

LE DROIT D'AUTEUR

REVUE DU BUREAU DE L'UNION INTERNATIONALE
POUR LA PROTECTION DES ŒUVRES LITTÉRAIRES ET ARTISTIQUES
PARAISANT A BERNE LE 15 DE CHAQUE MOIS

SOMMAIRE

PARTIE NON OFFICIELLE

ÉTUDES GÉNÉRALES: La protection internationale des droits voisins du droit d'auteur (Examen de quelques observations présentées), *troisième article*, p. 61.

CORRESPONDANCE: Lettre de Grande-Bretagne (Dr Paul Abel). La jurisprudence en matière de droit d'auteur de 1938 à 1941. *Sommaire*: 1. Objets du droit d'auteur: idées; œuvres d'art appliqué à l'industrie; œuvres d'architecture; *impromptus (gags)*. — 2. Sujets du droit d'auteur. — 3. Actions fondées sur des faits de contrefaçon: dommages-intérêts, prescription. — 4. Restrictions de la protection: droit de citation. — 5. Questions internationales. — 6. Protection des artistes-exécutants. — 7. Écrits diffamatoires, p. 63.

JURISPRUDENCE: ALLEMAGNE. Œuvres de musique exécutées au cours de soirées amicales offertes au personnel d'une entreprise industrielle. Exécutions publiques, l'auditoire n'ayant pas été composé des seuls membres du personnel, accompagnés de personnes de leur ménage. — Inap-

plicabilité de l'article 27 de la loi sur le droit d'auteur littéraire et musical: 1° parce que les exécutions ne pouvaient pas être considérées comme faites sans but commercial ou de lucre; 2° parce qu'elles n'avaient pas eu lieu dans le cadre d'une association. — Action en abstention; nécessité du danger, inexistant *in casu*, d'une nouvelle atteinte au droit, p. 66. — SUISSE. Papiers logarithmiques: protection selon le droit d'auteur? Conditions de cette protection: nécessité d'une activité individuelle et intellectuelle s'exprimant dans une œuvre de nature à agir sur l'esprit par la communication des pensées de l'auteur. Non-réalisation de ces conditions en l'espèce, les papiers logarithmiques litigieux n'étant pas le résultat d'un labeur intellectuel suffisant, quant à l'originalité et à la nouveauté, pour motiver l'application de la loi sur le droit d'auteur. — Irrecevabilité de l'action, en tant que celle-ci se fondait sur le droit commun (Code des obligations, art. 48, répression de la concurrence déloyale), p. 63.

BIBLIOGRAPHIE: Publications nouvelles (*Ernst E. Hirsch*), p. 72.

PARTIE NON OFFICIELLE

Études générales

LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS VOISINS DU DROIT D'AUTEUR

(Examen de quelques observations présentées)
(Troisième article)

L'article 7 de l'avant-projet concernant la protection des artistes-interprètes et exécutants et des producteurs de disques phonographiques et d'instruments similaires accorde auxdits producteurs, en fait de droits matériels:

- a) le droit d'interdire que l'enregistrement soit reproduit directement ou indirectement, sans leur autorisation, par n'importe quel moyen ou procédé d'enregistrement;
- b) le droit d'exiger une rémunération équitable de la part de quiconque utilise l'enregistrement par la radio-phonie, la cinématographie, ou par tout autre mode de communication publique à but lucratif.

Les deux dispositions sous lettres a) et b), si on les interprète grammaticalement, visent la cinématographie. La lettre a) implicitement, puisqu'elle parle de

la reproduction par *n'importe quel* moyen ou procédé d'enregistrement, la lettre b) expressément, puisqu'elle parle de l'utilisation des enregistrements par la cinématographie. Or, la lettre a) institue un droit exclusif et la lettre b) un droit non exclusif tendant simplement à une rémunération équitable. Les deux dispositions s'excluent l'une l'autre: laquelle faudra-t-il appliquer en matière cinématographique? Nous avons proposé, dans le *Droit d'Auteur* du 15 novembre 1940, p. 123, 3^e col., que toute utilisation quelconque des disques et instruments similaires par la cinématographie fût assujettie à la règle de la lettre b). Cette règle aurait donc régi aussi la reproduction des enregistrements phonographiques par le film. C'était là le point douteux, attendu que la lettre a) paraissait viser la reproduction par n'importe quel moyen, donc également par la cinématographie. M. Du Pasquier combat notre interprétation. Rien, selon lui, ne la justifie. Il admet naturellement que l'exploitation d'un disque par la cinématographie, lorsqu'il ne s'agit pas de reproduction, mais par exemple d'exécution, soit soumise à la disposition de la lettre b), mais il estime, en revanche, que le texte a) embrasse toutes les formes de *reproduction*, par quelque moyen ou procédé

d'enregistrement que ce soit. Où trouver un argument pour soustraire la reproduction par la cinématographie à la protection complète qu'assure le droit exclusif (lettre a) et n'accorder à ce mode d'exploitation que la garantie pécuniaire de la lettre b)? M. Du Pasquier soutient que celui qui «utilise» un enregistrement communique ce dernier au public et que cet acte est étranger à la notion de reproduction. Notre théorie aboutirait à ce résultat paradoxal que l'incorporation d'un disque dans un film ne serait pas une reproduction.

Nous ne sommes pas surpris de nous heurter ici à une critique. Si l'on se reporte à l'exposé initial de notre opinion (*Droit d'Auteur*, 1940, p. 123), on verra que nous étions conscients d'aborder une difficulté. Il faut reconnaître, croyons-nous, que l'article 7 n'est pas rédigé avec toute la clarté désirable. On peut dire, et telle est la thèse de M. Du Pasquier (si toutefois nous ne le trahissons pas): l'article 7 a) couvre toute reproduction quelconque des disques ou instruments similaires. Le Comité de Samaden n'a fait à cet égard aucune restriction; il s'est exprimé d'une manière catégorique en soumettant au droit exclusif la reproduction par n'importe quel moyen ou procédé d'enregistrement. Il n'est pas

possible d'admettre, en présence d'un texte aussi formel, que la reproduction par le cinématographe fasse l'objet d'une réglementation distincte et, par conséquent, exceptionnelle. Sans doute, l'article 7 b) envisage-t-il l'utilisation des disques par le cinématographe, mais il faut donner ici, au mot « utilisation », un sens restreint qui n'englobe pas la reproduction. L'utilisation par la cinématographie, selon l'article 7 b), a pour pendant l'utilisation par la radiophonie, qui n'est pas une forme de reproduction, mais une forme d'exécution. Donc, le droit limité à une simple rémunération intervient seulement quand le disque est utilisé pour l'exécution ou pour tout autre mode équivalent de communication publique à but lucratif. En attribuant ainsi à la notion d'utilisation, dans l'article 7, lettre b), une signification étroite, où la reproduction ne trouve pas place, on réalise l'harmonie entre les deux textes des lettres a) et b).

Que cette harmonie soit nécessaire, nous n'en disconvenons nullement. Reste à savoir si le raisonnement que nous venons d'esquisser est le seul qui puisse la créer. Il est loisible d'opérer la conciliation en diminuant la portée de l'article 7, lettre b), et c'est ce que fait la solution qui consiste à dire que l'utilisation d'un disque n'embrasse pas la reproduction de celui-ci. Cependant, l'autre solution qui s'attaquerait à l'article 7, lettre a), pour décider que cette disposition ne vise en aucune manière l'exploitation des disques par la cinématographie (qu'il s'agisse de reproduction ou d'exécution, peu importe) mérite aussi d'être examinée. Le fait que l'article 7 b) mentionne spécialement la cinématographie comme moyen d'utilisation *peut* donner à penser que *toute* la question de l'emploi des disques dans les films doit être réglée par la disposition qui se réfère *expressis verbis* au cinéma, à l'exclusion du texte où cette forme d'exploitation n'est pas désignée nommément. En présence de la rédaction quelque peu amphibologique de l'article 7, lettres a) et b), l'interprétation de M. Du Pasquier est évidemment possible. Mais celle du *Droit d'Auteur* du 15 novembre 1940, p. 123, 3^e col., ne peut pas davantage être écartée de *plano*. Les procès-verbaux des séances de Samaden ne permettent pas de dire avec certitude quel était, à cet égard, l'avis des experts. Cependant, nous ne considérerions pas comme absolument invraisemblable qu'on ait cherché à consacrer un privilège au profit de l'industrie cinématographique. On en arriverait alors à dire que l'article 7,

lettre b), est, pour le film, la *lex specialis* par rapport à la *lex generalis* de l'article 7, lettre a), le conflit se résolvant au moyen de l'adage *specialia generalibus derogant*. Si, après nouvel examen, nous ne croyons pas devoir abandonner notre opinion première, c'est parce qu'elle nous paraît avoir des chances de correspondre à l'intention réelle inexprimée ou insuffisamment exprimée des experts de Samaden. Mais nous sommes très heureux d'avoir rencontré sur notre route la contradiction de M. Du Pasquier. Cela nous prouve que l'article 7 devrait être rédigé plus clairement. Le texte actuel, nous l'accordons volontiers, ne nous donne pas raison d'une manière catégorique. Mais nous ne trouvons pas non plus qu'il soit entièrement favorable à la thèse adverse. Le mieux serait peut-être de chercher des amendements qui imposent, sans discussion, soit la solution de M. Du Pasquier, soit la nôtre. Si l'on devait se rallier à l'idée de M. Du Pasquier, nous proposerions d'ajouter à la fin de l'article 7, lettre a), les mots: *y compris la reproduction par le film*; si, au contraire, on voulait confirmer notre conception, les mots à ajouter à la même place seraient: *exception faite de la reproduction par le film*. Dans l'un et l'autre cas, l'article 7, lettre b), demeurerait sans changement. Nous admettons, en effet, que l'adjonction complétant le texte de la lettre a) fournirait toutes les précisions voulues pour l'interprétation du texte de la lettre b), soit que l'utilisation par la cinématographie n'englobe pas la reproduction des disques (thèse Du Pasquier), soit qu'elle l'englobe (notre thèse).

L'article 6 de l'avant-projet accorde aux artistes-exécutants et interprètes un droit moral en vertu duquel ils auront le droit d'interdire les utilisations de leurs récitaions, représentations ou exécutions qui seraient préjudiciables à leur honneur ou à leur réputation. Le droit moral de l'auteur est reconnu par une disposition correspondante de la Convention de Berne révisée en dernier lieu à Rome (art. 6^{bis}). N'est-il pas surprenant que des trois ayants droit sur le disque (auteur, interprète, fabricant), seul le fabricant ne bénéficie pas de cette protection de sa personnalité mise en rapport avec les fruits de son travail? M. Du Pasquier pense qu'il y a là une lacune. Elle n'est peut-être pas très grave, car, comme il le dit lui-même, le fabricant pourra souvent défendre sa réputation à l'aide du droit exclusif que l'avant-projet lui accorde contre la reproduc-

tion non autorisée de ses enregistrements phonographiques. Il lui suffira de ne pas octroyer des autorisations de reproduire à des personnes qui ne lui inspireront pas confiance. Il est vrai qu'on peut se tromper et qu'alors la chose est irrémédiable, si aucune réserve du droit moral n'est prévue en faveur du fabricant. Dira-t-on qu'il ne s'agit pas là d'intérêts très importants et que la mauvaise reproduction d'un disque n'incitera guère à des réflexions désobligeantes pour le fabricant du phonogramme original? C'est possible et nous serions tentés de ne pas mettre sur le même pied, quant à leur portée, les droits moraux de l'auteur et de l'interprète et ceux du fabricant. Oui. Mais il faut se rappeler que la reproduction d'un disque par le film soulève une question délicate qui apparaît dans la critique exercée par M. Du Pasquier à l'encontre de notre thèse. Si, en fin de compte, notre interprétation est abandonnée, la position du fabricant s'en trouvera améliorée, puisqu'il pourra interdire que ses enregistrements soient reproduits dans un film dont les réalisateurs n'offriraient pas, à ses yeux, des garanties artistiques satisfaisantes. Mais si, au contraire, la reproduction par le film ne devait pas rentrer dans la sphère du droit privatif, le problème du droit moral du fabricant mériterait de retenir davantage l'attention. Nous hésitons, malgré tout, à nous prononcer dès maintenant en faveur d'un droit moral de l'industriel sur ses phonogrammes. Le disque est certainement un produit de haute classe. Pourtant, nous ne pensons pas que la personnalité du fabricant s'y manifeste de la même manière que la personnalité de l'auteur dans une œuvre littéraire ou musicale, ou la personnalité de l'interprète dans une récitation ou exécution. L'auteur et l'artiste-exécutant ou interprète exercent une activité intimement liée à leur esprit et à leur âme: ils s'expriment eux-mêmes dans la création artistique et dans l'interprétation. C'est pour cela que nous sommes choqués par une reproduction qui rend de façon infidèle ce qui doit être communiqué au public avec un maximum de respect, étant donné qu'il s'agit de la pensée ou du sentiment d'un être humain. La contribution du fabricant de disques, si méritoire et si considérable qu'elle soit, est assez différente. Le fabricant de disques produit une marchandise qu'il ne tire pas de son moi comme l'artiste. Il doit s'appliquer à confectionner des phonogrammes qui soient les meilleures fixations possibles des œuvres et des interprétations enregistrées. A cet effet, il

déploiera une réelle habileté technique, scientifique, disons même artistique. Cependant, le résultat ne sera pas que la personnalité du fabricant apparaîtra dans les disques: il sera que ceux-ci auront le caractère de reproductions plus ou moins réussies des œuvres et interprétations sur lesquelles l'adresse et la conscience de l'industriel se seront exercées. Si même on voulait aller plus loin et prétendre que la plénitude du son, le moelleux du rendu peuvent constituer des particularités propres aux disques provenant de la maison X, alors que la maison Y s'efforcerait en vain d'obtenir dans ses ateliers des produits équivalents, nous répondrions que ces belles qualités, tout en distinguant les disques X, ne permettent pourtant pas de soutenir qu'elles révèlent la personnalité du fabricant. Le disque, en tant que tel, n'est pas une œuvre qui reflète l'esprit ou la sensibilité de l'industriel: il ne peut témoigner que de l'expérience professionnelle de ce dernier. Jusqu'à plus ample informé — car nous ne voudrions pas nous montrer définitivement intransigeants — il nous semble que le droit moral en faveur du fabricant de phonogrammes n'est pas une véritable nécessité. L'atteinte à la personnalité, commise à travers l'œuvre, n'est possible que si l'œuvre est le miroir de la personnalité. Tel est le cas pour l'auteur, et aussi pour l'artiste-interprète et exécutant, d'où l'article 6^{bis} de la Convention de Berne révisée en dernier lieu à Rome et l'article 6 de l'avant-projet de Samaden que nous étudions ici. Si l'on voulait, en plus de ce qui existe déjà et de ce qu'envisage ledit avant-projet, instituer un droit moral sur les disques au profit du fabricant, on compliquerait encore une situation qui déjà n'est pas simple. Nous voudrions éviter cet inconvénient, à moins qu'il ne s'agisse d'une justice à rendre à un groupe de personnes inéquitablement traitées *de lege lata*. Cette conviction nous obligerait à évoluer.

(A suivre.)

Correspondance

Lettre de Grande-Bretagne

*La jurisprudence en matière de droit
d'auteur de 1938 à 1941*

D^r PAUL ABEL,
Conseil en droit international, Londres.

Jurisprudence

ALLEMAGNE

OEUVRES DE MUSIQUE EXÉCUTÉES AU COURS DE SOIRÉES AMICALES OFFERTES AU PERSONNEL D'UNE ENTREPRISE INDUSTRIELLE. EXÉCUTIONS PUBLIQUES, L'AUDITOIRE N'AYANT PAS ÉTÉ COMPOSÉ DES SEULS MEMBRES DU PERSONNEL, ACCOMPAGNÉS DE PERSONNES DE LEUR MÉNAGE. — INAPPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 27 DE LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR LITTÉRAIRE ET MUSICAL: 1^o PARCE QUE LES EXÉCUTIONS NE POUVAIENT PAS ÊTRE CONSIDÉRÉES COMME FAITES SANS BUT COMMERCIAL OU DE LUCRE; 2^o PARCE QU'ELLES N'AVAIENT PAS EU LIEU DANS LE CADRE D'UNE ASSOCIATION. — ACTION EN ABSTENTION; NÉCESSITÉ DU DANGER, INEXISTANT IN CASU, D'UNE NOUVELLE ATTEINTE AU DROIT.

(Berlin, *Kammergericht*, 27^e chambre civile, 8 octobre 1941.)⁽²⁾

La plupart des compositeurs allemands et étrangers cèdent leurs droit d'exécution à la demanderesse, qui a légalement seule qualité pour administrer et retransmettre ces droits.

La défenderesse, dont les services occupent plusieurs centaines d'employés et

⁽¹⁾ *Newstead c. London Express Newspaper Ltd.*; Londres, *Court of Appeal*, 21 avril 1939 (Mac Gillivray, p. 295).

⁽²⁾ *The Author (Playwright and Composer)*, vol. LI, n^o 1, automne 1940, p. 42; rapporté par Mac Gillivray.

⁽³⁾ Voir *Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht (Ufita)*, volume 14, année 1941, p. 392.

ouvriers, a organisé, pour son personnel, les 8 et 9 octobre 1938, ainsi que les 18 et 19 mars 1939, des soirées amicales (*Kameradschaftsabende*), où l'on exécuta notamment des œuvres musicales dont les auteurs sont encore actuellement protégés et dont les droits sont administrés par la demanderesse. Aux réunions des 8 et 9 octobre 1938, les membres du personnel étaient admis, avec la faculté pour chacun de se faire accompagner d'une dame. Aux réunions des 18 et 19 mars 1939, les membres du personnel avaient accès et pouvaient en outre emmener avec eux une dame *de leur famille*. Il y eu chaque fois un millier de participants.

La demanderesse réclame ses droits, au tarif normal pour les deux premières exécutions, qui lui ont été notifiées par la défenderesse, et au tarif double pour les deux autres exécutions qui ne lui ont pas été notifiées.

Elle a conclu:

- 1° à ce que la défenderesse fût condamnée à lui payer 276,87 RM. avec les intérêts à 4 % depuis le 25 mars 1941;
- 2° à ce qu'il fût interdit à la défenderesse, sous peine d'amende pour toute infraction commise, d'exécuter sans la permission de la demanderesse, dans les soirées amicales qu'elle, défenderesse, organise, des œuvres musicales dont la demanderesse possède les droits d'exécution.

La défenderesse a conclu au rejet de l'action.

Elle refuse de payer les droits parce que les exécutions en cause n'auraient pas été publiques et parce que les conditions d'exception de l'article 27 de la loi sur le droit d'auteur littéraire se seraient présentées dans le cas en cause. Elle conteste aussi, relativement au chiffre 2 des conclusions de la demanderesse, qu'il y ait danger de répétition et, en tout cas, que la demanderesse ait le droit, en toute circonstance, d'interdire à la défenderesse de faire exécuter, dans ses soirées amicales, des morceaux de musique protégés.

Le *Landgericht* a condamné la défenderesse conformément à la requête de la demanderesse. Sur quoi ladite défenderesse a interjeté appel, concluant au rejet de l'action. Le *Kammergericht* a écarté l'appel relativement à la question du paiement mais a, pour le surplus, rejeté l'action, et ce pour les motifs suivants:

Motifs

1. — L'action en paiement de la demanderesse étant fondée sur les articles

9, 11, alinéa 2, et 36 de la loi sur le droit d'auteur littéraire, l'appel de la défenderesse sur ce point ne pouvait aboutir.

L'auteur d'une œuvre musicale, ou celui à qui l'auteur a cédé ses droits — ici la demanderesse — a le droit d'interdire l'exécution de l'œuvre lorsque ladite exécution doit être *publique*. L'auteur ne peut réclamer des dommages-intérêts que si l'exécution est publique. C'est à tort que la défenderesse prétend que ses réunions n'ont pas été publiques. La notion de publicité est établie depuis longtemps en jurisprudence, comme en doctrine. La publicité résulte toujours de la présence de plusieurs personnes, à moins que les auditeurs, de par un lien les unissant plus ou moins étroitement, de par les relations personnelles qu'ils ont entre eux ou avec l'organisateur de l'exécution, de par la nature du but de l'organisation et l'étendue du lien d'appartenance à une communauté, constituent un cercle fermé de personnes liées entre elles (*Reichsgericht*, affaires pénales, vol. 21, 254; 22, 241; 40, 262; arrêt du *Kammergericht*, dans *Ufita* 1939, p. 135; Allfeld, *Commentaire* de la loi sur le droit d'auteur littéraire, 2^e édition, 1928, p. 154; Marwitz-Möhring, *Commentaire* de la loi sur le droit d'auteur littéraire, 1929, p. 121). C'est aussi pourquoi, ainsi que l'a marqué l'arrêt cité du *Kammergericht*, toute audition musicale, au sein d'une *association*, n'est pas nécessairement une exécution non publique. Au contraire, une audition est toujours publique, même au sein d'une association, lorsqu'en dehors des membres de ladite association y ont aussi accès des personnes faisant partie de leur ménage. Cela a été le cas pour tous les concerts en cause. Il n'est pas nécessaire d'examiner si les auditions données au sein d'une *entreprise* peuvent être non publiques, car il n'est pas douteux que la présence de membres des familles leur a enlevé en l'espèce leur caractère non public.

L'action en dommages-intérêts de la demanderesse, action justifiée en principe, ne tomberait que si la défenderesse prouvait que l'on se trouve dans l'un des cas exceptionnels visés par l'article 27 de la loi sur le droit d'auteur littéraire, ou si l'état de fait de la cause impliquait l'application, par analogie, de ces dispositions exceptionnelles. Mais ce n'est pas le cas. Point n'est besoin du consentement de l'ayant droit si l'exécution publique n'a servi à aucune fin commerciale. Mais ce cas d'exception ne se rencontre pas ici. Les exécutions musi-

cales constituaient sans aucun doute une attraction particulière, à tout le moins pour les invités du personnel, et ont, de ce fait, été la cause d'un accroissement de recettes au profit du tenancier de la salle. En outre, les réunions ont duré plus longtemps, du fait des auditions musicales et cette augmentation de durée entraîne, comme le prouve l'expérience, un accroissement correspondant des consommations en mets et boissons. Cette incidence sur les affaires du tenancier de la salle suffit pour que des droits soient exigibles à l'occasion de l'audition en question. Moins que jamais, il se justifierait aujourd'hui de s'écarter du point de vue qui a été également adopté par le *Reichsgericht* (cf. *Recht*, 1909, n° 3508, et *Juristische Wochenschrift*, 1910, p. 683) et qui, depuis, est généralement admis, même s'il entraîne une interprétation extensive du texte de la loi. Car, étant donné tout ce qui a été publié sur le projet de loi antérieur concernant le droit d'auteur et tout ce que l'on sait du nouveau projet de loi sur le même sujet, l'on doit s'attendre à ce que l'État, qui s'efforce de toute manière de procurer aux créateurs intellectuels une saine condition matérielle, limitera notablement dans la nouvelle loi, aussi dans le sens des considérations ci-dessus, la possibilité de faire des exécutions sans autorisation. La défenderesse se fourvoie donc lorsqu'elle prétend que le profit du tenancier de la salle ne saurait jouer aucun rôle, que le but à considérer devrait toujours être poursuivi directement ou indirectement par l'exécutant, qu'enfin la société distributrice d'électricité profite bien aussi de la consommation supplémentaire de courant qu'entraîne la réunion en cause, dans la soirée, et que précisément le cas en cause devrait conduire à modifier la jurisprudence établie jusqu'ici. Une exécution sert à des buts commerciaux même si l'organisateur a en vue le profit d'un tiers, ou si cet organisateur favorise une activité professionnelle, alors qu'il n'a pas voulu ces circonstances concomitantes de son exécution, mais les a simplement acceptées comme possibles. En ce qui concerne le cas en cause, on peut renoncer à examiner si l'on doit aller jusqu'à considérer qu'une audition vise déjà un but commercial, lorsqu'elle a uniquement pour effet d'augmenter les recettes de la société distributive d'électricité.

En outre, l'exécution des œuvres protégées serait libre si elle avait été le fait d'une *association* et si seuls les mem-

bres de ladite association, accompagnés de personnes faisant partie de leur ménage, avaient été admis comme auditeurs. Il n'est pas douteux que ces conditions n'ont pas été réalisées pour les auditions des 8 et 9 octobre 1938, car, pour chacune d'elles, tout membre du personnel pouvait introduire une dame appartenant ou non à son ménage. Mais ces conditions n'ont pas non plus été réalisées pour les deux autres auditions, puisque tout membre du personnel pouvait y conduire une dame de sa famille. Et l'on sait que par «personne de la famille» l'on ne désigne pas seulement les personnes faisant partie d'un même ménage, mais aussi les enfants mariés qui ont eux-mêmes leur propre ménage (cf. l'arrêt du *Kammergericht*, dans *Ufita*, 1939, p. 135) ⁽¹⁾. Mais la disposition exceptionnelle de l'article 27, alinéa 1, n° 3, est inapplicable encore pour une autre raison, car l'on ne peut assimiler le personnel d'une entreprise à une association dans le sens de la loi. Sans doute, les membres d'un personnel, surtout dans les petites villes et dans les petites entreprises, sont-ils souvent unis par des intérêts plus forts que ne le sont les membres de maintes grandes associations. Mais, d'autre part, les membres du personnel d'une entreprise changent, du moins encore aujourd'hui, plus souvent et plus facilement que ceux d'une association, et il existe divers groupements qui, tout en n'étant pas constitués en associations, n'en forment pas moins une communauté beaucoup plus intime qu'une association et ne bénéficient pourtant pas de la franchise accordée par l'article 27, alinéa 1, n° 3, parce qu'il leur manque précisément le lien externe qui caractérise l'association. La disposition exceptionnelle de l'article 27, alinéa 1, n° 3, a consacré légalement, en son temps, un usage ancien (*Exposé des motifs*, p. 32). Par cette disposition favorable aux associations, le législateur a empiété sur le droit d'auteur et il a pris une mesure d'exception tenant compte des conditions qui régnaient alors. Interpréter cette disposition exceptionnelle en allant au delà des termes où elle est exprimée, c'est ce qu'interdit non seulement le fait qu'il s'agit d'une disposition d'exception, mais encore l'intérêt même des auteurs que la jurisprudence doit protéger. Peu important, dans ces conditions, tout ce qu'a allégué la défenderesse relativement à l'homogénéité d'un personnel et le parallèle fait entre cette

homogénéité et celle d'une association. L'existence d'une certaine organisation externe est décisive en l'espèce, et il n'est pas possible d'assimiler un personnel à une telle organisation. L'on peut donc laisser de côté la question de savoir si — comme le prétend la demanderesse — le Ministre des postes du Reich, en connaissance de cette situation juridique, a conclu avec la demanderesse un contrat reconnaissant les droits pécuniaires de cette dernière.

Le montant de la demande en dommages-intérêts de la demanderesse est justifié. La jurisprudence du *Kammergericht* a approuvé les taux proposés par la demanderesse (cf. par ex. *Ufita*, 1938, p. 286; 1939, p. 136).

2. — En revanche, c'est à tort que le *Landgericht* a fait droit à l'action en abstention de la demanderesse. Sans doute, cette action répond-elle à une jurisprudence constante qui veut que tout préjudice causé à l'auteur justifie une demande en abstention lorsqu'il y a danger de répétition. Toutefois, le danger de répétition doit être sérieux et être fondé sur des faits. Une probabilité restreinte suffit pour admettre ce danger, qui doit encore exister au moment du jugement. En l'espèce, la Cour a nié qu'il y eût danger de répétition. Dans cette affaire, la défenderesse a nettement soutenu la thèse qu'elle pouvait faire exécuter, dans ses soirées amicales, les œuvres musicales dont les droits sont administrés par la demanderesse, et que le fait qu'il s'agissait de réunions de ce genre rendait inutile le consentement de ladite demanderesse. Mais la défenderesse a également bien marqué, dans sa réponse à la demande, que si, dans ce procès, elle était condamnée à payer, elle se soumettrait naturellement à la décision du tribunal et acquitterait les droits dans les cas analogues. Le fait que la défenderesse est connue comme étant l'une des plus grandes entreprises minières d'Allemagne garantit également qu'elle remplira incontestablement ses obligations. Dès l'instant où l'arrêt de la Cour, passé en force, a condamné la défenderesse à payer, la demanderesse avait la garantie qu'à l'avenir la défenderesse lui demanderait son autorisation, ce qui éliminait le danger de répétition. Déjà la déclaration de la défenderesse dans la réponse au fond avait fait perdre à la demanderesse tout intérêt juridique au maintien de l'action en abstention, qui devait donc être rejetée.

SUISSE

PAPIERS LOGARITHMIQUES : PROTECTION SELON LE DROIT D'AUTEUR? CONDITIONS DE CETTE PROTECTION : NÉCESSITÉ D'UNE ACTIVITÉ INDIVIDUELLE ET INTELLECTUELLE S'EXPRIMANT DANS UNE ŒUVRE DE NATURE À AGIR SUR L'ESPRIT PAR LA COMMUNICATION DES PENSÉES DE L'AUTEUR. NON-RÉALISATION DE CES CONDITIONS EN L'ESPÈCE, LES PAPIERS LOGARITHMIQUES LITIGIEUX N'ÉTANT PAS LE RÉSULTAT D'UN LABEUR INTELLECTUEL SUFFISANT, QUANT À L'ORIGINALITÉ ET À LA NOUVEAUTÉ, POUR MOTIVER L'APPLICATION DE LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR. — IRRECEVABILITÉ DE L'ACTION, EN TANT QUE CELLE-CI SE FONDAIT SUR LE DROIT COMMUN (CODE DES OBLIGATIONS, ART. 48, RÉPRESSION DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE).

(Cour d'appel du canton de Berne, 2^e chambre civile, 28 novembre 1940. — Schleicher & Schüll c. Aerni-Leuch.) ⁽¹⁾

1. La firme Carl Schleicher & Schüll s'occupe depuis 1909 de la production de papiers logarithmiques. Lorsqu'elle s'aperçut que son client et revendeur, la firme Eduard Aerni-Leuch de Berne fabriquait elle-même des papiers logarithmiques, lesquels n'étaient, à son avis, qu'une simple contrefaçon de ses propres papiers, elle lui intenta, le 21 août 1939, une action devant la Cour d'appel du canton de Berne, avec les conclusions suivantes:

1. Qu'il soit interdit à la défenderesse de fabriquer et de vendre les papiers logarithmiques ci-dessus mentionnés, et ce sous peine des conséquences prévues à l'article 403 du Code de procédure civile bernois.

2. Que soient détruits les clichés dont la défenderesse se sert pour la fabrication des papiers logarithmiques visés par le n° 1.

3. Que la défenderesse soit condamnée à retirer tous les papiers logarithmiques visés par le n° 1, et qui auraient été livrés à quelque revendeur que ce soit. Que ces papiers, ainsi que tous les stocks des papiers en cause qui se trouvent chez la défenderesse, soient détruits.

4. Que la défenderesse soit condamnée à payer à la demanderesse une somme à fixer par le tribunal, à titre de dommages-intérêts et de réparation, avec les frais.

L'action, au rejet de laquelle la défenderesse a conclu avec les frais à la charge de la demanderesse, se fonde, en premier lieu, sur les dispositions protectrices de

⁽¹⁾ La traduction française de cet arrêt a paru dans le *Droit d'Auteur* du 15 juin 1941, p. 66-67. Voir en particulier p. 67, 2^e col. in fine. (Red.)

⁽¹⁾ Le texte original de cette décision, rendue en langue allemande, nous a été obligeamment communiqué par l'avocat de la défenderesse, M. le Dr E. Matter, à Berne. Voir aussi: *Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht (Ufita)*, vol. 14, année 1941, p. 260.

la loi fédérale du 7 décembre 1922 concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques, dont les productions de la demanderesse, publiées d'abord en Allemagne, peuvent, en principe, se réclamer, en vertu de l'article 4 de la Convention de Berne révisée de 1908. Au cas où l'on n'admettrait pas que les conditions requises pour la protection du droit d'auteur soient remplies, la demanderesse, en se fondant sur l'article 48 du Code des obligations (concurrence déloyale), réclame qu'il soit mis fin au commerce du papier logarithmique contrefait, avec paiement de dommages-intérêts à fixer par le tribunal. Mais — quoique des motifs d'économie parlent en faveur de cette solution — la Cour d'appel, étant donné les dispositions non douteuses de l'article 5, lettre a), du Code de procédure civile, ne peut pas examiner l'affaire du point de vue de la concurrence déloyale, attendu que le Tribunal de commerce est, à ce sujet, exclusivement compétent. L'on doit donc faire droit aux conclusions de la défenderesse et rejeter l'action, pour autant que celle-ci se fonde sur l'article 48.

II. L'appréciation du tribunal se limite désormais à deux questions. 1° Les papiers logarithmiques de la demanderesse doivent-ils être considérés comme des œuvres conformément à la loi sur le droit d'auteur? 2° La défenderesse a-t-elle contrefait les productions de la demanderesse? L'expert judiciaire, le Prof. Dr Gonseth, de Zurich, s'explique dans un rapport circonstancié au sujet de la nature des papiers logarithmiques et des particularités des productions de la demanderesse, ainsi que sur l'existence d'une contrefaçon de la part de la défenderesse. Son exposé démonstratif et concluant a fait l'objet d'une très vive critique de la demanderesse, qui reproche à l'expert son manque de connaissance de la question, ainsi que de la prévention; elle prétend qu'il a faussement interprété certaines notions juridiques et s'est laissé influencer dans ses conclusions. La proposition de la demanderesse, visant à ordonner une expertise de contrôle, doit être rejetée, attendu que les objections présentées ne paraissent pas plausibles. La haute compétence du Prof. Dr Gonseth ne saurait être mise en doute et sa déclaration privée, marquant que les papiers logarithmiques de la demanderesse ne seraient pas protégés par le droit d'auteur, n'est pas de nature à mettre son impartialité en question. Si l'expert a donné verbalement son avis fondé sur la connaissance du dossier, on

ne voit pas pourquoi cela permettrait une conclusion relative à sa prévention. L'application de concepts juridiques enfin, que blâme la demanderesse, s'impose dans le présent litige, attendu qu'il s'agit d'une affaire où les questions de droit et de spécialité technique se coupent.

III. Conformément à l'article 1^{er} de la loi sur le droit d'auteur, entrent notamment en considération comme objets de protection du droit d'auteur les œuvres littéraires, telles les œuvres des belles-lettres et les œuvres scientifiques. L'article 2 de la Convention de Berne révisée, qui est aussi déterminant, définit l'expression « œuvres littéraires et artistiques » en disant qu'elle comprend toutes les productions du domaine de la littérature, de la science ou de l'art, sans tenir compte du mode ou de la forme de la reproduction.

La littérature et la jurisprudence s'accordent sur la notion d'œuvre dans le sens du droit d'auteur. On doit se trouver en présence de la matérialisation d'une pensée, issue d'une activité individuelle et intellectuelle, et qui est destinée à agir sur l'esprit, à être accueillie par l'esprit (cf. *Allfeld*, Commentaire de la loi allemande sur le droit d'auteur littéraire et musical, 2^e édition, ad § 1^{er}, nos 2 et 9; *Allfeld*, Droit de l'auteur et de l'inventeur, article de l'*Encyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, cahier XIV, p. 6 et suiv.; *Arrêts du Tribunal fédéral*, vol. 57, I, 68; 58, II, 299; 59, II, 403; 64, II, 112 et 164). Le Tribunal fédéral fait ressortir spécialement et à plusieurs reprises que la création intellectuelle doit être « caractéristique, c'est-à-dire empreinte d'un cachet individuel » et qu'elle doit posséder une vertu distinctive à l'égard des autres œuvres.

A. La différence entre les objets du droit d'auteur et ceux du droit de l'inventeur (voir *Allfeld*, Commentaire, ad § 1^{er}, nos 2 et 16) réside essentiellement dans la notion du but. L'œuvre à quoi s'applique le droit d'auteur tend à communiquer des pensées, à agir sur l'esprit. Si c'est un résultat pratique, sur le terrain technique, qui doit être essentiellement atteint à l'aide d'une production, seule la protection des brevets entre en considération, tandis que le droit d'auteur trouve son application si la transmission d'une activité intellectuelle se trouve au premier plan.

Si l'on examine la destination des papiers logarithmiques de la demanderesse de ce point de vue, l'on doit reconnaître qu'ils ont une application pratique prédominante, en tant que moyens auxiliai-

res pour le calcul graphique. L'expert judiciaire, après une étude comparative du papier millimétré et du papier logarithmique, aboutit à cette conclusion très nette que l'utilisation et le but sont, pour ces deux papiers, de nature tout à fait analogue et qu'en particulier la mesure de l'activité intellectuelle à employer n'est pas déterminée par le réseau logarithmique imprimé (cf. les considérations figurant aux pages 13 et 14 du rapport). Pas plus que le papier millimétré, le papier logarithmique ne sert donc à la transmission d'un contenu intellectuel. C'est à juste titre que l'on peut le caractériser comme instrument de travail du mathématicien ou du technicien. Et le mathématicien de la demanderesse, le Prof. Dr Schreiber, dans sa description des papiers logarithmiques (annexe 4 de la demande), met en évidence comme suit leurs avantages et leur but: « La plupart des diagrammes employés dans la technique, pour représenter les formules ou fonctions de toute sorte, et ceux qui doivent permettre aux intéressés de s'épargner les calculs numériques pour les cas particuliers ou de se passer de tables, se laissent bien plus facilement tracer sur du papier logarithmique que sur du papier à dessin ordinaire, étant donné que les courbes qui se rencontrent le plus souvent deviennent des lignes droites sur un papier réglé à intervalles logarithmiques. » Si la demanderesse veut fonder la protection de ses productions, selon le droit d'auteur, sur le fait qu'elle a accentué les avantages qui caractérisent en eux-mêmes le papier logarithmique, par le choix approprié de la grandeur des réseaux et de l'unité logarithmique, ainsi que par la bonne disposition du tracé des lignes, il ne saurait y avoir là que des mesures pouvant améliorer l'utilisation du papier du point de vue technique, mais non transmettre à l'utilisateur certains éléments intellectuels. La thèse soutenue par la défenderesse, et d'après laquelle les papiers logarithmiques de la demanderesse appartiendraient, à proprement parler, au domaine du droit de l'inventeur et non à celui de la loi sur le droit d'auteur ne saurait donc être écartée *de plano*. En tout cas, il s'agit d'un domaine limite entre la protection des brevets et celle du droit d'auteur, soit entre deux protections dont les conditions préalables et les effets diffèrent absolument.

B. Attendu que les principes mathématiques sur lesquels reposent les papiers à dessin logarithmique, ainsi que l'idée de leur utilisation technique et commerciale sont connus depuis longtemps et

tombés dans le domaine public (cf. le rapport du Prof. Dr Gonseth, p. 17), la possibilité de protéger les productions de la demanderesse dépend de la question de savoir si l'application de ces principes à l'exécution concrète des réseaux logarithmiques réclame une activité intellectuelle créatrice. La défenderesse dénie aux réseaux logarithmiques de la demanderesse toute originalité et conteste qu'il ait fallu, pour les exécuter, un apport intellectuel dépassant le niveau d'un exercice purement technique. La demanderesse est, pour sa part, d'avis que l'exécution de ses papiers logarithmiques exige des connaissances en mathématiques supérieures, ainsi qu'un travail intellectuel intense, vu que le choix de la grandeur des réseaux, de l'unité logarithmique et de la réalisation graphique demande une étude approfondie. D'après les conclusions du rapport présenté par l'expert judiciaire sur ces questions litigieuses, on peut faire les constatations suivantes.

1. En ce qui concerne l'exécution indépendante d'un réseau, la détermination de l'unité logarithmique et des dimensions du réseau demandent un certain *travail intellectuel* qui peut être exécuté par tout technicien normalement instruit et même un peu machinalement, sans connaissances mathématiques spéciales (cf. rapport, p. 22, réponse à la 2^e question). De même, une activité intellectuelle impliquant un travail de combinaison et d'appréciation est nécessaire pour choisir, parmi les différents réseaux possibles, ceux qui conviennent pour l'impression (cf. rapport, p. 23, lettre c). A vrai dire, la défenderesse objecte à bon droit que cette activité, plutôt commerciale, se réduit au choix des papiers courants et n'apparaît pas dans l'œuvre elle-même.

Enfin, comme le dit l'expert, la réalisation graphique du réseau logarithmique réclame de l'exécutant un travail intellectuel qui ne doit pas être sous-estimé (cf. rapport, p. 24). La clarté et la bonne utilisation d'un réseau dépendent, dans une large mesure, du choix de la subdivision, du passage d'une graduation plus fine à une graduation plus espacée, etc. . . . D'après les constatations de l'expert judiciaire, ces moyens auxiliaires graphiques font partie du métier de tout dessinateur technique et leur emploi pratique a un caractère professionnel et courant. Le travail intellectuel à fournir dans l'exécution de détail, qui n'intéresse que le perfectionnement technique du papier à dessin logarithmique,

ne semble donc guère devoir être rangé dans le domaine de l'activité propre à un auteur.

2. Attendu que la qualification d'une œuvre pour la protection dépend, avant tout, du point de savoir si la confection a demandé une idée «neuve, originale, intellectuelle» (*Arrêts du Tribunal fédéral*, vol. 64, II, 165), l'expert avait en outre à rechercher si les papiers logarithmiques de la demanderesse présentaient *une nouveauté, un caractère de création*. Le Prof. Dr Gonseth l'a dénié de la façon la plus catégorique, aussi bien pour l'exécution graphique que pour le choix de l'unité logarithmique et des dimensions des réseaux (qui, du fait de la normalisation des formats et du chiffrage des graduations, sont dépourvus à son avis de toute originalité). En résumé, il répond ainsi à la 4^e question qui lui a été posée: «Les papiers logarithmiques de la demanderesse qui entrent en considération n'apportent aucune nouveauté appréciable. En raison de la normalisation, ils ne se distinguent par aucune particularité (qui ne serait pas à considérer comme arbitraire). Il n'y a aucune particularité appréciable dans le fait que, depuis la première édition américaine des papiers logarithmiques, on ait cherché à en améliorer les qualités d'utilisation» (rapport, p. 31). L'expertise judiciaire examine aussi le point de vue de la demanderesse, selon lequel l'élément créateur dans l'exécution des réseaux logarithmiques résulterait déjà de ce que deux exécutants travaillant indépendamment l'un de l'autre, sur les mêmes données, aboutiraient rarement au même réseau. Cette conclusion est dénoncée comme complètement inexacte (p. 26), attendu que la différence des résultats ne peut être considérée comme une preuve, ni pour, ni contre l'originalité individuelle et créatrice, mais s'explique par le fait que, dans le choix entre les réseaux possibles, quelques considérations arbitraires ou d'ordre accidentel peuvent jouer un rôle.

IV. Les conclusions solidement fondées de l'expert aboutissent nécessairement à refuser la protection du droit d'auteur aux réseaux logarithmiques de la demanderesse. Même si l'exécutant des réseaux doit fournir un certain travail intellectuel pour le degré et la mesure duquel l'on ne devrait pas poser de grandes exigences d'après le droit d'auteur (cf. *Allfeld*, Commentaire, ad § 1^{er}, n° 10 aa, et *Arrêts du Tribunal fédéral*, vol. 59, II, 405), il n'en est pas moins certain d'une part que cette activité intellectuelle tend

avant tout à atteindre un but d'ordre technique (cf. ci-dessus chiffre III, lettre A), et c'est pourquoi elle est plutôt du domaine du droit des brevets que de celui du droit d'auteur. D'autre part, suivant le Tribunal fédéral, et d'après les principes résumés à l'occasion de l'affaire des tables Maag, pour qu'une œuvre mérite d'être protégée, il faut qu'on y trouve l'expression d'une idée nouvelle, originale, en ce qui concerne le fond ou relativement à la forme (*Arrêts du Tribunal fédéral*, vol. 64, II, 164 et suiv.). L'expert judiciaire ayant, en se fondant sur de bons motifs, dénié toute originalité aux réseaux logarithmiques de la demanderesse, la protection du droit d'auteur devrait donc leur être refusée, même si l'on voulait appliquer en principe la loi sur le droit d'auteur.

V. Il est ainsi inutile d'aborder, dans les détails, la question de savoir si la défenderesse a effectivement contrefait les papiers logarithmiques de la demanderesse. L'expert judiciaire ne semble pas, à la vérité, exclure cette possibilité; il ne donne pas de réponse catégorique dans ses développements à propos de la question n° 5, mais relève pourtant que la défenderesse a vraisemblablement pris connaissance, en partie et pour son propre profit, des produits et des prix-courants de la demanderesse.

VI. En tant que partie succombante, la demanderesse doit être condamnée aux frais de justice et à ceux de la défenderesse.

PAR CES MOTIFS, la Cour prononce:

1. La demande relative à l'administration de nouvelles preuves est rejetée.

2. Pour autant que l'action se fonde sur les dispositions concernant la concurrence déloyale, elle est déclarée irrecevable sans examen quant au fond.

3. Pour le reste, l'action est rejetée...

NOTE DE LA RÉDACTION. — L'arrêt dont nous venons de publier une traduction française présente un intérêt particulier parce qu'il se prononce sur l'application (ou plus exactement sur la non-application) de la loi concernant le droit d'auteur à une production dont le caractère n'était peut-être pas très facile à dégager. Le papier logarithmique peut-il bénéficier de la protection instituée par la loi sur le droit d'auteur? La question pouvait se poser, parce que la doctrine et la jurisprudence se sont montrées pendant longtemps assez larges quant au degré d'originalité et d'individualité nécessaire pour qu'une production puisse être qualifiée d'objet couvert par la législation sur le droit d'auteur. Un parère qui figurerait au dossier rappelle que des livres d'adresses, des formulaires, des catalogues, des prix-courants, des recettes de cuisine ont été considérés comme rentrant dans la catégorie des œuvres littéraires et artistiques. Il

en concluait que les papiers logarithmiques devaient, eux aussi, faire partie de ces œuvres. Ne visent-ils pas à donner, comme les recettes, des instructions aux usagers, instructions graphiques au lieu d'être énoncées en des mots ? Mais cette différence est sans portée pour la question de la protection.

La Cour d'appel du canton de Berne n'a pas été de cet avis. A la vérité, elle n'a pas contesté que la confection des papiers logarithmiques exigeait une certaine activité intellectuelle, mais elle a nié que cette activité fût individuelle et créatrice, ce que prétendait apparemment la demanderesse, lorsque celle-ci parlait des connaissances en mathématiques supérieures dont devrait faire preuve le technicien dessinateur d'un papier logarithmique.

Pourtant, le nœud de la question n'était pas là, si du moins nous avons bien compris le litige. Il ne s'agissait pas tant de savoir si les papiers logarithmiques de la demanderesse étaient des œuvres d'une originalité suffisante pour atteindre le niveau prescrit par la loi sur le droit d'auteur. Là-dessus, on aurait pu discuter longuement, car il est permis de penser que l'activité créatrice qui se manifeste dans la rédaction d'une recette de cuisine, d'un mode d'emploi, d'une formule n'est pas, d'évidence et toujours, supérieure à la force de conception qui permet d'élaborer un papier logarithmique. Non. Le point névralgique était, selon nous, celui-ci. Le papier logarithmique, comme tel et en principe, peut-il bénéficier de la protection selon le droit d'auteur ? La Cour a décidé, croyons-nous, négativement lorsqu'elle a dit : « Si c'est un résultat pratique, sur le terrain technique, qui doit essentiellement être atteint, seule la protection des brevets entre en considération, tandis que le droit d'auteur trouve son application si la transmission d'une activité intellectuelle se trouve au premier plan. » En définitive, l'œuvre littéraire ou artistique doit communiquer à celui qui en prend connaissance un certain contenu de pensée, ou de sentiment, ou de sensation. Et c'est là précisément ce que le papier logarithmique ne peut pas faire. « On doit reconnaître, a dit la Cour, qu'il [id est: les papiers logarithmiques de la demanderesse] ont une application pratique prédominante, en tant que moyens auxiliaires pour le calcul graphique. » Donc, la protection en vertu du droit d'auteur semble exclue. Néanmoins, ne voulant pas trancher d'une manière absolument catégorique la question, la Cour a admis qu'on se trouvait en présence d'un cas-limite situé sur les deux domaines des brevets et du droit d'auteur, et elle a recherché en conséquence si, au point de vue du droit d'auteur, auquel elle était invitée à se placer, il y avait *in concreto* une possibilité de protection. Cet examen a donné également un résultat négatif.

La décision de la Cour d'appel du canton de Berne a fait l'objet d'une intéressante analyse critique du Dr Hans Röber, de Berlin, dans l'*Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht*, volume 14, année 1941, p. 385 et suiv. M. Röber approuve le refus de protection prononcé par la Cour, mais estime que certains aspects du problème n'ont pas été envisagés. — Ainsi, le papier logarithmique ne pourrait-il pas être assimilé à ce que la législation allemande sur le droit d'auteur appelle les illustrations de nature scientifique ou technique, tandis que la loi suisse parle dans le même ordre d'idées des cartes géographiques et topographiques et des autres ouvrages figu-

ratifs de nature scientifique ou technique ? On serait tenté, de prime abord, de répondre à cette question par l'affirmative. Cependant, M. Röber a raison, croyons-nous, de remarquer que le papier logarithmique peut bien être la base sur laquelle s'édifiera un graphique qui sera, lui, le cas échéant, une illustration ou un ouvrage figuratif de nature scientifique ou technique, mais que cette base n'est pas encore l'œuvre protégée par le droit d'auteur. — L'arrêt de la Cour donne à entendre que, peut-être, la protection accordée aux inventions (brevets) pourrait intervenir en l'espèce. Comme la demanderesse ne s'était pas placée sur ce terrain, les juges se sont bornés à une allusion : il ne leur appartenait pas d'aller plus loin. M. Röber, en revanche, a étudié le problème. Il constate que l'objet du brevet à délivrer devrait être le réseau logarithmique comme tel, indépendamment de la feuille concrète de papier. Le brevet porterait donc sur quelque chose d'immatériel, ce qui serait contraire, en tous cas, à la pratique allemande. — La protection à titre de modèle d'utilité pourrait, par contre, s'appliquer aux papiers logarithmiques, parce qu'elle admet l'existence des modèles en surface plane. En fait, un modèle pour de tels papiers a été enregistré en 1909 en Allemagne sous le n° 373 856, précisément par la demanderesse. Il est depuis longtemps tombé dans le domaine public, et maintenant un nouveau dépôt manquerait de l'originalité nécessaire. — Enfin, l'imitation du papier logarithmique ne saurait pas davantage être combattue en tant qu'atteinte aux mœurs, s'il ne s'y ajoute pas d'autres éléments rentrant dans la définition de la concurrence déloyale.

* * *

A ce résumé de l'article de M. Röber, nous voudrions joindre, avec l'aimable autorisation de leur auteur, un extrait d'une pièce de procédure établie par l'avocat de la défenderesse, Maître E. Matter, Dr en droit à Berne, où apparaissent d'une manière que nous croyons très heureuse, les caractéristiques de l'œuvre littéraire, musicale ou artistique. M. Matter insiste sur la nécessité d'un contenu intellectuel de l'œuvre, et la Cour d'appel a retenu son argumentation sur ce point comme sur plusieurs autres, ainsi qu'on le verra. Voici ce que dit le distingué juriconsulte (nous traduisons de l'allemand son exposé).

« D'après l'article 1^{er} de la loi sur le droit d'auteur, sont protégés par la loi les œuvres littéraires et artistiques. Ces œuvres peuvent être de nature artistique, scientifique ou technique. Mais il sera toujours nécessaire qu'une œuvre ait été réellement créée. Il faut comprendre par là, s'il ne s'agit pas d'objets artistiques, une expression de pensée formulée dans une langue et qui apparaît comme le fruit d'une activité propre et intellectuelle de l'auteur. L'œuvre doit donc contenir de la pensée qui se manifeste sous une forme déterminée (cf. Arrêts du Tribunal fédéral, vol. 64, II, 162), et se trouve incorporée dans ladite œuvre. La protection du droit d'auteur a trait à une production intellectuelle qui, en tant que telle, a été fixée dans l'œuvre. L'on doit pouvoir tirer de l'œuvre une certaine substance intellectuelle, elle doit servir à l'enrichissement intellectuel, c'est-à-dire qu'elle doit pouvoir apporter à l'esprit des nourritures intellectuelles (cf. Allfeld, Commentaire, p. 26). En tant que création de l'esprit, l'œuvre est

destinée à être accueillie de façon réceptive par d'autres êtres humains. L'œuvre protégée par le droit d'auteur se présente comme l'enregistrement d'un contenu de pensée fixé dans un écrit. De même que, dans une œuvre d'art, le contenu artistique est protégé, ainsi, dans une œuvre littéraire ou technique, la substance intellectuelle, coulée dans un certain moule, est protégée dans sa fixation concrète.

« Si l'on considère le papier logarithmique sous cet angle, l'on doit constater qu'il n'est pas possible d'y voir une œuvre impliquant une création propre. Le papier logarithmique n'est l'expression d'aucune pensée originale. Il n'est pas susceptible d'être assimilé par celui qui s'y intéresse ni d'être employé par lui pour son développement intellectuel. Le papier logarithmique n'est pas autre chose qu'un instrument de travail, un moyen auxiliaire qui, comme tel, ne peut être couvert par le droit d'auteur. La différence devient intelligible si l'on pense par exemple à un manuel de mécanique ou à un recueil de tableaux chiffrés (*Tabellenwerk*). Tous les deux peuvent être, dans un certain sens, considérés aussi comme des „moyens auxiliaires"... Mais celui qui se sert d'un manuel de mécanique ou d'un recueil de tableaux chiffrés y puise une substance intellectuelle. Un manuel de mécanique sert à transmettre une substance intellectuelle et contribue, par là, à la solution de problèmes techniques. Le papier logarithmique, en revanche, est un moyen auxiliaire en un sens tout différent. Il ne doit pas transmettre une substance intellectuelle; on l'emploie simplement pour y dessiner et pour rendre ainsi plus facile et plus rapide la solution d'un travail intellectuel. Pas plus que l'on ne peut prétendre, au sujet d'un papier millimétré, qu'il transmet le contenu d'une pensée, l'on ne saurait affirmer sérieusement la même chose au sujet d'un papier logarithmique.

« Il serait concevable que, dans certaines conditions, un papier logarithmique pût, après avoir été rempli (le même cas pouvant se présenter pour un papier millimétré), être une œuvre littéraire. Le technicien et le savant pourront éventuellement tirer d'un tel papier logarithmique rempli, à raison des inscriptions qu'il contiendrait, des renseignements sur les rapports de certaines grandeurs ou de certaines fonctions, renseignements qui seront peut-être protégés par le droit d'auteur. Toutefois, la substance intellectuelle pouvant être empruntée au papier logarithmique rempli ne proviendra pas de ce papier comme tel, mais des lignes et courbes qui y auraient été tracées, ainsi que des autres indications qu'on y trouvera éventuellement. La comparaison entre le papier logarithmique simple et celui qui a été rempli montre bien que ledit papier ne saurait constituer, en soi, une œuvre, au sens que le droit d'auteur donne à ce mot. C'est seulement un moyen auxiliaire, une partie de la forme extérieure en laquelle les notions intellectuelles peuvent se manifester, un moyen mécanique pour recueillir un contenu intellectuel et le fixer sous une certaine forme... Le papier logarithmique n'est que la matière première, la substance brute sur quoi un certain contenu intellectuel a été appliqué, tout comme un papier à musique ou un système de notation musicale n'est pas encore la composition musicale. Personne ne prétendra que le papier millimétré simple soit une œuvre littéraire et artistique. Or, le papier logarithmique n'est pas essentiellement différent

du papier millimétré: ils sont tous les deux destinés exactement aux mêmes fins, et si les papiers logarithmiques paraissent „choses difficiles” à un juriste dépourvu de notions mathématiques, il y a lieu de remarquer que le papier millimétré sera peut-être aussi d'une compréhension difficile pour l'analphabète... L'utilisation du papier logarithmique *présuppose* peut-être certaines connaissances, mais ces connaissances n'ont pas été fixées sur le papier logarithmique lui-même.

« L'on doit nettement distinguer une œuvre protégée par le droit d'auteur d'un *produit technique industriel*. Les produits techniques ne peuvent être protégés que par les dispositions relatives au droit des brevets. Une protection simultanée conformément au droit d'auteur est impossible, attendu que, d'après une doctrine juridique reconnue, le droit des brevets règle entièrement la protection, et que le législateur a voulu accorder aux solutions techniques une protection moins étendue dans le temps qu'aux œuvres qui bénéficient du droit d'auteur.

« Les objets qui ne doivent être que des moyens en vue d'une fin pratique ne peuvent jouir de la protection du droit d'auteur. La doctrine allemande admet, par exemple, que les illustrations destinées à la consommation ne sont pas protégées par le droit d'auteur, attendu qu'elles ne servent pas à l'enrichissement intellectuel, mais à un usage matériel (cf. *Marwitz-Möhling*, Commentaire, p. 29). Les produits dont la destination est d'être consacrés à un usage commercial ou technique (produits industriels d'usage pratique) peuvent être protégés par un brevet; ils ne sont pas des œuvres littéraires. Seules peuvent être considérées comme telles les créations qui, par leur substance et leur moyen d'expression, ont pour but principal de transmettre la pensée (cf. *Arrêts civils du Reichsgericht*, vol. 143, p. 412 et suiv., notamment p. 417). Pourrait, par exemple, être protégé par le droit d'auteur un guide pour la fabrication du papier logarithmique, mais non le papier logarithmique lui-même, qui ne fournit pas d'explications sur l'instrument de travail pour calcul graphique, mais qui en est la réalisation même. Le papier logarithmique n'est qu'un moyen technique matériel, qui n'est pas destiné à un usage intellectuel, mais bien à un usage matériel, attendu qu'il doit servir de papier à dessin.

« La demanderesse elle-même était d'avis qu'il s'agissait là d'un moyen technique auxiliaire; cela résulte clairement de ce qu'elle a fait enregistrer son papier logarithmique en Allemagne comme modèle d'utilité. Elle était propriétaire du modèle D.R.G.M. 373 856, du 22 février 1909, pour un „réseau pour représentation graphique avec échelle arithmétique pour les abscisses et échelle logarithmique pour les ordonnées”. Maintenant que la protection résultant du modèle d'utilité est depuis longtemps éteinte, la demanderesse cherche à obtenir une autre protection tirée du droit d'auteur. Aujourd'hui encore, la demanderesse se réfère à la protection du modèle d'utilité, en inscrivant sur ses enveloppes et sur son papier à dessin: „protégé par la loi”.

« En outre, la fabrication du papier logarithmique ne peut pas non plus être considérée comme une production intellectuelle ayant un cachet personnel à laquelle la protection du droit d'auteur serait acquise. Il ne peut cer-

tainement pas être, à proprement parler, question d'une œuvre personnelle lorsque tous les spécialistes qui s'occupent de cette fabrication doivent aboutir nécessairement au même résultat, un peu comme qui multiplie 2 par 2 ou 7 par 8. Si la grandeur des feuilles et les caractéristiques numériques nécessaires sont fixées, tous ceux qui font un papier logarithmique aboutissent au même résultat, à la seule condition de savoir compter. Ce qui paraît si compliqué au juriste, ce fouillis de lignes, est mathématiquement déterminé, est donné une fois pour toutes, et ne peut donc participer à la protection du droit d'auteur. C'est bien ce que confirme le rapport du Prof. S. Celui-ci ne se hasarde pas à prétendre qu'il y a production créatrice dans la fabrication d'un réseau de dimensions déterminées. Il n'ignore pas que le réseau logarithmique est anciennement connu, en tant que tel, et ne peut jamais avoir le caractère d'une création propre.

« La Cour d'appel n'est pas compétente pour statuer sur une action en matière de concurrence déloyale. Conformément à l'article 5 du Code de procédure civile, le Tribunal de commerce connaît de toutes les affaires relatives à la concurrence déloyale, et ce en tant que seule instance cantonale. La compétence de la Cour d'appel ne résulte pas du fait que la partie demanderesse invoque encore un autre motif de droit. Le Code de procédure civile ne connaît pas une compétence „primaire” et une compétence „secondaire”. Ou bien la compétence *ratione materiae* est fondée, ou bien elle ne l'est pas. Étant donnée la disposition de l'article 5 du Code de procédure civile, aucun doute ne peut subsister sur le manque de compétence de la Cour d'appel. Si la partie demanderesse veut faire valoir une action fondée sur la concurrence déloyale, elle peut s'adresser au juge compétent. Les motifs d'économie de procédure ne peuvent suppléer au manque de compétence *ratione materiae* d'un tribunal, sans compter qu'il semble fort douteux que de tels motifs existent en l'espèce.

« On doit observer ce qui suit sur la question de la concurrence déloyale :

« Il est complètement inexact de prétendre que l'article 48 du Code des obligations est applicable dans les cas où il est douteux que l'on puisse parler d'une atteinte au droit d'auteur⁽¹⁾. Ou bien il y a protection selon le droit d'auteur et les dispositions de la loi sur le droit d'auteur règlent exclusivement la question, ou bien il n'y a pas de protection selon le droit d'auteur et il n'existe pas de protection du tout. Il en est de même pour le droit des brevets. Lorsque la protection du brevet fait défaut, vu les circonstances, l'on ne peut chercher à créer un monopole par la voie détournée de l'article 48 du Code des obligations. Le droit d'auteur et le droit des brevets accordent une protection juridique spéciale dont on ne dispose que si les conditions spéciales d'application sont réalisées. Précisément parce qu'on se trouve en présence d'un droit particulier, il ne peut être question d'une interprétation extensive. Il n'y a pas de protection particulière en droit suisse pour les „cas limites” ou les „créations intermédiaires”...

« On sait que la protection résultant du brevet est liée à la condition d'un notable

⁽¹⁾ Voir aussi sur cette question: Tell Perrin, dans le *Recueil de travaux*, offert par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel à la Société suisse des juristes en 1929, p. 189. (Réd.)

progrès technique et à l'existence d'une idée créatrice (degré d'invention) (cf. *Arrêts du Tribunal fédéral*, vol. 63, II, 271). Il y a très souvent un certain progrès, mais qui ne repose pas sur une idée inventive. Ce que peut exécuter tout spécialiste en appliquant les connaissances usuelles de la technique ne constitue pas une invention et ne jouit pas de la protection particulière du droit des brevets. Les petites améliorations de métier sont sans doute méritoires, mais elles ne peuvent prétendre au monopole qui revient à l'inventeur. La législation n'a pas voulu accorder de protection légale à ces petites innovations et améliorations.

« Cette solution repose sur l'idée qu'en définitive, dans l'économie et dans la technique, tout progrès s'édifie sur ce qui existe déjà. Personne ne saurait créer quoi que ce soit sans se servir du travail de ses devanciers. Ce serait faire tort à la collectivité et apporter un sérieux obstacle au développement économique que d'accorder une protection à toutes les petites innovations ou améliorations et de les soustraire ainsi à l'utilisation commune. L'on doit aussi se rappeler que bien des travaux antérieurs, qui seuls ont rendu possibles les améliorations ou innovations, ne jouissent d'aucune protection. C'est ainsi que la propriété dite scientifique n'est pas protégée. Les connaissances et théories scientifiques ne jouissent que de la protection formelle qui est celle du droit d'auteur, pour autant qu'elles sont fixées sous une forme particulière, mais chacun peut s'en servir et les exploiter.

« En partant de ces considérations, la jurisprudence suisse a toujours refusé d'accorder une protection tirée de l'article 48 du Code des obligations aux productions acquises au domaine public, pour lesquelles n'existe pas de protection selon le droit des brevets. Il n'y a rien d'illicite à imiter ou à contrefaire de telles productions. Et il en est ainsi même lorsque le créateur de la production a fourni un apport considérable sous forme de travail, de recherches ou d'idées-clefs. Les imitateurs peuvent utiliser tout cela gratuitement (cf. *Arrêts du Tribunal fédéral*, vol. 57, II, 457-461; *Germann*, dans la *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, vol. 72, p. 64 et suiv.). Même si la défenderesse avait simplement copié le papier logarithmique de la demanderesse pour s'épargner des frais — ce qui, d'ailleurs, n'est pas le cas — la demanderesse ne pourrait pas en tirer argument pour faire valoir une revendication quelconque. »

Bibliographie

PUBLICATIONS NOUVELLES

FIRKİ ESERLER HAKKINDA KANUN PROJESİ (Projet de loi concernant les œuvres intellectuelles), par le Prof. Dr Ernst H. Hirsch, de l'Université d'Istanbul. Tirage à part de la Revue de la Faculté de droit de l'Université d'Istanbul, 1941. Une brochure de 76 pages, 17×25 cm.

Cette étude porte sur le projet de loi sur le droit d'auteur, qui a été préparé sur l'ordre du Ministre de l'Instruction publique, et qui s'inspire de la Convention de Berne.