



Chapitre d'actes

2015

Accepted version

Open Access

This is an author manuscript post-peer-reviewing (accepted version) of the original publication. The layout of the published version may differ .

Bien et immatériel : rapport suisse

Benhamou, Yaniv

How to cite

BENHAMOU, Yaniv. Bien et immatériel : rapport suisse. In: L'immatériel : Journées internationales de l'Association Henri Capitant 2014. Barcelone et Madrid. Bruxelles : Bruylant, 2015. p. 307–330. (Travaux internationaux Henri Capitant)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:83488>

BIENS ET IMMATÉRIEL EN SUISSE

Yaniv BENHAMOU

Attorney-at-law, Lecturer University of Geneva

À l'ère de la globalisation des marchés, du développement des moyens de communications et du numérique, les biens immatériels ont pris une importance sans cesse croissante. À titre d'exemple, selon une récente étude publiée par l'OMPI, elle représente aujourd'hui environ 90 % de la valeur totale des entreprises¹. Avec l'internet et les réseaux, on assiste par ailleurs à une dématérialisation constante des biens. Il suffit de songer au web social (appelé également web 2.0) rendant chaque internaute potentiel fournisseur de contenu ou à l'internet des objets (appelé également web 3.0) illustrant le passage du monde physique au monde numérique pour tout objet de consommation.

L'étude du lien entre l'immatériel et les biens indique comment appréhender ce phénomène de dématérialisation, en particulier s'il faut traiter l'immatériel par analogie avec les biens matériels (application du droit commun aux biens immatériels) ou par autonomie des biens immatériels (application d'un régime dérogatoire spécifique aux biens immatériels). Ce lien est une question pluridisciplinaire (touchant plusieurs domaines à la fois ; juridique, sociologique, politique, économique) et complexe (les technologies ne cessent d'évoluer) qui force l'ordre juridique à se réinventer continuellement. À cet égard, le questionnaire sur « l'immatériel et les biens » proposé aux rapporteurs nationaux lors des journées espagnoles de l'association Capitant des amis de la culture juridique française en 2014 sur « l'immatériel » est très utile en ce qu'il permet d'examiner comment les différents ordres juridiques appréhendent ce rapport.

¹ DEGNAN/NAPPER, Trade, Service, Persona Marks Get Big Royalties, in Les Nouvelles, sept. 1999, 125 et s., 125 : la valeur immatérielle de l'entreprise Amazon.com à 98 %, celle de Starbucks à 84 % et celle de McDonald à 73 %. Cf. le rapport MILLWARD BROWN OPTIMOR, the BrandZ Top 100 Most Valuable Global Brands ranking, WPP 2011 : la valeur de la marque Apple à 153 milliards de dollars, en tête des marques les plus prospères, devant Google estimée à 111 milliards de dollars, IBM à 100 milliards de dollars et Microsoft à 78 milliards de dollars.

La première partie de cette contribution répond aux questions du questionnaire en suivant de près la structure proposée et en se limitant aux biens immatériels protégés par un droit de la propriété intellectuelle (œuvre, invention, signe distinctif, design, circuit semi-conducteur), ce dans une logique de droit comparé (A. Première partie).

La deuxième partie examine des questions plus prospectives liées à la dématérialisation croissante des biens, en étendant la réflexion au-delà de la propriété intellectuelle et en incluant tous types de biens immatériels, tels que les prestations intellectuelles (p.ex. savoir-faire, secrets commerciaux, liste de contacts) et les données personnelles (B. Deuxième partie).

PREMIÈRE PARTIE : BIENS IMMATÉRIELS PROTÉGÉS PAR UN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

I. QUALIFICATION DE BIENS IMMATÉRIELS

1. Quels sont, selon votre système juridique, les biens immatériels ? La dénomination « biens immatériels », est-elle d'origine légale ou s'agit-il d'une création de la doctrine scientifique ou de la jurisprudence des cours de justice ?

Les biens matériels (ou choses), objets des droits réels, sont définis comme toute portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel qui est susceptible de maîtrise humaine et qui n'est pas un animal ; seul un objet matériel pourrait donc constituer une « chose »². Les biens immatériels, objets du droit des biens immatériels, sont définis comme toute création de nature intellectuelle. Ils se distinguent ainsi fondamentalement des choses du fait de leur nature intellectuelle (incorporelle, ubiquitaire et inconsommable)³.

La dénomination de bien immatériel est d'origine légale puisque, parmi les nombreux biens immatériels auxquels on peut songer (p. ex. données, idées, prestations intellectuelles), le législateur n'a choisi de protéger que certaines catégories bien déterminées, introduisant ainsi un *numerus clausus* des biens immatériels protégés et laissant les autres à la libre disposition du public⁴. Il s'agit des œuvres littéraires et artistiques protégées par la LDA, des inventions protégées par la LBI, des signes distinctifs (particulièrement les marques) protégés par la LPM, des designs protégés par la LDes et des circuits semi-conducteurs

² STEINAUER, *Les droits réels*, Tome I, Berne 2012, N 61 ; REY, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, 3^e éd., Berne 2007, N 81.

³ JÄNICH, *Geistiges Eigentum - eine Komplementärerscheinung zum Sacheigentum?*, Tübingen 2002, 226; HEINRICH, *Immaterialgüter sind geistiger Natur*, in: FS Lucas David, Zürich 1996, 9 et s. ; VOGT, *Sonderzivilrecht für Immaterialgüter - dargestellt anhand der vermögensrechtlichen Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen*, recht 1997 231 et s., 234.

⁴ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, Tome I, 2^e éd., Bâle 1996, 32.

(topographies) protégées par la LTo⁵. L'approche d'exclure tels ou tels biens immatériels du champ de protection des lois spéciales (*numerus clausus*) est souvent remise en question⁶. Elle convainc toutefois la doctrine majoritaire suisse, laquelle rappelle qu'une liberté d'imitation est bénéfique au fonctionnement d'une saine concurrence en ce qu'elle permet la diffusion d'innovations tout en induisant une baisse des prix⁷.

2. *Les biens immatériels sont-ils reconnus dans votre système juridique comme soumis à un droit de propriété ? Existe-t-il dans le Code civil ou dans le Code de commerce de votre pays une référence ou régulation des biens immatériels ?*

La propriété est le pouvoir absolu de disposer d'une chose dans les limites de l'ordre juridique⁸. L'ordre juridique reconnaît à l'ayant droit la propriété sur un bien immatériel, grâce au droit de propriété intellectuelle (« DPI »). Le DPI octroie à l'ayant droit un droit subjectif, soit la maîtrise sur le bien à l'exclusion de toute autre personne (*erga omnes*)⁹.

La maîtrise n'est pas factuelle mais juridique car les biens immatériels ne peuvent pas faire l'objet d'une maîtrise effective¹⁰. Il octroie un droit exclusif, soit la faculté d'utiliser librement le bien et d'interdire les tiers d'utiliser le bien¹¹. Dès lors, l'ayant droit peut déterminer si et comment le bien peut être utilisé, modifier la situation juridique (interdire ou autoriser l'utilisation) ou céder ses droits à des tiers. L'exclusivité n'est pas absolue car chaque DPI contient des limites légales faisant l'objet de dispositions expresses (utilisation à des fins privées, privilège de recherche, licence obligatoire, droit des tiers dérivé d'un usage antérieur, etc.)¹², des limites découlant de la constitution (p. ex. liberté économique) et des habitudes ou besoins quotidiens¹³. Dès lors, la « propriété

⁵ Loi fédérale sur la protection des designs (LDes), RS 232.12 ; Loi fédérale sur la protection des topographies de produits semi-conducteurs (LTo), RS 231.2.

⁶ A. TROLLER, *Numerus clausus*, 771-774, considérant que c'est à tort que les instructions à l'esprit humain sont exclues des lois spéciales de propriété intellectuelle ; FLUCKIGER, L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ?, PJA 2013, 837 et s., 861, proposant un régime de propriété sur les données personnelles, calqué sur le régime du droit d'auteur. Cela permettrait aux exploitants des réseaux sociaux par exemple d'obtenir la qualité d'ayant-droit de la personne au sujet de laquelle des données sont traitées et d'exercer directement les droits patrimoniaux qui lui ont été cédés, à l'opposé du droit moral qui demeurerait attaché à la personne concernée.

⁷ Cf. SCHLOSSER, La protection des secrets économiques, in: CEDIDAC. Entreprise et propriété intellectuelle Travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 3 juin 2009, 83, et les références citées: la reprise ou copie de prestations d'autrui ne jouissant d'aucune protection au titre de la propriété intellectuelle peut, selon les circonstances, être considérée comme déloyale au sens de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD).

⁸ TROLLER, 21.

⁹ STEINAUER, N 12 ; K. TROLLER, 27.

¹⁰ REY, N 66 .

¹¹ THOUVENIN, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, Thèse, Zurich 2005, 267. Voir toutefois le courant doctrinal qui refuse d'admettre un droit positif d'utilisation car le DPI ne garantit pas automatiquement un droit d'utilisation sans violer d'autres droits, cf. JENNY, 22 et s.

¹² En droit des brevets : art. 9, al. 1, let. a et b, art. 35, al. 1, 2 et 3, art. 36 LBI et le privilège de recherche. En droit d'auteur : art. 11, al. 3, art. 12, art. 19, art. 21, art. 22, al. 2, art. 23, art. 24, art. 25, art. 26, art. 28 LDA. En droit des marques : art. 14 LPM.

¹³ JENNY, Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Thèse Zurich 2005, 23, voir n. 125.

intellectuelle » est un terme adéquat car les biens immatériels sont créés par l'intellect et caractérise le rapport de maîtrise sur l'aspect patrimonial et personnel du bien¹⁴.

Le Code civil (CC) et le Code des obligations (CO) ne font aucune référence aux biens immatériels, excepté l'article 332 CO réglant la question de l'invention et du design créé par un employé.

3. En outre, le cas échéant, du Code civil ou du Code du commerce, quelles sont les lois spécifiques qui règlent les biens immatériels ?

Conformément au *numerus clausus* des biens immatériels juridiquement protégés, la propriété intellectuelle au sens étroit englobe les lois spéciales de PI. Celles-ci couvrent les œuvres littéraires et artistiques protégées par la LDA, les inventions protégées par la LBI, les signes distinctifs protégés par la LPM, les designs protégés par la LDes et les topographies de circuits semi-conducteurs protégés par la LTo¹⁵.

En plus des lois de PI, d'autres biens immatériels, considérés comme proches de ceux protégés par les lois de PI, sont protégés par d'autres bases légales. On parle alors de propriété intellectuelle au sens large. Il s'agit principalement de la raison sociale utilisée par les entreprises dans le commerce et permettant de se démarquer des autres acteurs du marché, protégée en tant que *raison de commerce* par l'article 956 CO si elle est inscrite au registre du commerce ou protégée en tant que *nom commercial* si elle est utilisée dans le commerce par la loi contre la concurrence déloyale (LCD) et éventuellement par les articles 28 et 29 CC. Il s'agit également de certaines prestations intellectuelles, tels que le savoir-faire (*know-how*) et les secrets commerciaux (de fabrication ou d'affaires), protégés par le CP qui réprime pénalement la violation du secret de fabrication ou du secret commercial et par la LCD qui réprime les pratiques commerciales contraires aux règles de la bonne foi et aux bonnes mœurs, en particulier l'incitation à révéler des secrets de fabrication ou d'affaires (art. 4 lit. c LCD), l'exploitation d'une prestation d'autrui de façon indue ou grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant (art. 5 LCD) ou la violation des secrets de fabrication ou d'affaires (art. 6 LCD). Ces biens immatériels ne font pas l'objet de droit exclusif subjectif absolu (maîtrise juridique absolue), contrairement à ceux protégés par les lois spéciales de PI, mais d'un simple droit exclusif imparfait conférant au titulaire des moyens de défense lorsqu'une utilisation indue ressort des circonstances¹⁶.

¹⁴ TROLLER, 22.

¹⁵ Loi fédérale sur la protection des designs (LDes), RS 232.12 ; Loi fédérale sur la protection des topographies de produits semi-conducteurs (LTo), RS 231.2.

¹⁶ TROLLER, 42.

4. *Existe-t-il, dans le domaine du droit public de votre pays, quelque régulation spécifique par rapport aux biens immatériels ? Dans ce cas, quels biens sont considérés immatériels et quelle protection juridique ont-ils ?*

Le droit de la PI appartient de façon prépondérante au droit privé, en réglementant le pouvoir des particuliers sur les biens immatériels qu'ils ont créés ou acquis, sans que l'État n'y participe¹⁷. Au-delà du droit privé, le droit de la PI comporte de nombreuses dispositions de droit public qui réglementent l'activité administrative des autorités des registres et l'octroi des droits par l'État (ordonnances concernant les activités de l'IPI, normes érigeant certains actes en infractions pénales, dispositions du CP portant sur l'utilisation de données). En plus de ces dispositions de droit public, certaines entités publiques, telles que les Ecoles Polytechniques Fédérales et les Universités, contiennent une réglementation des biens immatériels, par exemple en prévoyant une cession automatique des DPI créés par les employés en faveur de l'employeur¹⁸.

5. *Dans la summa divisio entre les biens immeubles et les biens meubles, peut-on affirmer que les biens immatériels sont des biens meubles ?*

Non, la *summa division* en Suisse distingue, parmi les biens juridiques, entre les biens corporels (meuble ou immeuble) et incorporels (honneur, invention, œuvre, signe distinctif, etc.). Les biens corporels ont toujours été reconnus par l'ordre juridique comme objets de droit, susceptibles de propriété et de possession, tandis que les biens incorporels ont été bien plus tardivement reconnus comme des biens juridiques, notamment par les lois de PI qui déterminent quelles prestations créatives ou quels signes sont protégés comme objet de droit¹⁹.

II. ACQUISITION DE DROITS SUR LES BIENS IMMATÉRIELS

1. *Conformément au système juridique de votre pays, quelles sont les modalités d'acquisition originaires de la propriété des biens immatériels ? Sont-elles les mêmes que dans le cas de l'acquisition originaires de la propriété des biens matériels ?*

L'acquisition originaires suppose que l'on acquiert un bien par soi-même, sans tirer son droit de quelqu'un d'autre. L'acquisition originaires des biens immatériels est gouvernée par le principe du créateur : le titulaire d'un bien immatériel est celui qui l'a créé. Ce principe vaut dans toute la propriété intellectuelle : il prévaut systématiquement en droit d'auteur (toute personne autre que le créateur ne peut acquérir la propriété que par contrat ou par succession et est titulaire dérivé).

¹⁷ TROLLER, 27. On peut toutefois se demander si la LCD, malgré sa structure de droit privé, ne ressort pas plutôt du droit public en tant qu'il vise à réglementer le comportement des acteurs sur le marché.

¹⁸ Par exemple l'article 36, alinéa 1 de la loi sur les EPF : « *Tous les droits sur des biens immatériels que des personnes ayant des rapports de travail au sens de l'article 17 créent dans l'exercice de leur activité au service de leur employeur reviennent aux EPF et aux établissements de recherche ; les droits d'auteur ne sont pas concernés par cette disposition* ».

¹⁹ TROLLER, 17-18.

Il prévaut généralement en droit des brevets et des designs, à l'exception des créations réalisées dans le cadre des rapports de travail qui sont cédées légalement à l'employeur, lequel en devient titulaire originaire.

La comparaison avec les biens matériels est délicate puisque les biens matériels ne sont pas de nature intellectuelle et ne sont donc pas régis par le même principe du créateur. Leur acquisition originaire est par ailleurs essentiellement théorique puisqu'elle concerne uniquement une chose sans maître (p.ex. un animal sauvage) ou par l'occupation.

2. Dans votre système juridique, est-il possible d'acquérir la propriété par le biais de l'usucapion (prescription acquisitive) ?

Les biens immatériels sont des choses intellectuelles qui se trouvent à l'origine en étroite relation avec leur créateur. Si le titulaire disparaît sans laisser d'héritier ou de successeur, le bien immatériel devient une chose sans maître. Cela arrive souvent (p. ex. société titulaire d'une marque, d'un brevet disparaît à la suite d'une faillite). Même si l'enregistrement de la marque et du brevet devient nul par suite de la disparition du titulaire, à qui appartient le bien immatériel sous-jacent, le signe distinctif et l'invention qui continuent d'exister ? Un écrivain, un architecte décède en Suisse (sans domicile en Suisse) sans laisser d'héritier ni de testament. À qui appartient le manuscrit, les plans ?²⁰

Selon la doctrine, les règles régissant l'acquisition d'un chose sans maître doivent être appliquées par analogie : les biens immatériels sans maître sont susceptibles d'acquisition par occupation (CC 718 « celui qui prend possession d'une chose sans maître, avec la volonté d'en devenir propriétaire, en acquiert la propriété »)²¹. Ainsi, le collaborateur de l'ingénieur qui déclare reprendre le projet et qui en prend possession avec la volonté d'en acquérir la propriété, il en acquiert la propriété. Mais quid si deux autres collaborateurs déclarent qu'ils prennent possession ? Y a-t-il la prescription acquisitive (CC 722 « *La chose est acquise à celui qui l'a trouvée et qui a satisfait à ses obligations, si le propriétaire ne peut être découvert dans les cinq ans à compter de l'avis à la police ou des mesures de publicité* ») si l'ingénieur garde le projet dans un tiroir pendant cinq et le présente par la suite ? Ces questions ne sont traitées ni par la jurisprudence, ni par la doctrine²².

3. La copropriété des biens immatériels, est-elle soumise à des règles particulières ou est-elle soumise aux mêmes règles que la copropriété ordinaire sur les biens matériels ?

Le copropriété ordinaire (ou plutôt propriété collective) des biens matériels est traitée aux articles 646 et suivants CC, soit aux articles 646 à 651 CC pour la copropriété (chacun dispose d'une part idéale) et aux articles 652 à 654 CC pour la propriété en main commune (les titulaires forment une communauté).

²⁰ TROLLER, 22 s.

²¹ TROLLER, 23.

²² TROLLER 23.

La propriété collective des biens immatériels est principalement traitée par les mêmes règles du CC avec quelques tempéraments dans les lois spéciales de PI. Le statut juridique des co-créateurs est celui d'une propriété en main commune (art. 652 et s.)²³. Le principe de la propriété en main commune signifie que les différents membres de la communauté ne peuvent disposer de leur droit que d'un commun accord. Cette propriété commune est dite toutefois *sui generis* parce que les lois de PI apportent des tempéraments aux règles des articles 652 et suivants CC.

En droit d'auteur, la loi prévoit que lorsque plusieurs personnes ont concouru en qualité d'auteurs à la création d'une œuvre, le droit d'auteur leur appartient en commun (art. 7, al. 1 LDA). L'article 7, alinéa 2 LDA tempère le principe selon lequel les membres ne peuvent disposer de leur droit que d'un commun accord en prévoyant qu'aucun des membres ne peut refuser son accord pour des motifs contraires aux règles de la bonne foi. L'article 7, alinéa 4 LDA tempère le principe selon lequel le droit de chacun s'étend au tout : il est permis d'utiliser séparément son apport, à condition que l'exploitation de la prestation commune n'en soit pas affectée²⁴.

En droit des brevets, la loi prévoit que lorsque plusieurs personnes ont fait ensemble une invention, le droit au brevet leur appartient en commun (art. 3, al. 2 LBI). En s'exprimant ainsi, la LBI ne permet toutefois pas de déterminer si le droit à la délivrance du brevet revient en copropriété ou en propriété commune aux différents inventeurs. Indépendamment du statut de l'invention commune, l'article 3, alinéa 2 LBI accompagné de l'article 33, alinéa 2 LBI prévoit que l'exercice d'un certain nombre d'actes nécessite le consensus de tous les co-inventeurs (décision de déposer une demande de brevet, de conserver le secret ou de procéder à une publication, et quant à la disposition du droit au brevet dans son entier ; octroyer une licence)²⁵.

En droit des design, la loi prévoit que, si plusieurs personnes ont créé ensemble un design, elles sont autorisées (mais pas obligées) à le déposer en commun (art. 7, ch. 2 LDes). La loi ne précise pas si les créateurs deviennent copropriétaires de l'enregistrement ou le droit leur appartient-il en mains communes, mais la doctrine considère qu'il s'agit d'une propriété en main commune car ils ont uni leurs efforts en vue de la création du design – ainsi, ils forment une société simple, et les fruits de leurs efforts leur appartiennent en mains communes²⁶. Ceci a pour conséquence que des actes de disposition sur le design ne sont possibles qu'avec l'accord de tous les associés (sous réserve des comportements jugés contraire à la bonne foi).

²³ Pour le droit d'auteur, cf. ATF 129 III 719, JdT 2004 I 274 ; BARRELET/EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, Berne 2008, LDA 7 N 2.

²⁴ CR PI- CHERPILLOD, LDA 7 N 18.

²⁵ CR PI-TISSOT, LBI 3 N 14-16.

²⁶ CR PI-TROLLER/WIDMER, LDes 7 N 6 s.

4. *La possession des biens immatériels, est-elle admise dans votre système juridique? Si la réponse est affirmative, a-t-elle les mêmes caractéristiques que la possession des biens matériels ou est-elle différente? Quels sont les mécanismes de défense de la possession des biens immatériels?*

La possession est la maîtrise effective sur une chose (CC 919, ch. 1 « *celui qui a la maîtrise effective de la chose en a la possession* »). Elle a une importance considérable en droit des biens matériels. Par exemple, si un particulier achète de bonne foi un objet d'art original à un usurpateur ou à un voleur qui prétend être le propriétaire de l'objet, il en devient propriétaire (CC 714, al. 2 « *Celui qui, étant de bonne foi, est mis à titre de propriétaire en possession d'un meuble en acquiert la propriété, même si l'auteur du transfert n'avait pas qualité pour l'opérer; la propriété lui est acquise dès qu'il est protégé selon les règles de la possession.* »).

En droit de la PI, la possession a une moindre importance du fait de la dématérialisation fréquente des biens immatériels. Par exemple, le droit d'auteur, des brevets, du design ou de topographie peut être transféré par une simple déclaration sans remise concomitante du bien immatériel, *i.e.* sans que l'acquéreur soit mis en possession intellectuellement ou par le moyen d'un véhicule de communication (description de l'invention, manuscrit, dessin, etc.)²⁷.

La possession peut toutefois revêtir une certaine importance²⁸, la possession n'étant pas uniquement caractérisée par la puissance physique sur une chose, mais également par la maîtrise économique résultant de l'ordre juridique. :

- en droit des brevets, la possession d'une invention a une importance concernant la cession et la demande d'enregistrement du bien : l'ayant droit à une invention qui en a perdu la possession peut exiger la réintégration comme seul ayant droit (LBI 29 : « *Lorsque la demande de brevet a été déposée par une personne qui, selon l'article 3, n'avait pas droit à la délivrance du brevet, l'ayant droit peut demander la cession de la demande de brevet ou, si le brevet a déjà été délivré, en demander la cession ou intenter l'action en nullité* »). La possession d'une invention a également une importance concernant l'utilisation antérieure de bonne foi. Le possesseur de bonne foi est protégé (LBI 35 I : « *Le brevet ne peut être opposé à celui qui, de bonne foi, avant la date du dépôt de la demande de brevet ou celle de la priorité, utilisait l'invention professionnellement en Suisse ou y avait fait à cette fin des préparatifs spéciaux* ») ;
- en droit des marques, la possession d'un signe distinctif a également une importance, lorsqu'un signe est employé mais non enregistré. Mais cette possession ne sera pas défendue grâce aux règles des droits réels, mais grâce au droit de la personnalité et de la concurrence.

²⁷ En revanche, le droit à un nom commercial, un conditionnement, une enseigne, à un secret ne peut être transféré que si l'acquéreur en prend possession, qu'avec le transfert de la maîtrise effective, puisqu'il n'existe pas de droits propres transmissibles les concernant

²⁸ TROLLER, 44.

La possession des biens immatériels est toutefois vulnérable en raison de l'ubiquité de ces derniers (n'importe qui peut percer un secret, utiliser une marque, reproduire une œuvre). En cas d'usurpation d'un bien immatériel, sa restitution physique est sans importance (on ne saurait obliger à oublier un secret celui qui en a obtenu connaissance de façon illicite). Partant, les règles sur la possession (art. 927 CC) permettent uniquement d'obliger l'usurpateur à ne plus utiliser le bien immatériel, de quelque manière que ce soit.

La jurisprudence a accordé peu d'attention au problème de possession des biens immatériels. Or, les médias électroniques permettent le transfert de toute information et crée un risque de propagation illicite des biens immatériels. Pour pallier ce danger, il convient de chercher des moyens qui permettront une défense rapide et effective contre l'usurpation de la possession des biens immatériels (p. ex. intervention des douanes à l'égard d'envois suspects).

5. *En ce qui concerne particulièrement le droit d'auteur, l'acquisition du support auquel l'œuvre est incorporée, signifie-t-elle l'acquisition d'une faculté d'exploitation de l'œuvre ?*

Le droit d'auteur est régi par le principe d'indépendance entre les droits d'auteur sur l'œuvre et les droits sur l'exemplaire physique de l'œuvre, en vertu de l'article 16, alinéa 3 LDA qui dispose : « *le transfert de la propriété d'un exemplaire de l'œuvre n'inclut pas sauf convention contraire d'autorisation d'utilisation des droits d'auteur relatifs à cette œuvre même s'il s'agit d'un original* ». Il faut donc distinguer entre la propriété intellectuelle (les droits d'auteurs sur une œuvre) et la propriété civile (les droits réels sur l'exemplaire de l'œuvre). D'expérience, il apparaît que la confusion se produit souvent en matière de logiciels. Ainsi la transmission du code source d'un logiciel (livré sous une forme physique, p. ex. un CD) ne signifie pas pour autant que le propriétaire du support comportant le code source obtient une cession des droits d'auteur sur le programme d'ordinateur²⁹. Il est donc essentiel de bien distinguer les droits d'auteur sur l'œuvre et les droits de propriété civile sur le support physique incorporant l'œuvre.

L'article 16, alinéa 3 LDA est une présomption réfragable³⁰, selon laquelle le propriétaire de l'exemplaire de l'œuvre ne détient pas de droit d'auteur sur l'œuvre³¹. Selon la jurisprudence, la remise des exemplaires d'une œuvre commandée (dessins) peut toutefois comporter la cession tacite des droits d'auteurs sur cette œuvre³². Une personne qui réalise un dessin dans un but précis sur commande d'un tiers doit, de bonne foi, partir du principe que le transfert des dessins contre rémunération comporte la cession du droit d'utilisation relatif

²⁹ CR PI- DE WERRA, LDA 16.

³⁰ CR PI- DE WERRA, LDA 16 n. 144.

³¹ CR PI- DE WERRA, LDA 16 n. 145.

³² CR PI- DE WERRA, LDA 16 n. 146.

à l'utilisation convenue³³. On peut ainsi parfois déduire du transfert de la propriété sur l'exemplaire physique de l'œuvre l'existence d'une cession tacite des droits d'auteur³⁴.

6. Quel est le système de transmission (acquisition dérivative) de la propriété des biens immatériels ? La transmission totale de la propriété est-elle possible ou, par contre, est-il seulement possible la cession, la concession ou la licence de certaines facultés d'exploitation du bien immatériel ?

L'acquisition originale des DPI est régie par le principe du créateur, selon lequel le titulaire du bien immatériel est celui l'a créé (excepté les cas de cession légale à l'égard de l'employeur pour les brevets et designs créés par un employé dans le cadre de ses rapports de travail et auquel cas l'employeur est titulaire originaire).

L'acquisition dérivée se définit comme tout transfert du bien immatériel du titulaire originaire à un tiers, par voie contractuelle ou successorale. En propriété industrielle, la transmission totale est possible. En droit d'auteur, elle est également possible pour les droits d'utilisation mais pas pour les droits moraux. En effet, la cession (contractuelle) est sujette aux limites générales de l'ordre juridique (art. 19 et 20 CO ; art 27 CC) et la cessibilité des droits moraux est considérée comme une atteinte au droit de la personnalité au sens de l'article 27 CC ou comme contraire aux bonnes mœurs au sens de l'article 19, alinéa 2 CO)³⁵.

7. Est-ce que votre système juridique reconnaît la transmission gratuite des biens immatériels ?

La transmission (ou transfert) des biens immatériels peut tout à fait s'inscrire dans le contexte d'une donation³⁶. En vertu du principe de la liberté contractuelle, les DPI peuvent être cédés à des tiers sur la base de tout type de contrats (p. ex. donation, échange, apport en nature, contrat de travail, contrat d'entreprise, etc.)³⁷.

Les articles 17 LPM, 16 LDA, 14 LDes et 33 LBI prévoient que le titulaire peut transférer tout ou partie de son droit. Un tel contrat peut prendre différentes formes (vente, donation, contrat de société simple, opérations de transfert de patrimoine ou autres opérations régies par la LFus)³⁸. Les lois de PI ne traitent par contre pas des modalités contractuelles d'un tel transfert qui sont réglementées par le droit des obligations. L'acte générateur d'obligation n'a que des effets relatifs et n'est en principe soumis à aucune forme, sous réserve de celle imposée par le droit des obligations pour le type d'acte concerné (p. ex. art. 243, al. 1 CO pour la promesse de donation)³⁹. L'acte générateur peut notamment prendre la forme d'un contrat de donation auquel les articles 242 et suivants CO seront

³³ CR PI- DE WERRA, LDA 16 n. 147.

³⁴ CR PI- DE WERRA, LDA 16 n. 148.

³⁵ CR PI- DE WERRA, LDA 16 N 13.

³⁶ BARRELET/EGLOFF, LDA 12 N 9.

³⁷ BARRELET/EGLOFF, LDA 16 N 4 ; VON BÜREN/MEER, SIWR II/1, p. 250.

³⁸ CR PI- DE WERRA, LPM 17 N 6.

³⁹ CR PI- DE WERRA, LPM 17 N 13.

applicables (si le contrat est soumis au droit suisse). Il va en outre de soi que les moyens découlant de la partie générale restent applicables à ce type de contrat⁴⁰.

8. Quelles sont les règles pour la transmission mortis causa de la propriété sur les biens immatériels ? Existe-t-il des règles spéciales pour cette transmission, ou sont applicables les règles ordinaires pour la transmission des biens mortis causa ?

Les droits d'auteur sont transmissibles par succession (art. 16, al. 1 LDA). Contrairement au droit des contrats qui empêche la cessibilité des droits moraux (art. 19 et 20 CO ; art 27 CC), le droit des successions permet la transmissibilité du droit d'auteur dans son ensemble (le droit moral n'étant pas considéré comme un droit de la personnalité au sens de l'article 28 CC et donc non transmissible conformément à l'article 31, alinéa 1 CC)⁴¹.

Aussi longtemps que l'auteur n'a pas pris de dispositions contractuelles ou pour cause de mort concernant ses droits d'auteurs, ses héritiers disposent de l'entière liberté dans l'exercice des droits d'auteurs dont ils ont hérité et sont désormais pleinement titulaires (y compris des prérogatives relevant du droit moral). En vertu des règles ordinaires du droit de succession (art. 602, al. 2 CC), les héritiers doivent agir à l'unanimité. Les règles concernant les coauteurs (art. 7 LDA) ne sont pas applicables aux communautés héréditaires⁴².

Afin de contrôler sa succession artistique, l'auteur peut prendre différentes dispositions pour cause de mort⁴³. L'auteur peut en particulier désigner un exécuteur testamentaire (art. 517 CC) dans le but d'exercer ou de surveiller l'exercice de (certains de) ses droits d'auteur. Au vu de la durée de protection du droit d'auteur (en principe 70 ans après la mort de l'auteur selon l'article 29 LDA), il serait au demeurant opportun que l'auteur nomme une personne morale comme exécuteur testamentaire pour éviter le risque de décès de l'exécuteur testamentaire qu'il aurait désigné. L'auteur peut aussi, par le biais de charges (art. 482 CC), imposer des restrictions à l'exercice des droits d'auteur, par exemple afin d'interdire la publication par les héritiers d'œuvres non achevées⁴⁴. L'auteur peut aussi créer une fondation, à laquelle il pourrait transférer ses droits d'auteurs dans les limites posées par le droit successoral afin de préserver les droits de ses héritiers légaux (soit de son vivant, soit dans le cadre de l'établissement d'une fondation pour cause de mort)⁴⁵.

Le droit des marques et de design parle de transfert volontaire du droit (art. 17 LPM et art. 14 LDes). Un transfert du droit peut toutefois s'opérer dans d'autres circonstances, notamment en vertu du droit successoral (en cas de décès du titulaire), dans le cadre de procédures de poursuites et faillites (cf. art. 19 LPM), sur la base d'opérations de transfert de patrimoine (opérées selon la LFus)

⁴⁰ TF, arrêt du 6.9.2000, 4C.26/2000 (invalidation d'un contrat de vente de marque pour dol, art. 28 CO).

⁴¹ BARRELET/EGLOFF, LDA 16 N 12.

⁴² ATF 121 III 118, 121, JdT 1995 I 274.

⁴³ BAUMGARTNER, 97ss ; DE WERRA, Droit d'auteur et successions, sic! 2000, 685 et s., 691.

⁴⁴ BAUMGARTNER, 103.

⁴⁵ BAUMGARTNER, 79 et s., 115 et s. ; DE WERRA, sic! 2000, 694 et s.

affectant le titulaire de la marque ou sur la base d'une décision judiciaire (art. 54 LPM)⁴⁶.

Le droit des brevets mentionne la transmission du droit au brevet ou du droit à la délivrance du brevet par voie successorale (art. 33, al. 1 LBI). Les règles du droit successoral s'appliquent dans un tel cas⁴⁷. Le droit d'être désigné comme inventeur (art. 5 LBI) qui découle du droit de la personnalité de l'inventeur passe aux héritiers, ce droit ne permettant naturellement pas à ces derniers de le faire valoir à leur profit (soit d'être mentionnés comme inventeurs), mais seulement de demander la mention de l'inventeur défunt⁴⁸. En tant que titulaires du droit, ils peuvent renoncer à la mention du nom de l'inventeur (art. 6, al. 1 LBI)⁴⁹.

9. Est-il possible dans votre pays de constituer des droits de garantie sur les biens immatériels ? Existe-t-il des mécanismes de publicité spécifiques pour ces garanties ?

En vertu de la liberté contractuelle, les DPI peuvent être mis en gage selon les règles applicables aux créances (art. 899 et 900 CC)⁵⁰. La LDA ne contient pas de disposition spécifique et ce sont les règles du CC qui s'appliquent. Un usufruit peut ainsi être concédé sur des droits d'auteur⁵¹ et les règles du CC s'appliquent, notamment pour les mécanismes de publicité, dont l'article 900 CC dispose : « l'engagement des créances qui ne sont pas constatées par un titre ou ne résultent que d'une reconnaissance de dette, a lieu par écrit et en outre, dans le dernier cas, par la remise du titre. ». En droit des marques et du design, le droit « peut être l'objet d'un usufruit et d'un droit de gage » (art. 19 LPM, 17 LDes). Pour le reste, la réglementation applicable résulte principalement du droit civil, soit les articles 745 et suivants CC pour l'usufruit et 884 et suivants CC pour le droit de gage. Conformément au texte légal, ces opérations ne peuvent porter que sur l'intégralité des droits exclusifs découlant du droit à la marque, et pas sur seulement certains d'entre eux. Un usufruit et un droit de gage peuvent être créés sur des droits (art. 745 CC et art. 899, al. 1 CC respectivement), mais il est également possible de les constituer sur des expectatives de droit, soit en particulier sur marques et designs déposés mais pas encore enregistrés.

Le titulaire du droit peut mettre en œuvre différents moyens pour tirer profit de son droit exclusif, soit spécifiquement l'usufruit (droit de jouissance complet ; l'usufruitier peut concéder des licences à des tiers et toucher les redevances correspondantes) et le droit de gage (sûreté réelle garantissant sa créance qui lui donne le droit, s'il n'est pas désintéressé, de se payer sur le prix provenant de la réalisation du gage). Cette disposition confirme ainsi que des droits réels restreints peuvent être créés sur des droits de propriété intellectuelle. Aucun autre droit réel restreint ne peut être créé sur les droits de propriété industrielle, ce en raison de l'absence de réglementation légale régissant l'effet de tels droits

⁴⁶ CR PI- DE WERRA, LPM 17 N 5 ; MARBACH, SIWR III/1, N 1722.

⁴⁷ CR PI- DE WERRA, LBI 33 N 5.

⁴⁸ Münch/Herzog, in: Bertschinger/Münch/Geiser, N5.13, p. 168.

⁴⁹ CR PI- DE WERRA, LBI 33 N 5.

⁵⁰ CR PI- DE WERRA, LDA 16 N 11.

⁵¹ BÜREN/MEER, SIWR II/1, p. 242 ; CR PI- DE WERRA, LDA 16 N 11.

envers les tiers, en particulier en lien avec l'inscription de tels droits aux registres concernés⁵².

L'article 19, alinéa 2 LPM et l'article 16, alinéa 2 LDes prévoient qu'un usufruit et un droit de gage n'ont d'effet à l'égard de tiers de bonne foi qu'après leur enregistrement. L'efficacité de l'usufruit ou du gage ne dépend de l'inscription au registre qu'envers un tiers de bonne foi. Ainsi, cette disposition permet d'opposer l'usufruit ou le droit de gage à un tiers de mauvaise foi déjà avant son inscription au registre, contrairement à l'enregistrement d'une licence qui permet de n'opposer la licence que dès son inscription au registre et ainsi indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi de celui qui acquiert tout droit à la marque ou au design⁵³.

III. PERTE DES DROITS SUR LES BIENS IMMATÉRIELS

1. Conformément au système juridique de votre pays, quelles sont les modalités de perte de la propriété des biens immatériels ? Ces modalités, sont-elles les mêmes que dans le cas de la perte de la propriété des biens matériels ?

La perte de la propriété des biens immatériels peut résulter de la constatation de nullité du brevet⁵⁴, de la marque⁵⁵, du design⁵⁶. Elle peut également résulter de l'extinction par l'écoulement du temps⁵⁷ Elle peut enfin résulter de l'extinction par renonciation, le non-usage du droit⁵⁸ ou le non-paiement des annuités.

Ces modalités diffèrent de celles pour la propriété des biens matériels (meubles et immeubles). S'agissant des biens meubles, la perte de la propriété peut être *absolue ou relative*. Elle est absolue lorsque le bien disparaît juridiquement ou qu'il n'a plus de propriétaire. La perte de la propriété est au contraire relative lorsque le droit ne s'éteint que dans la personne de l'ancien propriétaire pour continuer (acquisition dérivée) ou renaître aussitôt (acquisition originaire) dans la personne de l'acquéreur⁵⁹. S'agissant des biens immeubles, la « *propriété foncière s'éteint par la radiation de l'inscription et par la perte totale de l'immeuble* » (art. 666, al. 1 CC). On distingue alors entre la perte relative et

⁵² CR PI-DE WERRA, LPM 19 N 2; CR PI-DAVID, MSchG, art. 19 N2 (soulignant que seuls ces droits réels sont inscrits au registre) ; des droits contractuels d'emption ou de préemption peuvent par contre être créés, mais ils ne peuvent pas être inscrits au registre.

⁵³ CR PI- DE WERRA, LPM 19 N 21.

⁵⁴ Les articles 26 LBI et 138 CBE dressent un *numerus clausus* (implicite) des conditions de brevetabilité et ainsi une liste exhaustive des causes de nullité du brevet. Cf. Scheuchzer, CR PI, LBI 26 N 7.

⁵⁵ La nullité de la marque peut résulter en particulier des motifs absolus d'exclusion, soit en particulier les signes appartenant au domaine public (art. 2 LPM), des motifs relatifs d'exclusion prévus, soit en particulier lorsque les produits et services pour lesquels la marque a été enregistrée sont identiques mais également lorsqu'ils sont similaires à ceux désignés dans la marque du titulaire lésé (art. 3 LPM) ou d'un enregistrement en faveur d'un utilisateur autorisé (art. 4 LPM).

⁵⁶ La nullité du design résulte de l'absence des conditions de protection de l'article 2 LDes. Cf. TROLLER 607.

⁵⁷ TROLLER, 626.

⁵⁸ TROLLER, 645.

⁵⁹ STEINAUER, Tome II, N 2128.

la perte absolue de la propriété foncière⁶⁰. La perte est *relative* si la propriété ne s'éteint que dans la personne de l'ancien propriétaire, mais continue ou renaît aussitôt dans celle de l'acquéreur. La perte est *absolue* lorsque le droit de propriété s'éteint sans que l'immeuble ait un nouveau propriétaire: soit l'immeuble disparaît totalement perdu, soit son propriétaire en fait abandon (déréliction)⁶¹.

2. Le régime de prescription extinctive des actions pour la protection des biens immatériels, est-il identique ou bien est-il différent dans quelques aspects du régime de la prescription extinctive des actions pour la protection des biens matériels ?

En droit suisse, on distingue entre la prescription et la péremption. La prescription a pour effet d'invalider les créances par suite de l'écoulement du temps⁶². L'obligation ne s'éteint pas et peut encore être exécutée valablement, mais ne peut être imposée au débiteur par la voie judiciaire⁶³. En ce sens, la prescription doit être distinguée de la péremption, qui a pour conséquence l'extinction de la créance⁶⁴.

Le droit privé actuel ne règle pas la question de la prescription de façon homogène. Les dispositions générales sur la prescription des actions de droit privé se trouvent aux articles 127 à 142 du Code des obligations (CO). Elles prévoient un délai de prescription général de dix ans qui commence à courir dès l'exigibilité de la créance (art. 127 et 130 CO), et qui peut être empêché, suspendu ou interrompu (art. 134 et s. CO). Elles s'appliquent en principe à toutes les créances de droit privé. À côté de ces dispositions, l'article 60, alinéa 1 CO règle la prescription des créances en cas de dommage résultant d'un acte illicite (responsabilité délictuelle) et l'article 67, alinéa 1 CO celles en cas d'enrichissement illégitime. Ces créances se prescrivent par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit. De nombreuses dispositions spéciales du CO, du CC ou d'autres lois s'écartent des normes générales sur la prescription, en prévoyant souvent des délais de prescription plus longs et exceptionnellement plus courts⁶⁵. Les créances de droit public sont en principe soumises au régime de droit public qui leur est applicable. En l'absence de telles dispositions, le tribunal peut appliquer par analogie les règles du droit privé en matière de prescription ou définir lui-même le régime applicable⁶⁶.

Le droit actuel en matière de prescription se caractérise par sa complexité et son hétérogénéité, car il fait des distinctions selon la cause de la créance et connaît une multiplicité de règles spéciales. Par ailleurs, les délais de prescription

⁶⁰ STEINAUER, Tome II, N 1591.

⁶¹ STEINAUER, Tome II, N 1591a.

⁶² SCHWENZER 2012, n° 83.01.

⁶³ ATF 133 III 6 consid. 5.3.4

⁶⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER 2008, n° 3386.

⁶⁵ On trouve ainsi des délais relatifs de deux, trois ou cinq ans, p.ex. article 83 alinéa 1 de la loi fédérale sur la circulation routière (LCR) ; article 10 de la loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN). On trouve également délais absolus de 30 ans, par exemple l'article 760, alinéa 1 CO et l'article 32, alinéa 1 de la loi sur le génie génétique (LGG).

⁶⁶ Message relatif à la modification du Code des obligations, 6.

eux-mêmes sont jugés trop courts, notamment par rapport aux législations étrangères et à la prescription de la réparation des « dommages différés », c'est-à-dire de dommages qui n'apparaissent que de nombreuses années après le fait qui les a causés, comme c'est le cas pour les atteintes à la santé dues à l'amiante. Le Parlement a adopté la motion 07.3763 « Délais de prescription en matière de responsabilité civile », qui charge le Conseil fédéral d'allonger les délais de prescription des créances découlant d'un acte illicite de telle sorte qu'une action en dommages-intérêts puisse être introduite même si un dommage se produit à long terme. Sur la base des résultats de la consultation, nous avons renoncé à une uniformisation générale des dispositions de droit privé régissant la prescription, pour concentrer la révision sur l'élimination des défauts et des points incertains du droit actuel⁶⁷.

En PI, les actions défensives (actions en interdiction et en cessation de trouble) ne se prescrivent pas. La passivité prolongée de l'ayant droit peut en revanche conduire à la péremption de son droit en application de l'article 2, alinéa 2 CC, qui réprime l'abus de droit. Il est des situations où celui qui exploite la création d'un autre contribue à créer par ses propres investissements une valeur méritant protection et où l'interdiction tardive entraînerait pour le défendeur un préjudice incompatible avec les règles de la bonne foi. Dès lors, la péremption est admise lorsque les quatre conditions suivantes sont réunies : (a) la violation doit être connue de l'ayant droit ou à tout le moins être reconnaissable par lui, (b) l'ayant droit doit être demeuré passif pendant une période prolongée, (c) l'auteur de l'atteinte doit avoir créé une valeur économique appréciable et (d) il doit avoir été de bonne foi⁶⁸.

Les actions réparatrices se prescrivent conformément à l'article 60 CO⁶⁹. Selon l'article 60, alinéa 1 CO, l'action se prescrit par un an à compter du jour où le lésé a eu connaissance du dommage et de la personne qui en est l'auteur (prescription relative) et, en tous les cas, par dix ans dès la commission de l'acte (prescription absolue). La péremption de l'action en dommages-intérêts ne peut intervenir qu'exceptionnellement, si les prétentions du lésé relèvent de l'abus de droit au sens de l'article 2, alinéa 2 CC⁷⁰. En soi, la péremption de prétentions financières est soumise aux mêmes conditions que la péremption de l'action en interdiction, mais appliquées de manière plus stricte car les investissements du contrefacteur ne sont pas réduits à néant s'il est menacé par de seules conséquences financières⁷¹.

⁶⁷ Dans le cadre de la préparation de la consultation, l'Office fédéral de la justice a réalisé, par le biais de l'Institut suisse de droit comparé, une étude comparative concernant les régimes de prescription appliqués en Allemagne, en France, en Angleterre et au Danemark. L'Allemagne, la France et le Danemark ont procédé récemment à une réforme de leur législation en matière de prescription. Le Limitation Act anglais date de 1980 et de nombreuses voix, en Angleterre, soulignent la nécessité de le réviser.

⁶⁸ CR PI-SCHLOSSER, LDA 62 N 25.

⁶⁹ TF, sic ! 2011, p. 731 c. 9.3.1, Federkernmaschinen ; JENNY, N 223.

⁷⁰ CR PI-SCHLOSSER, LDA 62 N 83 ; JENNY, N224.

⁷¹ HGer AG, sic! 2008, p. 707 c. 5.1, SBB-Uhren III ; Schweizer, sic! 2009, p. 334.

3. *Quelle est la durée de la propriété des biens immatériels conformément à votre système juridique ?*

Excepté les marques et les raisons de commerce dont le droit est renouvelable un nombre indéterminé de fois et donc théoriquement illimité, le droit des biens immatériels s'éteint après l'écoulement d'un délai maximal déterminé par la loi.

En droit des brevets, le droit prend fin vingt ans après la date du dépôt de la demande (art. 14 LBI). En droit du design, le droit prend fin cinq après la date du dépôt de la demande, prolongeable de quatre périodes de cinq ans, *i.e.* 25 ans au maximum (art. 5 LDes). En droit des topographies, le droit prend fin dix ans après que la demande d'enregistrement a été reconnue valable ou que les topographies ont été mises en circulation pour la première fois (art. 9 et 14 LTo). En droit d'auteur 70 ans après le décès de l'auteur (art. 29, al. 2 let. b LDA), 50 ans après le décès de l'auteur pour les logiciels (art. 29, al. 2 let. a LDA) et 50 ans après l'exécution de l'œuvre pour les œuvres d'artistes interprètes (art. 39, al. 1 LDA).

DEUXIÈME PARTIE : VERS UN NOUVEAU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ NUMÉRIQUE

La dématérialisation constante des biens, renforcée par l'internet et les réseaux (ci-après « biens numériques »), pose de nombreux défis à l'ordre juridique, tels que la nécessité d'adapter le droit commun au numérique (I), de s'assurer de la cohérence entre les différents domaines juridiques touchés (II) et d'admettre un écosystème évolutif du droit (III)⁷². Cette dématérialisation interroge également sur la notion de propriété, voire sur l'introduction d'un nouveau droit de la propriété numérique (IV).

I. DROIT COMMUN TENDANT À ÊTRE ADAPTÉ AU MONDE NUMÉRIQUE

La dématérialisation des biens interroge sur la capacité du droit commun à appréhender les problèmes nouvellement posés par l'immatériel ou sur la nécessité de prévoir un régime dérogatoire adapté aux spécificités de l'immatériel. Il existe donc une certaine tension, d'une part, entre le droit commun applicable à toute

⁷² Pour une présentation des défis posés par le numérique, voir DE WERRA, 194 et s.

situation en l'absence de lois spéciales et, d'autre part, l'immatériel qui tend à assouplir ou à se détacher du droit commun⁷³.

Sans prétendre à l'exhaustivité, nous nous contenterons de mentionner quelques exemples d'assouplissement du droit commun en raison des spécificités de l'immatériel. En droit des contrats, les règles usuelles du Code des obligations continuent de s'appliquer mais avec des ajustements tenant compte des nouvelles technologies⁷⁴. La formation du contrat suppose par exemple d'ajuster le principe de réception pour ne pas pénaliser le destinataire voulant prouver ne pas avoir reçu les documents ou ayant reçu un nombre volumineux de documents. L'exécution du contrat suppose d'ajuster les règles usuelles de révocation car il convient de tenir compte que la « restitution » d'un document numérique qui a pu être dupliqué par celui qui l'a reçu est illusoire (p. ex. en constatant qu'en réalité le contrat a été partiellement exécuté de façon irréversible, comme pour les prestations de service ; il faut alors appliquer les règles visant les prestations irréversibles)⁷⁵.

En droit de la responsabilité civile, les violations de DPI font l'objet d'un assouplissement du droit commun, voire d'un régime dérogatoire de la PI car elles se caractérisent souvent par l'absence de dommage concret appréciable et par la possibilité d'invoquer des alternatives à la réparation du dommage. En droit suisse, ces alternatives sont justifiées par une redéfinition du dommage, ou en tout cas par un assouplissement du lien de causalité, et ainsi adaptées aux spécificités de la PI. À l'étranger, elles sont souvent justifiées par l'introduction d'une base légale expresse prévoyant les modalités de calcul (des indemnités ou du préjudice)⁷⁶.

II. HÉTÉROGÉNÉITÉ DES DOMAINES JURIDIQUES SUPPOSANT UNE COHÉRENCE

Les biens numériques touchent souvent plusieurs domaines juridiques à la fois. Les marchés IT par exemple (Big Data, réseaux sociaux, Cloud Computing et Mobile-IT) génèrent des données de différents types (p.ex. texte, photo, vidéo, liste de contacts ou autres données confidentielles, adresses IP, requêtes effectuées sur des moteurs de recherche)⁷⁷. Ces données concernent des domaines aussi variés que le droit de la propriété intellectuelle (p. ex. technologies utilisées pour les

⁷³ Voir le renvoi général de l'article 7 CC, selon lequel l'ensemble des règles du droit des obligations est applicable aux autres rapports de droit privé, pour autant que le Code civil ou le droit privé restant ne règle pas la matière de manière exhaustive ou n'en dispose pas autrement, ATF 129 III 648, JdT 2004 I 105. Voir également GAUTIER, projet de rapport national, 3, qui parle d'hésitation entre l'analogie (transposer les syllogismes du monde physique au monde numérique) ou l'autonomie (droit propre à l'internet).

⁷⁴ Pour une présentation détaillée, voir ROUILLER, projet de rapport national, 2 s.

⁷⁵ ROUILLER, 2 s.

⁷⁶ BENHAMOU, N 487 et s. (en droit suisse), N 360 et s. (en droit international, américain et européen).

⁷⁷ WEBER, Big Data und Datenschutz – Gegenseitige Herausforderungen, in : Rolf H. Weber/F. Thouvenin (éds.), ZIK 2014, 18.

réseaux protégées par la LBI; textes, photos, vidéos protégés par la LDA) ; le droit de la personnalité (p. ex. utilisation de nom, image ou voix d'un internaute) ; la LCD (p. ex. listes de contact, secrets économiques) ; le droit des contrats (p.ex. les nombreuses relations contractuelles, par lesquelles les individus et sociétés apportent leur créativité et/ou leur savoir-faire selon des formes variées, telles que licences, mandat, entreprise, projets de recherches et développements communs) ; la LPD (dès que les données permettent d'identifier une personne)⁷⁸ et autres lois spéciales en matière de traitement des données, telles que les domaines de la santé (E-Health), assurances, commerce de valeurs mobilières.

La difficulté de cette hétérogénéité tient à la cohérence des domaines dont il faudra tenir compte lors de l'application des lois et des projets réglementaires⁷⁹. Sans pouvoir faire un état des lieux complet des questions nécessitant une cohérence des domaines, nous nous contenterons d'évoquer la question du transfert des biens numériques. Il faut d'abord s'assurer de la cohérence des solutions au sein d'une même loi, en particulier déterminer si le principe d'épuisement de la LDA s'applique à la fois aux objets physiques et numériques. On relèvera à ce titre que les tribunaux ont tendance à appliquer le principe de neutralité technologique, autrement dit appliquer la loi (et tout particulièrement le droit d'auteur) indépendamment du médium technologique utilisé⁸⁰. Ainsi, un bien numérique dont un client dispose (sauvé sur un support dont il a le contrôle) est susceptible d'être transféré à un tiers aux mêmes conditions juridiques qu'un bien physique (p. ex. un livre)⁸¹. Il faut ensuite s'assurer de la cohérence des solutions entre les différents domaines. En cas de cessation d'activité du fournisseur de service ou de décès du bénéficiaire des données, il faut s'assurer de la cohérence entre le droit d'auteur, le droit des contrats, le droit de la personnalité, le droit de l'exécution forcée respectivement le droit des successions.

III. GLOBALISME DES RÉSEAUX TENDANT À UN ÉCOSYSTÈME ÉVOLUTIF DU DROIT

Comme l'explique de Werra dans sa récente contribution sur la « *propriété intellectuelle confrontée aux réseaux* », il existe une tension entre le globalisme des réseaux numériques (marché universel des services en ligne affranchi de toute frontière géographique) et le localisme historique du droit de la propriété intellectuelle (localisme exigée par les réglementations locales, à l'instar de l'exigence du lien de rattachement géographique pour pouvoir fournir des services

⁷⁸ WEBER, 20 : selon une étude américaine, avec trois données démographiques simples (sexe, date de naissance et code postal), 61 à 87 % des citoyens américains sont identifiables.

⁷⁹ DE WERRA, 2015.

⁸⁰ En droit suisse, KGer Zug, sic! 2012, 99, *Gebrauchsoftware*. En droit européen, arrêt CJUE du 3 juill. 2012, *Usedsoft GmbH c. Oracle International Corp.* (affaire C-128/11). En droit canadien, arrêt du 12 juill. 2012, *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231.

⁸¹ DE WERRA, 203.

en ligne, pour demander l'extension d'une marque ou pour créer un for juridique)⁸².

Weber, dans sa récente contribution « *Big Data: Rechtliche Perspektive* », parle quant à lui de tension entre les principes fondamentaux en matière de protection des données (en particulier les principes de transparence, proportionnalité et licéité qui supposent un traitement de données limité à un but précis et reconnaissable) et un traitement massif des données, à l'instar des principaux marchés IT (où des données factuelles et personnelles sont souvent traitées sans but précis et reconnaissable ni consentement des personnes concernées)⁸³.

Cette tension, cumulée à l'interactivité et au caractère évolutif des réseaux, doit conduire à un écosystème évolutif du droit. Cela suppose d'abord un décloisonnement géographique, autrement dit tendre vers des solutions universelles conciliant la tension entre globalisme des réseaux et localisme du droit. Cela suppose également un décloisonnement normatif, autrement dit des solutions embrassant tous les domaines juridiques concernés, en particulier le droit d'auteur, la protection de la personnalité et le droit des contrats, et permettant une mise en œuvre effective des droits, potentiellement par des mécanismes alternatifs de résolution des conflits. Cela suppose enfin une interaction croisée entre normes étatiques et normes privées (*soft law*)⁸⁴.

IV. NOUVELLES REVENDICATIONS DE PROPRIÉTÉ SUR LES BIENS NUMÉRIQUES

Avec les technologies, les services remplacent progressivement les produits et les clients ne bénéficient plus d'un droit de propriété sur les biens qu'ils consomment (p. ex. un livre), mais d'un simple droits d'usage défini dans les conditions générales des fournisseurs des services⁸⁵. En vue d'une meilleure protection des clients, certains auteurs proposent d'introduire un nouveau droit de propriété des clients sur leurs biens numériques. D'autres auteurs rejettent une telle proposition et plaident pour une propriété collective sur ces biens.

Sans prétendre faire une analyse détaillée et complète des différents mouvements, la présente contribution se contentera d'évoquer dans les grandes lignes les deux tendances, propriétaires et communautaires, que les technologies opposent.

⁸² DE WERRA, La propriété intellectuelle confrontée aux réseaux, in: IRPI. Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? - 30^e anniversaire de l'IRPI. Paris 2014. 54 et s.

⁸³ WEBER, 28.

⁸⁴ DE WERRA, 211.

⁸⁵ DE WERRA, 203.

1. Revendications propriétaires

Selon une conception traditionnelle, la chose est une portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel qui est susceptible de maîtrise humaine et qui n'est pas un animal ; seul un objet matériel pourrait donc constituer une « chose »⁸⁶. Les biens immatériels (inventions, œuvres artistiques, designs, marques, etc.) ne sont pas objets de droits réels, mais peuvent être protégés par d'autres droits de maîtrise (droit au brevet, droit d'auteur, droit sur un design, droit à la marque, etc.).

Certains auteurs se sont toutefois interrogés sur le besoin de faire évoluer cette notion, en adoptant une approche fonctionnelle de la notion de chose : l'ordre juridique détermine à un moment donné ce qu'il considère comme chose au sens des droits réels et la chose est caractérisée par la maîtrise de fait (contrôle) et son appréhension possible⁸⁷. Sur cette base, on pourrait alors consacrer un droit de propriété sur un bien numérique (propriété individuelle). Cela permettrait une mise en œuvre effective des droits, en particulier aux titulaires d'exercer les actions possessoires : les actifs numériques (p. ex. page web, compte Twitter, données personnelles stockées sur un serveur) seraient assimilés à une « chose » au sens des droits réels que le titulaire pourrait protéger et revendiquer grâce aux actions possessoires.

Cette idée a reçu un écho favorable auprès des tribunaux étrangers, en particulier à l'égard des noms de domaine⁸⁸ et d'accès à des données informatiques⁸⁹. Cette idée a également reçu un écho favorable auprès de la doctrine étrangère, en particulier à l'égard des noms de domaine⁹⁰, des univers virtuels, tels que les jeux massivement multijoueurs (*Massively multi-player online game*)⁹¹, et en matière de protection des données personnelles⁹².

2. Revendications communautaires

À l'opposé de ces revendications propriétaires, d'autres auteurs s'interrogent sur la possibilité d'introduire une forme communautaire de propriété (propriété collective), basée sur la théorie des biens communs. Selon cette théorie, tout bien commun (chose à l'origine librement disponible à la communauté) est menacé

⁸⁶ STEINAUER, N 61; REY, N 81.

⁸⁷ BSK-ZGB II- WIEGAND, 4^e éd., Bâle 2011, Vor Art. 641 et s., N 6.

⁸⁸ La Cour européenne des droits de l'homme a assimilé un nom de domaine à une chose, en considérant que l'attribution d'un nom de domaine tombe sous le coup de l'article 1 du Protocole additionnel, aux termes duquel « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ». Décision du 18 sept. 2007 *Paefffen GmbH c. Allemagne*

⁸⁹ La Cour d'appel de Californie a appliqué la théorie du *Trespass to Chattel* (visant à protéger la possession d'un bien meuble en repoussant toute interférence commise par un tiers) à l'environnement numérique, en considérant que les signaux électroniques envoyés depuis un ordinateur consistaient en un déplacement de particules physiques satisfaisant à l'exigence de contact physique. *Affaire Thrifty-Tel, Inc. v. Bezenek* (46 Cal.App.4th 1559, 54 Cal.Rptr.2d 468). Pour un aperçu, voir MACDONALD, *Electronic Trespass in Canada : The Protection of Private Property on the Internet*, 5 CJLT 163 (2006).

⁹⁰ FAIRFIELD, *Virtual Property*, 85 Boston U.L.Rev. 1047 (2005) ; ALRAMAHI, *The legal nature of domain name rights*, 1 JILT 2009.

⁹¹ SLAUGHTER, *Virtual Worlds: Between Contract and Property*, 3-16-2008, CHÉNEVERT, *La propriété dans les univers virtuels : un droit réel ou un droit personnel ?*, Repère 2012.

⁹² FLUCKIGER, 861.

par une appropriation, appelée *enclosure*⁹³, tandis qu'une gestion communautaire des ressources basée sur une capacité d'auto-organisation est préférable en ce qu'elle conduit à une meilleure production et à un maintien des ressources⁹⁴.

Les auteurs en faveur d'une telle approche considèrent que les biens communs numériques sont menacés par de nouvelles *enclosures*, telles que les mesures techniques de protection (DRM), brevets de logiciels, censure au niveau du réseau, tandis qu'ils devraient être librement accessibles en vue d'un enrichissement continu et d'un meilleur partage entre individus. Cette approche est souvent plaidée à l'égard des biens issus de collaborations et de partage de connaissances, en particulier dans le domaine de la recherche (*Open Research Data*)⁹⁵ et des logiciels ouverts (*open source*)⁹⁶.

3. Opinion personnelle

L'idée de consacrer un droit de propriété (propriété individuelle) sur les biens numériques est séduisante sur plusieurs points. L'ordre juridique définit à un moment donné quel bien est susceptible d'appropriation, à l'instar du *numerus clausus* des biens immatériels protégés par un droit subjectif privé (*erga omnes*)⁹⁷. Les biens numériques (p. ex. données stockées sur un serveur, compte Twitter et Facebook) partagent par ailleurs les mêmes caractéristiques que les biens immatériels protégés par un droit de propriété intellectuelle (nature incorporelle, ubiquitaire et inconsommable). Une telle approche permettrait une meilleure protection et mise en œuvre des droits, puisque les titulaires auraient un droit subjectif privé, soit la maîtrise sur le bien à l'exclusion de toute autre personne. Enfin, un bien numérique a une valeur commerciale établie par plusieurs études⁹⁸ et qui peut faire l'objet d'une exécution forcée⁹⁹. On ne voit donc pas ce qui justifierait de refuser l'octroi d'un droit exclusif aux biens numériques, hormis des motifs politico-juridiques. Une telle approche reviendrait toutefois à créer une nouvelle *enclosure* nuisible à l'échange et une allocation optimale des ressources. Cette approche semble par ailleurs contradictoire avec la sociologie juridique qui observe un certain désintérêt des individus quant à une gestion détaillée des

⁹³ On distingue généralement trois mouvements d'enclosures : 1^{er} mouvement : réappropriation des terres agricoles avec la révolution industrielle ; 2^e mouvement : réappropriation de la connaissance avec le droit d'auteur ; 3^e mouvement : réappropriation des données numériques. Parmi les nombreux ouvrages cf. BOYLE, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 53.

⁹⁴ Parmi les nombreux ouvrages, cf. en particulier HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, Science, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), 1243, qui traite de la disparition inéluctable des biens communs en raison d'une surexploitation faite par des utilisateurs. OSTROM, *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action (Political Economy of Institutions and Decisions)*, Bruxelles 2010, qui a mené une recherche empirique sur la gestion des communs matériels (p.ex. gestion collective des réseaux d'irrigation en Californie du Sud ou des copropriétaires d'immeubles) pour dégager des critères permettant une gestion optimale des communs.

⁹⁵ GAILLARD, *De l'Open data à l'Open research data: quelle(s) politique(s) pour les données de recherche ?*, Travail de mémoire, Lyon 2014.

⁹⁶ Par le biais de licences standards proposées par différents organismes, p. ex. licence libre *GPL (General Public License)* de la *Free Software Foundation*, <http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html> ou licence *Creative Commons*, creativecommons.org/.

⁹⁷ *Supra* 1.

⁹⁸ cf. Étude de Syncapse, *Value of a Facebook Fan 2013*; CHÈNEVERT, 1 et s.

⁹⁹ AUF DER MAUER/LOCATELLI, *Verwertbarkeit von Internet Domainnamen*, sic ! 2001 853 et s.

paramètres de protection de leur vie privée dans la masse des informations personnelles générées dans l'univers numérique. Elle est à contre-courant de l'approche helvétique d'appliquer le droit commun aux problématiques posées par les technologies, plutôt d'une réglementation sectorielle¹⁰⁰.

L'idée d'introduire un modèle communautaire de propriété sur les biens numériques, à côté du modèle de propriété exclusive et individuelle, est également séduisante en ce qu'elle ose remettre en question les concepts de propriété civile, de *numerus clausus* des biens immatériels et offre un nouvel éclairage optimiste, politisé et économique sur la gestion des biens communs dans un contexte d'appropriation privée (capitaliste et néolibérale). Elle n'en est toutefois qu'à ces débuts et soulève des questions délicates en termes d'allocation et de gestion des droits de propriété intellectuelle¹⁰¹.

Force est de constater que l'approche helvétique est réticente à inclure de nouveaux biens immatériels dans le *numerus clausus*¹⁰². Le droit des contrats apparaît dès lors comme le système prévalant, en ce qu'il permet de régir de façon flexible les interactions entre tous les participants au processus de création ainsi qu'entre les différents biens immatériels¹⁰³. Il présente toutefois l'inconvénient d'une certaine insécurité juridique et des risques d'interdépendance entre les participants au processus de création¹⁰⁴. En l'absence d'un réel droit de propriété numérique individuel et exclusif et pour pallier les inconvénients du droit des contrats, l'alternative est alors de consacrer un écosystème évolutif du droit¹⁰⁵. Cela supposera par exemple dans le domaine de la protection des données personnelles (par l'intervention législative ou par la jurisprudence) :

- de définir précisément les contours du droit de la personnalité et de la protection des données, notamment le droit à l'auto-détermination et au transfert des données numériques d'un utilisateur d'une plateforme en ligne à une autre¹⁰⁶ ;

¹⁰⁰ Le rapport du Conseil fédéral relatif au cadre juridique pour les médias sociaux du 9 oct. 2013, 75 témoigne de la prudence helvétique en matière de réglementation : le rapport conclut que les réseaux sociaux, comme Twitter, les blogs ou Facebook, posent de nouveaux défis dans le domaine du droit, mais qu'il n'est pas utile de créer une loi spéciale pour y répondre.

¹⁰¹ MONDINI/BÜRGE, Zuordnung der Ergebnisse gemeinsamer Forschung und Entwicklung in der Praxis, sic! 2008, 3.

¹⁰² *Supra* 1.

¹⁰³ Cf. DE WERRA, 206 ; CHÈNEVERT, qui conclut que la propriété dans les univers virtuels est un droit personnel, que l'on peut résumer en droit suisse comme une créance des joueurs à l'égard des éditeurs de jeux.

¹⁰⁴ DE WERRA, 206.

¹⁰⁵ *Supra*, 17.

¹⁰⁶ Ce droit fondamental se décline en différents droits : droit de connaître l'existence de données personnelles, de les consulter, de les faire rectifier, radier, spécifier le but de l'utilisation, s'opposer à leur traitement, à la transparence de la collecte (caractère reconnaissable de celle-ci et devoir d'information), le droit de ne pas exporter ses données vers des pays moins protecteurs, le droit à la sécurité des données (protection en cas d'atteinte à l'intégrité des données suite à un traitement illicite ou contraire à sa volonté et en cas de brèche de sécurité [vol ou perte des données], comprenant en plus le droit d'être avisé en pareil cas, NB : existe aux USA, proposé en Suisse), le droit à l'anonymat, le droit à l'oubli (maîtriser ses traces numériques et sa vie en ligne), le droit d'exiger un cadre et des moyens techniques permettant à chacun d'exercer effectivement des choix éclairés (architecture informatique conçue pour améliorer le pouvoir de contrôle technologiques), protection intégrée de la vie privée, dépôts de données personnelles, le droit de disposer librement de ses données à sa mort (droit successoral numérique). Cf. FLUCKIGER, 852.

- de consacrer de nouvelles obligations à l'égard des maîtres de fichier, l'attention devant être portée sur ces derniers¹⁰⁷ (p. ex. exiger des architectures offrant aux individus un contrôle effectif sur la diffusion des données et une responsabilisation des maîtres de fichier en cas de non respect de leurs obligations)¹⁰⁸ ;
- de recourir aux normes privées (*soft law*) et de multiplier les codes de comportement (*Codes of conduct*) sachant que le droit est souvent en retard par rapport aux technologies (p. ex. prévoir des solutions techniques permettant un « *privacy by design* » et « *privacy by default* », une procédure de désindexation en ligne, un droit au transfert des données et un niveau de protection suffisant en cas de transfert des données)¹⁰⁹.

CONCLUSION

Les réponses au questionnaire montrent que l'immatériel prévoit un traitement spécifique aux biens immatériels, distinct des biens matériels, soit par des normes spécifiques, soit par un certain assouplissement du droit commun.

La dématérialisation constante des biens pose par ailleurs de nombreux défis à l'ordre juridique, au point d'interroger sur les notions traditionnelles de propriété et sur différentes formes d'appropriation (individuelle ou collective). En tout état, on assiste à l'émergence d'un nouveau droit de la propriété numérique, soit un « nouveau » domaine juridique à l'intersection de nombreux domaines juridiques, distinct du droit de la propriété intellectuelle traditionnel, dont le caractère évolutif et interdisciplinaire force l'ordre juridique à s'adapter et à se réinventer continuellement¹¹⁰.

¹⁰⁷ Une attention accrue sur les personnes dont les données sont traitées n'est pas nécessairement avantageuse. Cf. FLUCKIGER, 857, qui parle d'une fausse bonne idée si l'on multiplie les exigences d'approbation explicite (système de l'*opt in*) puisque les entreprises trouveront toujours des moyens pour générer des taux élevés de consentement et qu'il s'agit un exercice fastidieux décourageant les meilleures volontés. Cf. GAUTIER, projet de rapport, 4, qui parle de rejet social des conditions générales, analogue à celui qu'on trouve sur les supports papier.

¹⁰⁸ WEBER, 27.

¹⁰⁹ WEBER, 27.

¹¹⁰ Le caractère évolutif des technologies a d'ailleurs conduit certains auteurs à parler de « Code is Law » (le code-source fait loi, selon le postulat que les technologies dictent les comportements des individus et plus les normes étatiques ou privées « *soft law* »), (LESSIG, Code and other laws of cyberspace, disponible sur <http://code-is-law.org>) ou encore de « Law is Code » (la loi est générée par le code-source, selon le postulat que le droit d'auteur est transcrit en langage machine et interprétée automatiquement par des algorithmes, à l'instar du ContentID et du Robocopyright de YouTube) (Lionel MAUREL, Comment « Code Is Law » s'est inversé en « Law Is Code », billet du 24 janv. 2014).