorder à la photographie son caractère individuel. La question de savoir quels moyens techniques ont été mis en œuvre pour obtenir la photo ne peut constituer à elle seule le critère décisif.

L'essentiel est que le résultat atteint remplisse la condition de l'expression d'une idée à caractère individuel. Il n'y a pas d'autre exigence, même si dans la doctrine les possibilités de création grâce aux moyens techniques de photographie ont été exemplifiés (ci-dessus cons. 4.5). L'utilisation d'une technique particulière ne conduit pas automatiquement à la protection du droit d'auteur. Inversement, une photographie n'est en principe pas exclue du champ de protection du simple fait qu'aucun moyen particulier de technique photographique n'ait été employé, comme dans

l'exemple de l'instantané déjà évoqué. Le fait qu'il n'était pas possible pour le demandeur en tant que simple spectateur et auditeur du concert de Bob Marley de préparer une mise en scène particulière pour les prises photographiques ne peut pas être retenu à son désavantage. L'instance précédente pose des exigences trop élevées, quand elle exige que le demandeur aurait dû planifier l'instantané de telle façon que, grâce à cela, la photo eût été considérée comme création de l'esprit avec caractère individuel. Cette opinion contredit le principe selon lequel l'œuvre est à juger pour elle seule, indépendamment des circonstances entourant sa création (FF 1989 III p. 521). En outre, l'existence d'une telle planification serait rarement visible sur la photo. Pour résumer, il convient de constater que le Tribunal supérieur lors de l'appréciation de la qualité d'œuvre s'est appuyé sur des principes qui contredisent ceux du Tribunal fédéral.

5.2 Inversement, le raisonnement du Tribunal supérieur sera suivi sur d'autres points. Il constate que la photographie de Bob Marley est plaisante, intéressante et évoque la position particulière du chanteur, ainsi que, avant tout, les boucles rastas «volantes», ses formes qui rappellent une statue et qui prennent un relief particulier grâce à l'ombre, qui jette sur le visage une tresse volante horizontale. Ainsi le Tribunal supérieur a mis en relief lui-même les points essentiels qui confèrent son caractère individuel à la photo du demandeur. Il faut encore ajouter que l'ordre des différents éléments composant la photo, leur emplacement, ainsi que la division entre la lumière et l'ombre apportent un caractère individuel à la photo.

Enfin il convient de relever aussi qu'est remplie la condition de protection de l'action d'une volonté créatrice. Ceci se manifeste dans le choix du cadrage de la photo et le choix de l'instant du déclenchement du cliché pendant une certaine phase de mouvement du chanteur. Pour ces raisons, la photographie du demandeur doit être considérée comme une œuvre protégeable par le droit d'auteur, comme une création de l'esprit dans le domaine de l'art avec un caractère individuel au sens de l'art. 2 LDA. Le jugement attaqué qui arrive au résultat inverse sera donc annulé.

*Arrêt du Tribunal fédéral 4C. 117/2003,
du 5 septembre 2003, 1ère cour civile, trad. MB*

Prochaines journées d'étude du CEDIDAC

MERCREDI 12 MAI 2004

INTERNET AU LIEU DE TRAVAIL

Bâtiment de pharmacie, auditoire C

Cette journée porte sur les aspects juridiques et pratiques de l'usage d'Internet sur le lieu de travail. Les aspects de droit du travail, de droit pénal et de protection des données, ainsi que la pratique des entreprises seront abordés.

- 8 h 30 Accueil des participants
- 9 h 00 **Introduction générale**
par M. François DESSEMONTET, professeur aux Universités de Lausanne et Fribourg
- 9 h 15 **La relation de travail : présentation générale des questions liées à l'usage d'Internet**
par M. Jean-Philippe DUNAND, professeur à l'Université de Neuchâtel
- 10 h 00 **La relation de travail : quelques questions pratiques liées à l'usage d'Internet**
par Me Olivier SUBILIA, dr en droit, avocat à Lausanne
- 10 h 45 Pause
- 11 h 00 **La politique des entreprises**
par M. Jean-Marc PASCHE, directeur des systèmes de ressources humaines, Philip Morris, Lausanne
- *****
- 12 h 15 Repas
- *****
- 14 h 00 **La protection des données**
par M. Bertil COTTIER, dr en droit, directeur a.i. de l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne
- 15 h 00 **Le droit pénal**
par M. Daniel STOLL, dr en droit, substitut du Procureur général, Lausanne
- 15 h 45 Pause
- 16 h 00 **Débat général**
- 17 h env. Fin de la journée

MERCREDI 6 OCTOBRE 2004

COOPERATION ET FUSION D'ENTREPRISES

Le but de cette journée est de présenter la coopération entre entreprises, et sa forme la plus aboutie, à savoir la fusion, sous l'angle du droit de la concurrence et du droit privé mais également à l'aide de cas pratiques. Cette journée évite la répétition de thèmes évoqués lors d'autres journées consacrées à la fusion.

- 8 h 30 Accueil des participants
- 9 h 00 **Introduction générale**
par Me Henry PETER, avocat, professeur à l'Université de Genève
- 9 h 15 **Les accords de coopération en droit privé**
par M. François DESSEMONTET, professeur aux Universités de Lausanne et Fribourg
- 10 h 00 **Les accords de coopération en droit des cartels**
par Me Silvio VENTURI, dr en droit, avocat à Genève
- 10 h 45 Pause
- 11 h 15 **Les impératifs du nouveau droit de la concurrence**
par M. Walter STOFFEL, président de la Commission de la concurrence,
professeur à l'Université de Fribourg

- 12 h 15 Repas

- 14 h 00 **La protection des actionnaires et des associés dans les fusions d'entreprises**
par Me Jean-Luc CHENAUX, avocat, Lausanne,
- 15 h 00 **La protection des partenaires contractuels dans les fusions d'entreprises**
par Me Rémy WYLER, avocat, chargé de cours à l'Université de Lausanne
- 15 h 45 Pause
- 16 h 00 **Les conséquences fiscales de la fusion**
par Me Yves NOËL, avocat, professeur à l'Université de Lausanne
- 16 h 45 **La pratique de l'Office fédéral du Registre du commerce**
par M. Nicolas DUC, dr en droit, Office fédéral du Registre du commerce,
Berne
- 17 h 15 env. Fin de la journée

Renseignements, inscriptions aux Journées d'étude et commandes de livres :
CEDIDAC, BFSH 1, 1015 Dorigny, tél. 021 692 28 50, fax 021 692 28 55
email: cendidac@droit.unil.ch
Homepage: <http://www.unil.ch/cendidac>

5ème journée Internet 17 novembre 2004**Contrats et responsabilités**

- 08h30 Accueil des participants
- 09h00 **Introduction générale**
par M. François DESSEMONTET, professeur aux Universités de Lausanne et Fribourg
- 09h15 **Le rôle des différents acteurs de l'Internet**
par Me Thomas LEGLER, docteur en droit, avocat, Genève
- 10h00 **La responsabilité civile des fournisseurs de services Internet**
(Internet Service Providers, ISP)
par Me Pierre-Alain KILLIAS, docteur en droit, LL.M., avocat, Lausanne
- 10h45 Pause
- 11h00 **La responsabilité pénale des fournisseurs de services Internet**
par Me Laurent MOREILLON, avocat, professeur à l'Université de Lausanne
- 11h45 Débat
- 12h15 Repas
- 14h00 **Les contrats de création de sites Internet**
par Me Philippe GILLIERON, docteur en droit, avocat, Lausanne
- 14h45 **Les contrats de niveau de service**
(Service Level Agreements, SLA)
par Me Jacques de WERRA, docteur en droit, LL.M., avocat, Genève
- 15h30 Pause
- 16h00 **Les contrats de fournisseurs de services d'application**
(Application Service Providers, ASP)
par Me Michel JACCARD, docteur en droit, LL.M., Genève
- 16h45 Débat

PUBLICATIONS RECENTES DANS LA COLLECTION CEDIDAC

N° 55 François Dessemontet
Le droit de change
Frédéric Berthoud
Recueil de jurisprudence
CHF 190.-; CHF 150.- pour les membres du club

N° 56 **La responsabilité civile dans l'entreprise**
Travaux de la journée d'étude du
19 mars 2003 édités par P.-L. Imsand
CHF 125.-; CHF 95.- pour les membres du club

A paraître

N° 57 **Internet 2003**
Travaux des journées d'étude du 21 mai et du 26 novembre 2003