

Projet 2004

**Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale
sur le droit d'auteur et les droits voisins**

du

Table des abréviations

Accord sur les ADPIC	Accord du 15 avril 1994 sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce); RS 0.632.2 .
AELE	L'association européenne de libre-échange.
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210 .
Convention de Berne	Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à Paris le 24 juillet 1971; RS 0.231.15 .
Convention de Rome	Convention internationale du 26 octobre 1961 sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion; RS 0. 231.171 .
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937; RS 311.0 .
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS 101 .
Directive sur la société de l'information	Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.
IPI	Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle.
JO	Journal officiel des Communautés européennes.
Loi sur le droit d'auteur / LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins; RS 231.1 .
LIPI	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle; RS 172.010.31 .
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques.
Ordonnance sur le droit d'auteur / ODAu	Ordonnance du 26 avril 1993 sur le droit d'auteur et les droits voisins; RS 231.11 .
OMC	Organisation Mondiale du Commerce (siège à Genève).
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (siège à Genève).

sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence, anciennement SMI.
STE	Série des traités européens (Conseil de l'Europe)
WCT	Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 / WIPO Copyright Treaty
WPPT	Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes du 20 décembre 1996 / WIPO Performances and Phonograms Treaty

Condensé

Le 19 mars 1997, le Conseil des Etats a adopté la motion – classée depuis – de sa Commission des transports et des télécommunications, qui chargeait le Conseil fédéral de garantir la protection du droit d'auteur dans l'environnement des nouvelles technologies de la communication et de la transmission numérique d'œuvres et de prestations. A cette fin, le législateur devait en particulier combler les lacunes existantes dans le droit d'auteur, relever de façon ciblée le niveau de protection pour les droits voisins et élaborer les dispositions réglant les responsabilités dans ce domaine. En adoptant le postulat déposé par sa Commission des affaires juridiques (01.3417 Loi sur le droit d'auteur. Révision partielle), le Conseil national a réitéré ce mandat à l'attention du Conseil fédéral et l'a chargé d'adapter la protection du droit d'auteur aux développements technologiques en tenant compte des normes fixées dans les traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) de 1996 et de celles élaborées par la Communauté européenne (CE).

Ces buts fixés par les deux conseils pour la révision de la loi sur le droit d'auteur rejoignent la volonté du Conseil fédéral de ratifier les traités de l'OMPI dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, traités que la Suisse a signés. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) règlent la protection des auteurs, des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes par rapport aux technologies de la communication transfrontalière comme Internet. Qualifiés de ce fait de « traités Internet », le WCT et le WPPT sont entrés en vigueur respectivement le 6 mars et le 20 mai 2002; depuis, le nombre des 30 ratifications ou adhésions nécessaires à leur entrée en vigueur a été largement dépassé.

Ayant signé ces deux traités, toutes les grandes nations industrielles préparent actuellement leur ratification. Le Japon et les Etats-Unis les ont déjà ratifiés, ces derniers en adoptant en 1998 le « Digital Millennium Copyright Act », qui va même plus loin que les normes de protection prescrites par le WCT et le WPPT. La CE a l'intention de ratifier les traités de l'OMPI en même temps que ses Etats membres. A cette fin, elle a arrêté la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, qui prévoit un niveau de protection plus élevé que celui prescrit par les deux traités de l'OMPI. Par souci, pourtant, de maintenir un juste équilibre entre les différents intérêts en cause, la directive contient également des recommandations à l'attention des Etats membres de la CE afin qu'ils préservent les intérêts des utilisateurs et des consommateurs.

La question de la prise en compte des intérêts des utilisateurs dans le cadre de l'adaptation de la protection du droit d'auteur aux nouvelles technologies fait également l'objet du postulat Baumann (02.3356 Ratification de deux traités de l'OMPI et réglementation des copies à usage privé), qui a été adopté et transmis au Conseil fédéral. Le projet de révision partielle de la loi sur le droit d'auteur répond

à cette préoccupation en formulant de nouvelles exceptions relatives entre autres aux utilisations d'œuvres dans l'environnement numérique, d'une part, et en prévoyant que l'exception au droit d'auteur prime en principe la protection des mesures techniques, de l'autre. Il s'inspire en ce sens de la directive européenne.

La révision du droit d'auteur marque en outre l'occasion de liquider plusieurs interventions parlementaires, qui soulèvent d'autres problèmes que l'adaptation du droit d'auteur aux nouvelles technologies de la communication. La motion Christen (99.3557 Indemnités de droits d'auteur sur les subventions), tout d'abord, exige que les sociétés de gestion prennent mieux en considération les intérêts des utilisateurs dans l'établissement de leurs tarifs. La motion Weigelt (00.3127 Droit d'auteur pour le producteur), quant à elle, réclame une amélioration de la protection du producteur d'œuvres protégées. La motion Aeppli Wartmann (01.3401 Inscrire un droit de suite dans le droit d'auteur), enfin, demande que, dans le cadre de la révision du droit d'auteur, le législateur suisse tienne compte de la Directive 2001/84/CE du 27 septembre 2001 sur le droit de suite des auteurs d'œuvres des beaux-arts.

Selon les propositions du Conseil fédéral, ces trois motions ont été adoptées sous forme de postulats. Autrement dit, le législateur examinera certes les possibilités d'adapter la loi sur ces points, mais sans s'écarter fondamentalement de l'équilibre des intérêts tel qu'il l'a établi lors de la révision totale du droit d'auteur. A cette fin, des groupes de travail regroupant les représentants des milieux directement concernés ont été constitués au cours des travaux préliminaires, avec pour mandat de tenter de dégager des compromis.

Le groupe de travail chargé d'examiner la relation entre les utilisateurs et les sociétés de gestion s'est mis d'accord sur le principe d'adapter la procédure d'approbation des tarifs, adaptation qui peut être mise en œuvre par voie d'ordonnance et n'entre donc pas dans le cadre de la présente révision législative. Le groupe de travail qui s'est penché sur la question de la position juridique du producteur a élaboré d'intéressantes solutions de compromis; mais comme aucune d'entre elles n'a trouvé grâce aux yeux des producteurs, cette question n'a pas été reprise dans la révision de la loi.

S'agissant de l'introduction d'un droit de suite au sens de la directive européenne susmentionnée, aucun accord n'a pu être trouvé non plus. Les milieux artistiques représentés dans le troisième groupe de travail chargé d'examiner ce problème étaient d'avis qu'une réglementation s'inspirant de cette directive ne serait pas satisfaisante parce qu'elle n'irait pas assez loin. Quand aux marchands d'art et aux milieux proches, ils ont rejeté le compromis trouvé dans la CE. Eu égard à cette situation, le législateur a renoncé à intégrer le droit de suite dans la révision partielle de la loi sur le droit d'auteur.

L'adaptation du système de rémunération pour la reproduction d'œuvres à des fins privées, demandée par la motion Thanei (04.3163 Perception de droits d'auteur sur les appareils) a été, quant à elle, reprise dans le projet de révision (art. 20a). Le système de rémunération s'en trouve assoupli puisqu'il ne se limite plus aux seuls

supports vierges, mais permet aussi de percevoir une redevance sur les appareils. Grâce à cette modification, le législateur peut étendre le champ d'application de la loi à des techniques de reproduction dont le droit en vigueur tenait insuffisamment compte jusqu'à présent. La nouvelle réglementation contribue en outre à réduire le travail administratif des petites et des moyennes entreprises occasionné par l'indemnisation du droit de rémunération pour les photocopies faites à des fins d'information et de documentation internes.

Rapport explicatif

1 **Partie générale**

1.1 **Le point de la situation**

1.1.1 **L'évolution technologique**

L'évolution technologique constitue une véritable gageure pour le droit d'auteur. Elle rend la législation obsolète au fur et à mesure que s'enchaînent les développements technologiques, lesquels modifient à leur tour les structures sociales et économiques qui servent de cadre à la loi. Une adaptation du droit d'auteur doit prendre en considération cette réalité. La révision de la loi ne peut donc pas simplement se contenter de tenir compte des intérêts des titulaires de droits et de combler les lacunes que l'évolution technologique et les nouvelles formes d'utilisation font apparaître dans leur protection. Elle doit aussi prendre en considération la nécessité de la liberté des flux d'information, véritable credo de la société de l'information moderne. C'est à cette condition seulement que la protection de la propriété intellectuelle ne sera pas perçue comme une menace mais comme une condition-cadre essentielle à l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

Personne ne conteste la nécessité d'adapter la loi sur le droit d'auteur aux avancées techniques. Le droit en vigueur, qui avait été élaboré dans un environnement analogique, ne permet plus ni de garantir aux titulaires une juste protection de leurs droits légitimes, ni de répondre aux besoins de la société de l'information de pouvoir utiliser efficacement les technologies modernes pour transmettre des contenus protégés par le droit d'auteur. Les titulaires de droits sont donc confrontés à de nouvelles formes de piratage, qui ont pris des dimensions insoupçonnées en raison du développement de modes révolutionnaires de reproduction et de l'existence d'un réseau d'information mondial. Par ailleurs, le droit en vigueur permet de tenir les fournisseurs d'infrastructures servant aux transmissions électroniques pour responsables des atteintes aux droits d'auteur dont se rend coupable leur clientèle, les consommateurs. Dans le domaine du numérique, les limites entre accès légal et accès illégal, entre utilisations licites et utilisations illicites sont de plus en plus brouillées. Des mesures techniques, telles que des dispositifs anti-copies, interdisent aux consommateurs certaines utilisations de contenus protégés, alors même que la loi les autorise. Pour répondre à ces problèmes, le législateur propose des modifications législatives qui non seulement tiennent compte des intérêts légitimes des titulaires de droits, mais qui garantissent aussi la possibilité d'utiliser avec efficacité les techniques modernes de communication conformément aux besoins de notre temps. Ce faisant, il contribue au développement de la société de l'information.

1.1.2 Exigences internationales et régionales

L'adaptation du droit d'auteur à l'ère du numérique s'inscrit dans le prolongement des développements intervenus sur le plan international. En décembre 1996, le Traité sur le droit d'auteur (WCT) et le Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) – que l'on désigne souvent par « traités Internet » – ont été adoptés sous l'égide de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Ces deux traités modernisent la protection des droits d'auteur et des droits voisins par une harmonisation de la protection à un niveau aussi élevé que possible. Les jalons de cette modernisation ont été posés au niveau politique. Ainsi, la conférence ministérielle, qui a réuni les grandes nations industrielles à Bruxelles en 1995, a préconisé de renforcer la protection de la propriété intellectuelle pour assurer le développement de la société de l'information, arguant qu'il était dans l'intérêt bien compris de la société de l'information de protéger équitablement les biens immatériels, la matière première échangée sur les autoroutes de l'information.

Les deux traités de l'OMPI relèvent le niveau de protection, en particulier en reconnaissant aux auteurs et aux autres ayants droit (artistes interprètes du domaine musical et producteurs de phonogrammes) un droit exclusif de mise à disposition de leurs œuvres et de leurs prestations par le biais de services à la demande. Ils obligent en outre les Etats contractants à prévoir une protection juridique pour les mesures techniques servant à empêcher les utilisations non autorisées de contenus protégés par le droit d'auteur ou les droits voisins. Les parties contractantes sont enfin tenues d'interdire la modification ou la suppression d'informations sur le régime des droits. Voilà, en résumé, les principales nouveautés de la protection de la propriété intellectuelle au niveau international.

Au niveau régional, il convient de mentionner la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (Directive sur la société de l'information)¹. Dans ce texte, la Communauté européenne (CE) fixe pour ses Etats membres le cadre de la protection de la propriété intellectuelle quant à l'utilisation de nouvelles technologies de la communication. Mais la mise en œuvre de la directive vise également la ratification des deux traités de l'OMPI par la CE et ses pays membres. Aussi le développement du droit communautaire s'inscrit-il directement dans le prolongement du droit international. Il existe cependant des différences. Contrairement au WCT et au WPPT, la protection des mesures techniques prévue par la directive ne vise pas uniquement à lutter contre l'acte de contournement en soi, mais aussi contre les actes préparatoires en amont, comme l'offre, la vente, la mise en circulation, etc. de dispositifs et de services propres à rendre un tel contournement possible.

A l'instar des deux traités Internet, la directive a pour but d'harmoniser le droit à un niveau aussi élevé que possible. Elle tient également compte de la nécessité de garantir la liberté des flux de données dans la société de l'information. Ainsi, les Etats membres de la CE sont tenus de prendre, le cas échéant, des dispositions permettant d'imposer l'exercice des exceptions au droit d'auteur à l'égard des utilisateurs de mesures techniques. La protection contre le contournement des mesures techniques est ainsi formulée de manière à tenir compte à la fois des intérêts des utilisateurs et des consommateurs.

¹ JO L 167 du 22.06.2001, p. 10.

1.2 Classement des interventions parlementaires

Le projet de révision permet de classer les six interventions parlementaires suivantes.

La motion Christen du 8 octobre 1999 (99.3557 *Indemnités de droits d'auteur sur les subventions*, traitée par le Conseil national le 22 décembre 1999 et adoptée sous forme de postulat) a pour objet le renforcement de la position des utilisateurs par rapport aux sociétés de gestion.

La motion Weigelt du 23 mars 2000 (00.3127 *Droit d'auteur pour le producteur*, traitée par le Conseil national le 23 juin 2000 et adoptée sous forme de postulat) exige une amélioration de la protection du producteur d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

La motion Aepli Wartmann du 22 juin 2001 (01.3401 *Inscrire un droit de suite dans la loi sur le droit d'auteur*, traitée par le Conseil national le 5 octobre 2001 et adoptée sous forme de postulat) demande l'introduction d'un droit de suite en faveur de l'auteur d'une œuvre originale des beaux-arts.

Le postulat de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 3 juillet 2001 (01.3417 *Loi sur le droit d'auteur. Révision partielle*, traité par le Conseil national le 5 octobre 2001) charge le Conseil fédéral d'examiner dans quelle mesure il est possible de prendre en considération les dispositions des traités de l'OMPI et les normes plus étendues appliquées par la CE.

Le postulat Baumann J. Alexander du 21 juin 2002 (02.3356 *Ratification de deux traités de l'OMPI et réglementation applicable aux copies à usage privé*, traité par le Conseil national le 4 octobre 2002) vise à adapter le droit d'auteur aux nouvelles technologies de la communication et à garantir la transmission numérique en tenant compte des intérêts des utilisateurs.

La motion Thanei du 18 mars 2004 (04.3163 *Perception de droits d'auteur sur les appareils*, traitée par le Conseil national le 18 juin 2004 et transmise au deuxième conseil pour délibération) propose de compléter le système de rémunération pour la reproduction d'œuvres pour l'usage privé.

2 Partie spéciale

2.1 Remarques générales sur le projet de révision

Le projet de révision adapte la loi sur le droit d'auteur aux développements technologiques et reprend les normes fixées dans les traités de l'OMPI. Il s'inspire aussi des exigences additionnelles formulées dans la Directive sur la société de l'information concernant la pondération des intérêts en cause. Le législateur a également tenu compte du besoin pour le public de pouvoir utiliser librement les nouvelles technologies de l'information et de la communication. La révision législative doit permettre d'équilibrer les différents intérêts en jeu afin que la loi améliore les conditions générales essentielles au développement de la société de l'information.

Conformément aux normes internationales, la Suisse doit préciser que la mise à disposition d'œuvres et de prestations par le biais de services interactifs est un droit exclusif réservé au titulaire du droit d'auteur ou du droit voisin. S'il est vrai que cette nouvelle forme d'utilisation pourrait être couverte par les prérogatives classiques, telles qu'elles sont ancrées dans la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (révisée à Paris le 24 juillet 1971)², le législateur suisse a préféré créer une situation juridique claire et conforme aux exigences internationales en faisant figurer expressément ce droit de mise à disposition parmi les prérogatives réservées aux différents ayants droit. Par ailleurs, les artistes interprètes, auxquels le législateur reconnaît désormais un droit moral, voient leur protection, limitée jusqu'à présent aux exécutions d'œuvres, s'étendre aux prestations folkloriques. Ces deux modifications de la loi s'imposent pour que la législation suisse régissant la protection des droits voisins soit en conformité avec le WPPT.

Outre ces modifications matérielles, qui ne font en partie que préciser la loi en vigueur, le projet de révision prévoit un système de protection propre pour les mesures techniques au moyen desquelles le titulaire de droits peut contrôler l'utilisation de son œuvre ou de sa prestation. Ce nouveau système s'accompagne de la protection de l'information sur le régime des droits.

La protection juridique contre le contournement de mesures techniques confère une nouvelle dimension au droit d'auteur en ce sens que celui-ci ne porte plus uniquement sur les biens immatériels mais s'étend désormais aussi aux moyens techniques de contrôle comme les dispositifs de verrouillage ou anti-copies. En transposant cette protection dans la législation nationale, le législateur doit faire en sorte qu'elle n'entre pas en conflit avec les exceptions au droit d'auteur et les droits à rémunération qui en découlent. Il doit en outre éviter que la protection contre le contournement de mesures techniques ne rende illicites les utilisations d'œuvres autorisées par la loi, dont certaines sont soumises à une rémunération obligatoire. S'agissant de la mise en œuvre de cette protection juridique, le législateur a par ailleurs prévu des mesures protégeant les utilisateurs et les consommateurs contre une utilisation abusive de moyens techniques de contrôle par les titulaires de droits.

² RS 0.231.15

de l'art. 10, al. 2, let. c^{bis}, LDA. Pour délimiter le droit de mise à disposition de l'œuvre de l'utilisation à des fins privées autorisée aux termes de l'art. 19, al. 1, let. a et b, LDA, il ne faut pas tenir compte du cercle de personnes dans lequel le destinataire final de l'acte concret de transmission utilise l'œuvre. C'est seulement lorsque la transmission de l'œuvre à proprement parler – autrement dit à la fois la mise à disposition et la consultation – se fait dans un cercle de personnes étroitement liées ou à des fins pédagogiques entre un maître et ses élèves qu'elle est considérée comme une utilisation à des fins privées, laquelle est autorisée par le droit d'auteur.

L'expression « *par quelque manière que ce soit* » garantit que la disposition légale s'étend à toutes les formes de mise à disposition de l'œuvre, quelle que soit la technologie utilisée. Ainsi, il importe peu que l'utilisation interactive se fasse par fil ou sans fil.

L'art. 10, al. 2, let. f, du projet de révision prévoit que le droit de faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition soit lui aussi considéré comme un droit exclusif de l'auteur. En effet, de la même manière que l'on peut faire voir ou entendre des émissions par le biais d'un écran, par exemple dans un restaurant, on peut faire voir ou entendre des transmissions interactives d'œuvres à un cercle de personnes autre que celui pour lequel l'usage à des fins privées est autorisé. Dans ce sens, l'acte de faire voir ou entendre des œuvres, que ce soit à la suite d'une diffusion, d'une retransmission ou d'une mise à disposition à la demande constitue une utilisation secondaire, qui relève du droit exclusif de l'auteur.

2.2.2 Utilisation à des fins privées

Art. 19

Le projet de révision précise en plusieurs points l'exception réglée à l'art. 19 LDA quant à la reproduction d'œuvres pour un usage privé. En revanche, c'est dans la partie traitant de la protection des mesures techniques (cf. commentaire de l'art. 39b, al. 2) que le législateur tient compte du fait que les copies numériques pour un usage privé qui ne tombent pas sous la restriction de l'art. 19, al. 3, let. a, LDA affectent bien davantage les intérêts du titulaire que les copies analogiques faites à des fins privées.

L'*al. 2* apporte deux précisions. La première prévoit que le droit de charger un tiers de reproduire des exemplaires d'une œuvre pour son usage privé s'applique sous réserve de l'*al. 3*. Ainsi, les reproductions confectionnées par des tiers sur commande d'une personne autorisée à utiliser ces copies pour son usage privé sont soumises dans tous les cas aux restrictions énumérées à l'*al. 3*. La deuxième précision figure dans la deuxième demi-phrase. Elle spécifie que l'expression « tiers » au sens de l'*al. 2* ne s'applique pas seulement aux bibliothèques qui mettent des appareils de copie à la disposition de leurs utilisateurs, mais aussi à d'autres institutions ou entreprises qui en font de même avec leurs utilisateurs ou leurs clients.

Une autre précision est apportée à l'*al. 3*. Elle clarifie le fait que le cercle de personnes étroitement liées, auquel ne s'applique pas les restrictions énumérées à cet alinéa, est uniquement celui visé à l'*al. 1*, let. a. Autrement dit, seule une personne physique utilisant la copie d'une œuvre disponible sur le marché pour son usage

privé peut copier intégralement un exemplaire de cette œuvre. L'expression « *en dehors du cercle de personnes étroitement liées* » ne doit pas être comprise localement. La confection de copies peut ainsi également se faire en dehors de la sphère privée de la personne qui fait ces copies, mais elle ne doit pas être faite par une personne n'appartenant ni à la parenté ni au cercle d'amis du destinataire de la copie.

2.2.3 Rémunération pour l'usage privé

Art. 20

L'*al. 1* prévoit de soumettre dorénavant toute reproduction d'œuvres pour l'usage privé à une obligation de rémunération. Selon le droit en vigueur, cette obligation de rémunération pour la reproduction à des fins privées au sens de l'art. 19, al. 1, let. a, est limitée à l'utilisation de phonogrammes et de vidéogrammes. De facto, cette généralisation de l'obligation de rémunération ne devrait guère avoir d'impact. En effet, elle ne concerne que le domaine de la reprographie. Or la loi règle déjà la question des reproductions pour l'usage privé faites par un tiers sur commande et au moyen d'un appareil de copie (art. 19, al. 2, LDA). L'amendement de l'art. 20 vise par conséquent plutôt à reconnaître le principe selon lequel, eu égard au test des trois étapes ancré aux art. 10 WCT et 16 WPPT, il faut assortir les exceptions au droit de reproduction d'une obligation de rémunération. Cette démarche est également conforme à la Directive sur la société de l'information, selon laquelle de telles limitations du droit de reproduction ne sont possibles que si l'ayant droit reçoit une compensation équitable.

Ce qui découle à contrario de l'al. 1, c'est qu'il continue à n'y avoir aucune obligation de rémunération pour les utilisations d'œuvres au sens de l'art. 19, al. 1, let. a et b, qui ne relèvent pas du droit de reproduction, comme réciter un poème dans un cours ou faire de la musique dans ses quatre murs.

L'*al. 2* reprend l'al. 4 de la loi en vigueur.

2.2.4 Débiteur de la rémunération pour l'usage privé

Art. 20a

Cette disposition remplace les al. 2 et 3 de l'actuel art. 20 LDA. Elle règle la perception des rémunérations pour la reproduction d'œuvres pour l'usage privé en tenant compte de la motion Thanei (04.3163 Perception de droits d'auteur sur les appareils), qui charge le Conseil fédéral de soumettre non seulement les producteurs et les importateurs de supports vierges (p. ex. cassettes audio ou vidéo ainsi que CD-R), mais aussi les producteurs et les importateurs d'appareils propres à la confection de reproductions, à l'obligation de rémunération. L'introduction d'une rémunération sur les appareils complète judicieusement le système de rémunération actuel pour la reproduction d'œuvres à des fins privées.

La rémunération sur les appareils constitue, d'une part, un bon moyen de diminuer nettement le travail administratif occasionné par la perception et le paiement de la

rémunération due sur les photocopies d'œuvres protégées utilisées à des fins d'information ou de documentation. Elle est dans l'intérêt tant des utilisateurs que des ayants droit. Elle permet de libérer les PME des tracasseries engendrées, année après année, par la perception de la redevance forfaitaire, laquelle varie en fonction de la taille de l'entreprise et de la branche à laquelle celle-ci appartient. Elle contribue également à réduire les coûts élevés que la perception de la redevance sur les photocopies selon le système actuel occasionne aux ayants droit. Le Conseil fédéral avait déjà évoqué cette mesure dans sa réponse à la motion Widrig (98.3389 Equité de la redevance perçue par Pro Litteris), qui demandait une simplification du système de perception de la redevance sur les photocopies d'œuvres utilisées au sein des entreprises.

La rémunération sur les appareils permet, d'autre part, de combler une lacune que les développements technologiques ont fait apparaître dans le système de rémunération des reproductions d'œuvres pour l'usage privé. En raison de la convergence entre appareils et supports vierges dans le numérique, la rémunération sur les cassettes vierges ne permet pas de tenir compte de toutes les possibilités de reproduction que l'électronique de divertissement met actuellement à la disposition des particuliers. De plus en plus d'appareils propres à la confection d'enregistrements ou de réenregistrements d'œuvres disposent de mémoire intégrée d'une très grande capacité. Un système de rémunération qui se limite aux seuls supports vierges, dont le prix ne cesse de baisser, ne tient pas adéquatement compte de cette évolution. Dans son application actuelle, le système de rémunération permet de dédommager les titulaires pour une partie seulement des copies faites à des fins privées. Il conduit en outre à une inégalité de traitement des utilisateurs, puisque seuls ceux qui utilisent des supports vierges pour confectionner des copies pour leur usage privé s'acquittent de la rémunération. Les insuffisances du système actuel pourraient être corrigées, du moins en partie, si, à la faveur d'une interprétation large de l'art. 20, al. 3, LDA, les mémoires des appareils étaient assimilées à des cassettes vierges. Il n'empêche qu'un système de rémunération qui prévoit une redevance sur ces appareils offre une plus grande sécurité juridique et la possibilité d'asseoir le droit à rémunération sur une base plus solide compte tenu de l'érosion des prix des supports vierges. L'introduction de la rémunération sur les appareils apporte donc, de ce point de vue aussi, une amélioration du système de perception et une adaptation du droit à la réalité.

L'*al. 1* prévoit un système de rémunération indirecte pour la reproduction d'œuvres pour l'usage privé au sens de l'art. 19, al. 1, let. a, LDA, qui, à la différence du système actuel, ne se limite pas uniquement aux supports vierges, mais s'étend également aux appareils de reproduction. Il est conçu de telle sorte qu'il permet non seulement de passer de la rémunération sur les supports vierges à celle perçue sur les appareils et inversement, mais aussi de cumuler les deux rémunérations, ce qui pourrait s'avérer nécessaire pour tenir compte des différentes techniques de reproduction. La souplesse du nouveau système doit permettre d'adapter la perception de la rémunération aux développements technologiques.

L'*al. 2* part de l'hypothèse que les autres reproductions selon l'art. 19 LDA, à savoir les copies faites à des fins pédagogiques, à des fins d'information et de documentation dans les entreprises et les administrations ainsi que pour l'usage privé de tiers, constituent une utilisation plus intensive que la reproduction d'œuvres pour l'usage privé au sens de l'art. 19, al. 1, let. a, LDA. C'est pourquoi cette disposition prévoit que le détenteur d'appareils de reproduction – en général une

personne morale – doit aussi s’acquitter d’une rémunération. Pour cette forme d’utilisation, la redevance sur les supports vierges et celle sur les appareils font office d’une rémunération de base, qu’il faudra prendre en considération lors de la fixation du tarif applicable au détenteur d’appareils de copie.

L’*al. 3* tient compte du fait que l’intensité d’utilisation lors de la reproduction d’œuvres à des fins d’information ou de documentation du personnel d’une entreprise (art. 19, al. 1, let. b, LDA) peut être très variable. Elle ne dépend pas uniquement de la taille de celle-ci mais aussi de la branche à laquelle elle appartient. Bon nombre de petites et de moyennes entreprises ne sont amenées à faire des reproductions qu’occasionnellement en raison de leur processus de travail. Pour celles-ci, la perception d’une taxe auprès du détenteur, comme le prévoit l’*al. 2*, en plus de la rémunération de base perçue sur les appareils de reproduction, ne se justifierait pas.

L’*al. 4* soumet l’application du nouveau système de rémunération pour la reproduction d’œuvres à des fins privées au contrôle de la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d’auteurs et de droits voisins (Commission arbitrale). Celle-ci examine si les tarifs que les sociétés de gestion, placées sous la surveillance de la Confédération, doivent établir pour faire valoir les droits à rémunération sont équitables. Dans ce contexte, elle devra aussi examiner si une éventuelle modification du système de perception à la base d’un tarif respecte le principe de l’équité.

L’application de la rémunération sur les appareils implique une modification tarifaire. Il appartiendra à la Commission arbitrale de se prononcer sur l’opportunité d’une telle modification dans le cadre de la procédure d’approbation du tarif, dans laquelle les organisations d’utilisateurs peuvent se prononcer. La Commission arbitrale rejetterait ainsi toute mise en œuvre abusive du système de perception des rémunérations prévu aux *al. 1 à 3* qui contreviendrait au principe de l’équité.

L’introduction de la rémunération sur les appareils dans un tarif est une mesure qui vise à faciliter la perception ou à tenir compte de nouvelles techniques de reproduction. Dans l’un comme dans l’autre cas, la Commission arbitrale devra examiner si cette rémunération ne conduit pas à une augmentation injustifiée des tarifs en vigueur, qu’elle a approuvés et donc jugés équitables. Le risque d’une hausse cachée des tarifs existera toujours lorsque la rémunération sur les appareils viendra s’ajouter à celle perçue sur les supports vierges et à la taxe due par les utilisateurs. Lors de l’appréciation d’un tarif, la Commission arbitrale devra donc s’assurer que la rémunération sur les appareils ne serve à justifier ni des prétentions supplémentaires, ni une hausse des niveaux d’indemnisation approuvés par elle. La rémunération sur les appareils doit simplement être un moyen de compléter le système actuel de perception des redevances pour le droit à rémunération défini à l’art. 20, al. 1, du projet de révision.

2.2.5 Mise à disposition d'œuvres diffusées

Art. 22a

Cette disposition soumet le droit de mise à disposition d'œuvres musicales non théâtrales en relation avec l'utilisation interactive d'émissions radiophoniques ou de télévision à la gestion collective et, de ce fait, à la surveillance de la Confédération. Si, par conséquent, un organisme de diffusion veut rendre les programmes qu'il a diffusés accessibles par le biais de services interactifs, il doit avoir la possibilité d'indemniser les droits correspondants par le biais des sociétés de gestion, comme il le fait pour les droits de diffusion d'œuvres musicales non théâtrales. Cette modification de la loi doit surtout permettre aux organismes de diffusion d'exploiter leurs productions propres conformément au marché.

Aux termes de l'art. 2, l'al. 1 ne s'applique cependant qu'à la mise à disposition de programmes dans lesquels les œuvres musicales ne sont qu'accessoires ou secondaires, par exemple lorsqu'elles servent d'habillage musical à un documentaire ou à un film. Le contrôle sur l'utilisation interactive d'émissions composées essentiellement de musique ne doit pas être retiré aux titulaires originaires des droits sur ces œuvres musicales et sur les prestations liées. Toute disposition contraire constituerait une violation des intérêts légitimes des ayants droit et une entrave à l'exploitation normale de leurs œuvres, prestations et phonogrammes et ne serait pas compatible non plus ni avec l'art. 10, al. 1, WCT, ni avec l'art. 16, al. 2, WPPT.

2.2.6 Reproductions provisoires

Art. 24a

Cette exception au droit d'auteur tient compte des besoins de la société de l'information. La disposition énumère des actes de reproduction précis liés à l'emploi de technologies de la communication modernes. Ne sont ainsi pas protégées par le droit d'auteur les reproductions provisoires constituant une partie intégrante d'un procédé technique, générées par exemple par des sauvegardes sur les serveurs de fournisseurs d'accès lorsque des œuvres ou des objets protégés sont transmis par le biais d'Internet. Il s'agit donc de reproductions transitoires liées à l'utilisation de l'œuvre, par exemple sa mise à disposition interactive, qui n'ont pas de signification économique indépendante. Les exceptions énumérées aux let. a à d de cette disposition s'étendent également au « caching », qui consiste à stocker provisoirement des données sur un serveur afin de les rendre accessibles plus rapidement et de désengorger le réseau.

Cette nouvelle disposition, qui reprend l'art. 5, al. 1, de la Directive sur la société de l'information, revêt une grande importance dans le domaine du numérique. C'est la seule exception que les Etats membres de l'Union européenne sont tenus de transposer dans leur législation. Elle limite la responsabilité des fournisseurs d'accès vis-à-vis des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins par souci de rendre l'utilisation des systèmes de communication modernes plus efficace. Cette exception ne concerne toutefois que certains cas particuliers, qui n'entravent pas l'exploitation normale des œuvres et des prestations protégées. Elle satisfait donc aux exigences du

test des trois étapes que les Etats doivent respecter conformément aux art. 10 WCT et 16 WPPT lorsqu'ils prévoient de limiter la protection des droits.

2.2.7 Reproductions à des fins de diffusion

Art. 24b

Cette nouvelle disposition limite le droit de reproduction par rapport à l'enregistrement d'œuvres à des fins de diffusion. Dans son message concernant la révision du droit d'auteur de 1989, le Conseil fédéral avait déjà prévu une telle exception (cf. FF 1989 III 530), mais elle fut biffée au cours des débats parlementaires parce qu'elle s'était avérée superflue compte tenu de la façon dont les droits d'auteur étaient gérés en pratique. L'introduction des droits voisins a changé la donne. Il est vrai que l'art. 35 LDA ne prévoit qu'un droit à rémunération pour l'utilisation des phonogrammes disponibles sur le marché à des fins de diffusion et que celui-ci est soumis, simultanément avec le droit de diffusion d'œuvres musicales, à la gestion collective obligatoire et à la surveillance de la Confédération. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette licence légale ne s'étend toutefois pas aux actes de reproduction liés à l'utilisation de phonogrammes à des fins de diffusion. Autrement dit, la réglementation prévue par le législateur à l'art. 35 n'atteint pas son but puisque les organismes de diffusion doivent rémunérer le droit de reproduction des interprètes et des producteurs de phonogrammes séparément. Non soumise à la surveillance de la Confédération, la gestion de ces droits échappe donc au contrôle de l'équité des tarifs.

La nouvelle exception prévoit de soumettre le droit de reproduction des auteurs d'œuvres musicales, des interprètes et des producteurs en relation avec l'utilisation de phonogrammes et de vidéogrammes à des fins de diffusion à la gestion collective obligatoire. Elle crée ainsi un système de gestion uniforme et homogène pour ce type d'exploitation et complète la réglementation de l'art. 35 LDA. Elle se fonde sur les art. 11 *bis*, par. 3, de la Convention de Berne ainsi que 15, par. 1, let. c, de la Convention internationale du 26 octobre 1961 sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (Convention de Rome)⁴.

Le fait de soumettre le droit de reproduction à des fins de diffusion à la gestion collective obligatoire signifie que les titulaires originaires de droits ne peuvent faire valoir leur droit, dans le cadre fixé par la disposition, que par le biais d'une société de gestion agréée. Ils ne peuvent donc plus exercer eux-mêmes leur droit d'interdire de telles reproductions. En effet, la gestion collective du droit de reproduction lorsqu'il est lié au droit de diffusion exclut l'exercice individuel d'un tel droit d'interdiction. Celui-ci ne peut par conséquent être exercé que par la société de gestion conformément à ses obligations en vertu des art. 44 ss LDA. Une catégorie de titulaires ne pourraient pas non plus éviter la gestion collective obligatoire en refusant de céder leur droit de reproduction à la société de gestion. Par conséquent, le droit d'interdire ne peut, en l'occurrence, avoir qu'une seule fonction, celle d'imposer les conditions tarifaires aux utilisateurs.

⁴ RS 0.231.171

L'*al.* 2 précise les conditions imposées par la Convention de Berne et la Convention de Rome au législateur pour édicter de telles exceptions. La latitude offerte par les conventions n'est pas pleinement exploitée puisque le droit suisse ne prévoit pas de licence gratuite pour la reproduction à des fins de diffusion. Mais la rémunération est étroitement liée à l'indemnisation du droit de diffusion et doit, de ce fait, être fixée dans les tarifs correspondants si elle n'y figure pas déjà. L'inclusion du droit de reproduction des interprètes et des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes dans les tarifs relatifs au droit à rémunération visé à l'art. 35 LDA ne doit pas avoir pour conséquence que, pour ce droit, la limite des 3 % à laquelle est soumise l'indemnité des droits voisins selon l'art. 60, al. 2, LDA soit appliquée encore une fois, voire doublée.

L'*al.* 3 restreint le champ d'application de cette exception aux organismes de diffusion soumis à la loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision⁵. Etant donné que les développements technologiques tendent à brouiller les contours de la notion d'organisme de diffusion, qui n'est pas définie dans la loi sur le droit d'auteur, cette restriction vise à éviter un élargissement du champ d'application de cette disposition, qui aurait pour conséquence une insécurité juridique.

L'*al.* 4 précise que cette exception s'applique exclusivement au droit de reproduction. Cette restriction signifie en particulier que la disposition ne s'applique pas lorsque de la musique est utilisée pour réaliser la sonorisation d'un téléfilm. L'utilisation de musique en association avec une autre œuvre ne touche pas uniquement le droit de reproduction, mais également celui à l'intégrité de l'œuvre conformément à l'art. 11, al. 1, LDA. Dans ce contexte, on parle également du « droit de synchronisation ».

2.2.8 Utilisation par des personnes handicapées

Art. 24c

Cette disposition prévoit une exception au droit d'auteur en faveur des handicapés afin de leur faciliter l'accès aux œuvres protégées. Elle permet d'atteindre l'objectif fixé par la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées⁶.

Selon l'*al.* 1, une œuvre publiée peut être reproduite sous une forme qui la rende accessible aux personnes handicapées. Cette exception permet par exemple de reproduire en braille une œuvre littéraire parue sous forme de livre afin que les personnes malvoyantes puissent y avoir accès. L'*al.* 2 précise que de tels exemplaires ne peuvent être confectionnés et mis en circulation que pour l'usage par des personnes handicapées. Offrir des exemplaires confectionnés en vertu de cette disposition à des personnes non handicapées ne serait ainsi pas autorisé.

Aux termes de l'*al.* 3, l'auteur a droit à une rémunération pour la reproduction et la mise en circulation de tels exemplaires. Conformément à l'*al.* 4, ce droit ne peut être exercé que par une société de gestion. La confection et la mise en circulation d'exemplaires isolés sont toutefois exemptées. La délimitation entre utilisation

⁵ RS 784.40

⁶ RS 151.3

soumise à rémunération et utilisation exemptée se fera dans les tarifs et sera soumise au contrôle de l'équité exercé par la Commission arbitrale.

Conformément à l'art. 38, cette exception en faveur des personnes handicapées ne concerne pas uniquement les droits d'auteur mais également les droits voisins.

2.2.9 Droits de l'artiste interprète

Art. 33

A l'*al. 1*, le législateur élargit la définition des prestations de l'artiste interprète aux expressions du folklore pour tenir compte de l'art. 2, let. a, WPPT. Ainsi, seront également protégées à l'avenir les exécutions artistiques qui, bien qu'elles ne se basent pas sur une œuvre, constituent une expression du folklore, comme les danses folkloriques pour lesquelles il n'existe pas de chorégraphies. Ainsi, la prestation d'un lanceur de drapeaux suisse entrera dans le champ d'application cette nouvelle protection du folklore.

Les droits exclusifs des artistes interprètes énumérés à l'*al. 2* portent aussi bien sur les prestations fixées que non fixées. Cette énumération exhaustive mentionne un nouveau droit à la let. d^{bis} : celui de mettre à disposition des prestations. Cette nouvelle prérogative concerne la transmission interactive de prestations d'œuvres fixées. A la différence de l'art. 10 WPPT, ce droit ne se limite pas uniquement aux prestations fixées sur phonogrammes, mais couvre également les prestations audiovisuelles. Par l'ajout à la let. e, le législateur accorde en outre à l'artiste interprète le droit exclusif de faire voir ou entendre les prestations mises à disposition.

2.2.10 Droits moraux de l'artiste interprète

Art. 33a

Eu égard aux possibilités de manipulation offertes par les technologies modernes, le WPPT a prévu une protection des droits moraux de l'artiste interprète, laquelle s'inspire directement du « droit moral » prévu à l'art. 6bis de la Convention de Berne. La ratification du traité par la Suisse impose donc au législateur de garantir une telle protection.

Comme l'art. 5 WPPT, l'art. 33a du projet de révision distingue entre deux aspects de la protection des droits moraux : tout d'abord le droit, pour l'artiste interprète, d'être nommé, puis celui au respect de l'intégrité de sa prestation. L'*al. 1* confère à l'artiste interprète le droit de faire reconnaître sa qualité d'artiste interprète par rapport à sa prestation. Cette disposition correspond à l'art. 9, al. 1, LDA, qui règle certes la reconnaissance de la qualité d'auteur, mais qui ne confère pas un droit absolu à l'auteur de voir son nom être mentionné. En effet, l'omission du nom de l'auteur est autorisée si le mode d'utilisation ou la pratique l'impose, ce qui est par exemple le cas lorsque de la musique de fond est utilisée dans une émission radiophonique.

La garantie de la protection de l'intégrité de la prestation en vertu du WPPT existe déjà dans le droit suisse aux art. 28 ss du code civil, qui règlent la protection de la personnalité. Ainsi, la déformation ou la mutilation d'une prestation peut porter atteinte à la personnalité. L'*al. 2* sert par conséquent uniquement à coordonner la durée de protection des droits patrimoniaux et des droits moraux.

L'art. 5, al. 2, WPPT prévoit l'extinction simultanée des droits moraux et des droits patrimoniaux. Les Etats dans lesquels, au moment de la ratification du traité, la protection des droits moraux de l'interprète prend fin à la mort de celui-ci peuvent conserver cette règle pour certains droits moraux prévus par l'art. 5, al. 1, WPPT. Le législateur suisse ne fait pas usage de cette possibilité pour des raisons de sécurité juridique et par souci d'élaborer une réglementation aussi simple et uniforme que possible. Selon l'*al. 2*, les droits moraux et les droits patrimoniaux de l'artiste interprète sont protégés même si celui-ci devait mourir avant la fin de la durée de protection définie à l'art. 39.

A la différence de l'art. 5 WPPT, l'art. 33a ne s'applique pas uniquement aux prestations sonores. Il accorde aux artistes interprètes une protection générale de leurs droits moraux, qui s'étend également aux prestations audiovisuelles. Ainsi, le législateur suisse juge non seulement inopportun de discriminer les artistes interprètes actifs dans le domaine audiovisuel, mais anticipe un futur traité de l'OMPI sur la protection des prestations audiovisuelles, qui comportera certainement des dispositions relatives aux droits moraux.

2.2.11 Droit à rémunération pour l'utilisation de phonogrammes et de vidéogrammes

Art. 35

Par rapport au droit en vigueur, l'*al. 1* précise que la licence légale s'étend aussi aux phonogrammes et aux vidéogrammes mis à disposition licitement par le biais de services à la demande.

L'al. 4 de l'art. 35, LDA, qui prévoyait un droit de réciprocité, est abrogé. Il visait à éviter que les rémunérations pour l'utilisation de phonogrammes à des fins de diffusion et d'exécution ne soient versées à des pays qui n'accordent pas un droit correspondant aux ressortissants suisses. Mais l'application de cette disposition a montré que cet objectif n'était atteint qu'en partie. En raison des points de rattachement différents de la LDA et de la Convention de Rome, les seuls phonogrammes auxquels s'appliquait cette disposition étaient ceux pour lesquels ni le producteur ni l'artiste interprète était un ressortissant d'un Etat partie à la Convention de Rome (cf. aussi l'arrêt du Tribunal fédéral du 20 juin 1997, dans *sic!* 1998, p. 33).

Par ailleurs, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 35, cette disposition autorisait certes la diffusion de phonogrammes et de vidéogrammes, mais pas la reproduction de ceux-ci qu'implique leur diffusion. Par conséquent, les interprètes et les producteurs qui n'auraient pas droit à une rémunération au motif de la réserve de réciprocité font tout de même partie du cercle des ayants droit sur la base du droit de reproduction. L'art. 24b du projet de révision conduit au même

résultat. Obsolète, la réserve de réciprocité prévue à l'al. 4 de l'art. 35 LDA est donc abrogée.

2.2.12 Droits du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes

Art. 36

Traitant des droits de reproduction et de distribution, la *let. a* ne modifie en rien l'étendue de la protection actuelle. Le droit de reproduction doit cependant être compris comme une prérogative générale au sens de l'art. 11 WPPT, qui s'applique à la reproduction tant directe qu'indirecte, de quelque manière ou sous quelque forme que ce soit. La *let. b* complète les droits actuels par l'ajout du droit de mise à disposition. Sont ainsi également protégés les producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes lorsque leurs prestations sont mises à disposition par le biais de services électroniques interactifs. L'ajout de ce nouveau droit exclusif permet de satisfaire aux exigences minimales imposées par le WPPT pour la protection des producteurs de phonogrammes.

La disposition du droit suisse va au-delà de la protection prévue par le WPPT dans la mesure où ces droits ne sont pas uniquement accordés aux producteurs de phonogrammes, mais aussi aux producteurs de vidéogrammes, conformément au principe d'égalité de traitement des phonogrammes et des vidéogrammes qui sous-tend la loi sur le droit d'auteur.

2.2.13 Droits des organismes de diffusion

Art. 37

Comme pour les producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes, la *let. e* complète les droits des organismes de diffusion et leur accorde le droit de mettre à disposition une émission par le biais de services à la demande. Ce droit est réservé à l'organisme de diffusion producteur de l'émission.

Le fait d'octroyer aux organismes de diffusion les mêmes droits qu'aux producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes correspond aux efforts déployés au niveau international pour aligner la protection des organismes de diffusion sur celle des producteurs de phonogrammes aux termes du WPPT. La Directive sur la société de l'information, qui étend ces mesures à l'ensemble des droits voisins, va dans le même sens.

2.2.14 Enregistrements d'archives

Art. 38a

Dans les archives des organismes de diffusion sommeillent un nombre incalculable de documents politiques et culturels précieux, qui, en partie, ne peuvent pas être mis à la disposition du public parce que les organismes de diffusion ne détiennent pas les droits requis et qu'il serait trop compliqué pour eux de se les procurer. Cette constatation concerne surtout les émissions radiophoniques ou télévisuelles plus anciennes, qui ont été produites à une époque où certaines formes d'exploitation et les droits voisins n'existaient pas encore. Cette disposition vise donc à rendre possible l'exploitation de ces émissions et d'autres productions également par le biais de services interactifs, alors que les artistes interprètes et les producteurs de phonogrammes disposent désormais du nouveau droit de mise à disposition.

Pour rendre l'exploitation de telles productions possible, la disposition prévoit que les droits seront exercés, en vertu des règles sur la gestion d'affaires sans mandat, par une société de gestion placée sous la surveillance de la Confédération. Une telle concentration des droits auprès de la société de gestion n'est toutefois possible que si plusieurs conditions sont réunies.

Selon la *let. a*, cette forme particulière de la gestion d'affaires sans mandat n'est envisageable que si les ayants droit sont inconnus. En outre, conformément à la *let. b*, elle présuppose que les objets protégés aient été produits en Suisse et que dix ans se soient écoulés depuis. Enfin, cette réglementation ne s'applique qu'aux droits voisins et pas au droit d'auteur au sens étroit. L'art. 38a du projet de révision ne restreint donc en aucune façon les droits existants sur les œuvres littéraires et artistiques.

2.2.15 Protection des mesures techniques

Art. 39a

Cette disposition protège les mesures techniques prises par les titulaires, resp. par les preneurs de licences exclusives, pour empêcher ou contrôler une utilisation non autorisée de leurs œuvres et de leurs prestations dans le domaine numérique. Les traités de l'OMPI ont posé la pierre angulaire de cette nouvelle protection puisqu'aux termes des art. 11 WCT et 19 WPPT les Etats contractants sont tenus de transposer ces obligations dans leur législation nationale.

L'interdiction de contourner ces mesures prévues à l'*al. 1* s'applique également aux actes visant à rendre ces mesures inutilisables, par exemple par leur élimination ou leur destruction. Conformément aux prescriptions des traités de l'OMPI, les mesures techniques ne bénéficient pas d'une protection générale. Elles sont protégées uniquement si elles présentent un rapport avec des œuvres protégées par le droit d'auteur ou des prestations protégées par les droits voisins. L'interdiction de contournement ne frappe par conséquent pas les mesures techniques dont sont munies les œuvres et les prestations tombées dans le domaine public ou des contenus non protégés. La protection contre le contournement prend fin en même temps qu'expire la durée de protection des contenus protégés par le droit d'auteur.

La restriction susmentionnée découle aussi de l'*al.* 2, selon laquelle l'utilisateur de mesures techniques est protégé uniquement en sa qualité de titulaire de droits d'auteur ou de droits voisins ou de preneur d'une licence exclusive. Il ne possède plus cette qualité lorsque la durée de protection des œuvres ou des prestations a expiré. La position juridique de l'utilisateur de mesures techniques est également limitée par les exceptions. Cette double restriction est déterminante pour la définition de la protection contre le contournement, car celle-ci ne peut aller au-delà ni de la durée de protection, ni des exceptions. Aussi la loi prévoit-elle une protection contre le contournement qui vise expressément à empêcher des utilisations non autorisées d'œuvres ou de prestations protégées. Aux termes des art. 11 WCT et 18 WPPT, on entend par là les utilisations que le législateur a réservées aux titulaires.

En règle générale, le contournement de mesures techniques consistera cependant en un acte préparatoire à une violation des droits d'auteur ou des droits voisins. Cet acte menace ces droits puisqu'il rend possible une utilisation non autorisée ou illicite d'œuvres ou de prestations protégées. Dans ce sens-là, interdire tout acte de contournement se justifie. S'il devait toutefois s'avérer que le contournement n'a en réalité servi qu'à rendre possible une utilisation autorisée par la loi, la protection contre le contournement des mesures techniques tomberait.

L'interdiction de contournement axée sur la protection des droits d'auteur ne peut être qu'une mesure d'appoint, qui vient compléter les droits accordés par la loi. Elle ne peut pas être absolue et ne doit pas empêcher les possibilités d'utilisation que le législateur a prévues en faveur de la collectivité en limitant la durée de protection et au moyen des exceptions. Une interdiction absolue modifierait la pesée des intérêts qui sous-tend la loi sur le droit d'auteur et impliquerait un véritable changement de système. La frontière entre utilisations autorisées et non autorisées d'œuvres et de prestations protégées découle d'une part des droits attribués à la personne protégée et d'autre part de leurs limitations. La protection contre le contournement n'a aucune influence sur la délimitation de cette frontière. Ainsi, les titulaires ne peuvent pas interdire les utilisations autorisées par la loi même si celles-ci impliquent un contournement de mesures techniques. L'interdiction de contournement ne s'applique pas non plus aux interventions dans les mesures techniques qui n'ont pas pour objectif l'utilisation d'une œuvre, mais qui servent simplement des fins scientifiques ou qui visent à tester ou à optimiser les mesures en question.

Ce qui ressort de l'*al.* 2, c'est que ce que le législateur entend par « mesure technique » ne dépend pas de la technologie employée par le titulaire pour contrôler les utilisations de son œuvre ou de sa prestation. Mais les mesures techniques doivent être propres à permettre un tel contrôle et avoir un tel effet. La possibilité de contourner une mesure technique ne peut remettre en cause ni la finalité ni l'efficacité de la mesure, sinon l'interdiction serait sans objet.

L'*al.* 3 interdit tout acte qui prépare le contournement de mesures techniques ou qui le rend possible. La protection prévue par la loi est donc conforme au droit communautaire (art. 6, al. 2, de la Directive sur la société de l'information) et va au-delà des obligations découlant des art. 11 WCT et 18 WPPT. Il accorde en effet aux titulaires un contrôle très large sur les dispositifs et les services qui rendent possible le contournement de mesures techniques. Cette interdiction de l'acte préparatoire devrait constituer un moyen encore plus efficace de protéger les mesures techniques que l'interdiction de contournement prévue à l'*al.* 1.

L'al. 4 concrétise les limitations de la protection contre le contournement mentionnées ci-dessus (cf. commentaire de l'al. 2) par rapport aux exceptions. Ainsi, une intervention dans les mesures techniques est en principe interdite. Mais une violation de cette interdiction ne peut faire l'objet ni de poursuites civiles ni de poursuites pénales si l'intervention a servi exclusivement à permettre une utilisation de l'objet protégé autorisée par la loi.

2.2.16 Obligations imposées aux utilisateurs de mesures techniques

Art. 39b

Cette disposition règle le rapport entre protection des mesures techniques et restrictions au droit d'auteur. Elle tient compte du fait que les mesures techniques permettent aussi de contrôler des utilisations que le législateur a exclues de la protection dans l'intérêt de la collectivité par le biais de restrictions. Selon les explications données sous le commentaire de l'art. 39a, al. 2, du projet de révision, une intervention ne respectant pas l'interdiction de contournement échappe au contrôle juridique des utilisateurs de mesures techniques lorsqu'elle a pour but une utilisation autorisée par la loi. L'art. 39b, qui reprend l'art. 6, al. 4, de la Directive sur la société de l'information, va même plus loin. Il limite le contrôle effectif que procurent les mesures techniques quant à l'utilisation des objets protégés afin de garantir l'application des exceptions.

Selon la *let. a* de l'al. 1, quiconque protège ses œuvres ou d'autres objets par des mesures techniques est tenu de fournir des indications quant à son adresse et aux caractéristiques de ces mesures. Cette disposition crée la transparence pour les utilisateurs et leur garantit que celui qui a recours à des mesures techniques prenne les dispositions nécessaires visées à la *let. b* pour être retrouvé. La loi ne précise pas la nature des dispositions à prendre pour que les bénéficiaires d'une exception puissent utiliser l'objet protégé conformément à la loi. Plusieurs possibilités sont imaginables; elles dépendent de la technologie utilisée et de son développement.

Il n'y a obligation de prévoir des dispositions qui permettent de contourner les mesures techniques que dans la mesure où il n'existe pas d'autres moyens d'utiliser un objet protégé en vertu d'une exception. Ainsi, si une publication scientifique est mise à disposition sous forme non seulement électronique mais aussi d'imprimé, la possibilité de la reproduire pour l'usage privé est déjà garantie. Dans un tel cas, il n'est pas obligatoire de supprimer un éventuel dispositif de contrôle de copie dont l'œuvre pourrait être munie pour être protégée contre sa transmission sans ou sur support physique.

L'al. 2 prévoit une réserve à l'al. 1, *let. b*, selon laquelle l'utilisateur de mesures techniques n'est pas tenu de prendre des dispositions permettant la reproduction de la totalité ou de l'essentiel des exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché. Cette disposition se réfère à l'art. 19, al. 3, *let. a*, LDA, lequel prévoit une restriction pour la reproduction à des fins privées. Cette réserve ne concerne pas l'usage privé au sens de l'art. 19, al. 1, *let. a*, LDA. Autrement dit, il est permis de confectionner des copies, même intégrales, d'exemplaires disponibles sur le marché pour les utiliser à des fins personnelles. Maintenu pour des raisons de praticabilité et de

respect de la sphère privée, cette réglementation doit toutefois céder le pas face aux mesures techniques.

Le législateur a ainsi tenu compte du fait que, par rapport aux copies analogiques, les copies intégrales numériques faites par les particuliers présentent un risque d'abus bien plus grand; elles peuvent constituer une intervention directe dans l'exploitation normale d'une œuvre lorsqu'elles sont faites par le biais de services interactifs. Un éditeur, un producteur de films ou de phonogrammes ou un organisme de diffusion doit pouvoir offrir ses produits par le biais de services interactifs sans être contraint, par la loi, de fournir à chaque particulier la possibilité d'en faire une copie intégrale. L'al. 2 protège ces nouvelles formes d'exploitation des œuvres, resp. de commerce électronique, contre la menace que constituent les copies – autorisées – à des fins personnelles, en les soustrayant à l'obligation prévue par l'al. 1, let. b. Ce faisant, le législateur tient compte aussi bien des intérêts économiques des titulaires que de l'utilité que revêt l'utilisation de nouvelles technologies de communication pour la société de l'information.

L'al. 3 prévoit que seuls les titulaires qui remplissent les obligations mentionnées à l'al. 1 lorsqu'ils utilisent des dispositifs de protection sont protégés contre le contournement de ces mécanismes. Autrement dit, une action faisant valoir la protection contre le contournement doit être rejetée si le défendeur peut prouver que le demandeur n'a pas rempli les obligations imposées par l'utilisation de mesures techniques de protection. Dans le cas de poursuites pénales, la loi s'applique par analogie.

Pour l'heure, les dispositifs de protection n'en sont qu'au début de leur développement, et prédire leur évolution et leur influence sur les nouveaux modes de communication semble difficile. Aussi est-il tout à fait possible que la réglementation prévue à l'art. 39b s'avère insuffisante, compte tenu des développements technologiques, pour empêcher une érosion des exceptions au droit d'auteur et du système de rémunération par les mesures techniques. C'est pourquoi l'al. 4 accorde au Conseil fédéral la compétence d'établir d'autres règles pour régir l'utilisation de mesures techniques en matière de protection du droit d'auteur et des droits voisins.

C'est l'intérêt public qui doit justifier l'exercice de cette compétence, par exemple s'il fallait éviter que les titulaires n'abusent de mesures techniques pour contourner les restrictions imposées par le législateur en termes de contrôle juridique de leurs œuvres et de leurs prestations. Dans un tel cas, le Conseil fédéral devrait cependant tenir compte aussi du principe de proportionnalité. Les premières mesures envisageables seraient par exemple celles qui permettraient de préciser les obligations visées à l'al. 1 et de faciliter leur imposition. Il pourrait ainsi s'avérer judicieux de soutenir des initiatives prises par les producteurs et les utilisateurs ayant pour but une mise en œuvre concertée des obligations prévues à l'al. 1. Une telle initiative pourrait consister en l'élaboration de directives concrétisant les mesures à prendre selon l'al. 1, let. b. En se référant à la surveillance des tarifs (art. 55 ss LDA), on pourrait envisager l'introduction d'une procédure d'autorisation. Il serait aussi pensable de confier l'examen et l'approbation de telles directives à la Commission arbitrale.

Mais d'autres mesures, plus incisives, comme l'introduction d'une obligation d'annoncer pour les utilisateurs de mesures techniques, ne seraient pas exclues. Elles donneraient la possibilité aux utilisateurs de se renseigner auprès d'un service

central sur les possibilités d'accès mis à disposition. Cette mesure permettrait aussi de surveiller le respect des obligations prévues à l'al. 1.

Il n'est par ailleurs pas encore possible de dire quel impact l'utilisation de mesures techniques aura sur les droits à rémunération pour la reproduction à des fins privées selon l'art. 20 du projet de révision. Il faut s'attendre à ce que le recours à des mesures techniques fasse constamment diminuer le volume d'œuvres et de prestations librement accessibles pour l'usage privé. Cette tendance revêt de l'importance non seulement pour la fixation des indemnités mais aussi pour la répartition des recettes provenant des droits à rémunération. Afin de pouvoir apprécier dans quelle mesure elles sont utilisées, on pourrait envisager, en référence à l'art. 51 LDA, l'introduction de l'obligation pour les utilisateurs de mesures techniques de fournir des renseignements pertinents aux sociétés de gestion.

Il ne serait pas raisonnable de prévoir d'ores et déjà de telles mesures légales pour anticiper des évolutions futures ou de s'attendre à ce que le droit d'auteur soit adapté aux développements technologiques à des intervalles de plus en plus rapprochés. Le législateur a donc doté ce nouveau système de protection d'une certaine souplesse pour pouvoir l'adapter à la réalité, en accordant au Conseil fédéral la compétence de réguler, lorsque les circonstances l'exigent, le domaine des mesures techniques, qui est appelé à évoluer très rapidement. Chaque fois que la réglementation légale sera complétée par voie d'ordonnance, il faudra toutefois examiner s'il s'agit bien d'une concrétisation de cette réglementation ou si une révision de la loi s'impose.

2.2.17 Protection de l'information sur le régime des droits

Art. 39c

Cette disposition prévoit une protection des informations électroniques qui permettent, d'une part, d'identifier l'objet protégé et l'ayant droit (titulaire ou preneur de licence exclusive) dans les cas de transmission par des réseaux de données et qui, d'autre part, renseignent sur les modalités d'utilisation. Elle transpose dans le droit national les engagements découlant des art. 12 WCT et 19 WPPT. Ne sont sanctionnés que les actes qui contribuent à une violation des droits d'auteur ou des droits voisins. Cette disposition n'oblige en revanche pas les titulaires, resp. les preneurs de licences exclusives, de munir leurs œuvres de telles informations pour faire valoir leurs droits.

L'al. 1 interdit de supprimer ou de modifier les informations électroniques relatives au régime des droits. L'al. 2 définit l'objet protégé sur la base des art. 12, al. 2, WCT et 19, al. 2, WPPT. Aux termes de l'al. 3, la communication sans support physique et la mise en circulation d'exemplaires reproduits sont également interdites lorsque de telles informations sur le régime des droits, qui étaient apposées sur les objets protégés, ont été ôtées ou modifiées. L'al. 4, enfin, précise que la protection des informations sur le régime des droits prend fin en même temps que la durée de protection des œuvres et des prestations auxquelles elles se rapportent.

2.2.18 Domaines de gestion soumis à la surveillance de la Confédération

Art. 40

Pour des raisons de systématique, l'*al.* 1 ne prévoit plus seulement deux mais quatre domaines de gestion soumis à la surveillance de la Confédération. Inchangée, la *let. a* traite des droits exclusifs sur les œuvres musicales non théâtrales, dont la gestion est soumise à la surveillance de la Confédération. Nouvelle, la *let. a^{bis}* traite des droits exclusifs qui, aux termes des art. 22 LDA ainsi que 22a, 24b et 24c du projet de révision, ne peuvent être gérés que collectivement par des sociétés placées sous la surveillance de la Confédération. La *let. b* se réfère aux droits à rémunération définis dans la loi qui ne peuvent être exercés que par les sociétés de gestion agréées et soumises à la surveillance de la Confédération. La *let. c*, enfin, clarifie que la gestion collective des droits voisins prévue à l'art. 38a du projet de révision est elle aussi soumise à la surveillance de la Confédération. L'*al.* 3 précise que la réserve formulée en faveur de la gestion personnelle des droits exclusifs par l'auteur n'est applicable qu'à la gestion des droits sur les œuvres musicales non théâtrales.

2.2.19 Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins

Art. 55

La compétence de la Commission arbitrale pour le prélèvement des taxes, qui n'était réglée qu'au niveau de l'ordonnance, est ancrée désormais dans la loi par l'ajout de l'*al.* 4 à l'art. 55.

2.2.20 Action en exécution d'une prestation

Art. 62

La portée de l'*al.* 1 s'étend désormais aussi à la protection conférée aux mesures techniques visées à l'art. 39a du projet de révision et aux informations sur le régime des droits selon l'art. 39c dudit projet. La légitimation active pour intenter une action en exécution d'une prestation appartient à celui qui subit ou risque de subir une violation de ces droits.

L'*al.* 3 se réfère à l'obligation de l'utilisateur de mesures techniques de prendre les dispositions nécessaires, à la demande d'une personne ayant un accès licite à l'œuvre ou à la prestation protégée, pour permettre à celle-ci une utilisation autorisée par la loi mais empêchée par les mesures techniques. Pour garantir l'exécution de cette obligation, le législateur donne à la personne pouvant revendiquer la prise de dispositions sur la base de l'art. 39b, al. 1, let. b, du projet de révision la possibilité d'intenter une action en justice. Ainsi, l'utilisateur de mesures techniques peut être contraint par diverses mesures d'exécution (p. ex. menace de peine selon l'art. 292

du code pénal suisse⁷ [CP] ou amende d'ordre pour chaque jour de non-exécution de l'obligation) de prendre les dispositions requises par la loi. Le choix de la peine appartient au juge chargé de l'exécution.

2.2.21 Voies de droit; dispositions pénales

Eu égard aux nouveaux droits introduits dans la loi et à l'adaptation de certains droits existants, il a fallu compléter et modifier les dispositions pénales, plus précisément les art. 67 à 69 LDA. Vu l'entrée en vigueur future de la modification du code pénal du 13 décembre 2002⁸, elles font déjà référence aux nouvelles peines.

Art. 67

La *let. g^{bis}* se réfère à la prérogative de l'auteur, visée à l'art. 10, al. 2, *let. c^{bis}*, du projet de révision, de mettre à disposition ses œuvres de manière interactive par le biais de services à la demande. En conformité avec l'art. 10, al. 2, *let. f*, du projet de révision, la *let. i* a été étendue au droit de faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition de manière interactive. Cette modification permet de faire correspondre les délits mentionnés dans cette disposition aux droits énumérés à l'art. 10, al. 2, du projet de révision.

Art. 69

L'*al. 1, let. e* a été adapté à l'art. 33, al. 2, *let. e*, du projet de révision, selon lequel le droit de l'artiste interprète comporte également celui de faire voir ou entendre une prestation mise à disposition de manière interactive. Aux termes de la *let. e^{bis}*, la violation du droit de l'artiste interprète de faire reconnaître sa qualité d'artiste interprète (art. 33a, al. 1, du projet de révision) sera désormais considérée comme un délit. La *let. e^{ter}* complète la liste des infractions punissables aux droits voisins en ajoutant, en vertu des art. 33, al. 2, *let. d*, 36, *let. b* et 37, *let. e*, du projet de révision, la mise à disposition interactive de prestations, de phonogrammes, de vidéogrammes et d'émissions.

2.2.22 Violation de la protection des mesures techniques ou de l'information sur le régime des droits

Art. 69a

Outre la violation de droits d'auteur et de droits voisins, sera désormais punissable la violation de la protection de mesures techniques (art. 39a du projet de révision) ainsi que la violation de la protection des informations sur le régime des droits.

La sanction prévue par l'*al. 1* est identique à celle prévue en cas de violation de droits d'auteur ou de droits voisins. Les *let. a* à *d* énumèrent les infractions constituant une violation de la protection des mesures techniques. Selon la *let. a*, le contournement de mesures techniques n'est punissable que s'il vise à rendre possible

⁷ RS 311.0

⁸ FF 2002 7658

une utilisation non autorisée. Aux *let. e* et *f* figurent les actes punis par la loi, qui constituent une violation de la protection des informations sur le régime des droits.

Conformément aux dispositions pénales relatives à la violation de droits d'auteur et de droits voisins, l'*al. 2* prévoit que quiconque commet un acte punissable par métier sera poursuivi d'office et frappé d'une sanction plus lourde.

L'*al. 3* énumère les critères subjectifs qui doivent également être remplis pour qu'un acte de violation de la protection des informations sur le régime des droits soit considéré comme punissable. Ainsi, les actes énumérés à l'*al. 1*, *let. e* et *f* ne sont punissables que si la personne qui les commet savait ou devait savoir, en fonction des circonstances, qu'elle rendait possible ou dissimulait une violation d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin.

2.2.23 Violation des obligations liées à l'utilisation de mesures techniques

Art. 70a

Cette disposition prévoit de rendre punissable la violation de l'obligation de marquage à laquelle doit se conformer l'utilisateur de mesures techniques en vertu de l'*art. 39b*, al. 1, *let. a* du projet de révision. Une telle violation constitue en effet une entrave à la revendication, à l'égard de l'utilisateur de mesures techniques, du droit découlant de l'*art. 39b*, al. 1, *let. b*, du projet de révision.

2.2.24 Modification de la Loi fédérale sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (LIPI)

En vertu de l'*art. 13*, al. 2, de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (LIPI)⁹, chacun des quatre domaines relatifs aux droits protection (brevets, marques, designs et droit d'auteur) doit, en moyenne sur une période de quatre ans, couvrir les coûts inhérents à son domaine. Au 30 juin 2003, le domaine droit d'auteur présentait un résultat quadriennal cumulatif de - 682'000 francs. A part les indemnités pour les prestations fournies en faveur de l'économie générale (*art. 2*, al. 1, *let. a* et *c-f*, ainsi que al. 2 en combinaison avec l'*art. 15* LIPI), le droit d'auteur ne dispose guère d'autre revenu (les taxes encaissées lors des quatre exercices précédents sont de 20 à 30'000 francs par année et les possibilités d'encaisser des rémunérations pour des prestations de services selon l'*art. 14* LIPI sont pratiquement inexistantes). C'est pourquoi la couverture des coûts ne pourrait être atteinte qu'en introduisant de nouvelles taxes ou redevances pour la surveillance des sociétés de gestion. Il s'est avéré toutefois que l'introduction de nouvelles redevances de surveillance ne pourrait être réalisée que par une réglementation législative extrêmement compliquée et que leur perception entraînerait des frais administratifs considérables. En outre, l'augmentation des taxes et redevances à la charge des sociétés de gestion aurait pour effet d'augmenter leurs coûts administratifs. Cela conduirait soit à la

⁹ RS 172.010.31

diminution des recettes distribuées aux créateurs soit à l'augmentation des coûts répercutés sur les utilisateurs.

Il faut également tenir compte du fait que l'IPI dans son ensemble n'a pas besoin de recettes supplémentaires: en effet, depuis sa création il a toujours réalisé des bénéfices et les réserves exigées par la loi (art. 16 LIPI) atteindront prochainement l'équivalent d'un chiffre d'affaires annuel.

C'est pourquoi il est proposé de renoncer à l'introduction d'une nouvelle redevance de surveillance et, en lieu et place, d'abroger l'art. 13 al. 2 LIPI. A l'exception du droit d'auteur, les autres domaines de protection ont tous réalisé un résultat positif lors des huit exercices annuels passés. Les craintes exprimées quant à la possibilité que des taxes soient utilisées pour financer d'une manière transversale d'autres domaines de protection se sont révélées infondées. En remplacement de la suppression du principe de couverture des coûts par domaine de protection, le Conseil fédéral proposera l'introduction dans l'Ordonnance du 25 octobre 1995 sur l'organisation de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (OIP)¹⁰ d'une disposition destinée à concrétiser l'art. 1, al. 3, LIPI et obligeant l'IPI de manière explicite à tenir un compte de résultats fournissant des chiffres clairs (ce qui est déjà le cas). Cela permettra ainsi au Conseil de l'Institut et aux instances chargées de la surveillance de l'IPI en vertu de l'art. 9 LIPI (Conseil fédéral, Contrôle fédéral des finances, Parlement) de se faire une image réaliste de la conduite des affaires dans le domaine droit d'auteur et dans les autres domaines de protection.

De plus l'expérience a montré que la différenciation selon les domaines de protection faite à l'art. 13 al. 2 LIPI est souvent artificielle et que la propriété intellectuelle dans son ensemble présente beaucoup de situations recoupements où les domaines de protection se chevauchent et qui sont parfois difficiles à classer dans l'une ou l'autre catégorie.

L'abrogation de l'art. 13 al. 2 LIPI ne conduira pas non plus à l'augmentation des taxes dans les autres domaines de protection, car la couverture insuffisante du domaine droit d'auteur est de peu d'importance par rapport au résultat d'ensemble de l'IPI. En résumé, cette simple mesure empêchera que de nouvelles taxes soient créées uniquement pour assurer le respect de la loi.

2.3 Remarques générales sur le WCT et le WPPT

Les parties contractantes de la Convention de Berne ont adopté en 1989 un programme de travail en vue d'éliminer des insécurités liées à l'application des prescriptions internationales. Les travaux des comités d'experts ont fait apparaître la nécessité de procéder à d'autres adaptations de la convention en raison de la rapidité des développements technologiques. Lors de la Conférence diplomatique de Genève, qui s'est tenue du 2 au 20 décembre 1996, ces travaux ont abouti à l'élaboration de deux traités : le WCT et le WPPT.

Le WCT vise à harmoniser le droit d'auteur par rapport à l'environnement numérique. Partant de la Convention de Berne, il apporte plusieurs nouveautés au niveau international : un droit de distribution formulé de façon large (art. 6), un droit de communication au public (art. 8), un prolongement de la durée minimale de

¹⁰ RS 172.010.311

protection des œuvres photographiques (art. 9), des obligations relatives aux mesures techniques (art. 11) et des obligations relatives à l'information sur le régime des droits (art. 12).

Le WPPT a quant à lui pour objectif l'harmonisation des droits voisins à l'ère des technologies numériques. Cette harmonisation ne concerne pas la protection des artistes interprètes ou exécutants de l'audiovisuel. Se fondant sur la Convention de Rome, le traité apporte lui aussi plusieurs nouveautés importantes sur le plan international : un droit moral pour les artistes interprètes ou exécutants (art. 5), un droit exclusif de reproduction (art. 7 et 11), de distribution (art. 8 et 12) et de location (art. 9 et 13) et une interdiction de subordonner la jouissance et l'exercice des droits prévus par le traité à des formalités (art. 20). Le WPPT prévoit en outre, parallèlement au WCT, un droit exclusif de mise à disposition (art. 10 et 14) et une protection juridique, d'une part, contre le contournement de mesures techniques, telles que des dispositifs de verrouillage ou anti-copies et, d'autre part, contre la modification ou la suppression de l'information sur le régime des droits (art. 18 et 19).

Le WCT et le WPPT contiennent plusieurs dispositions matérielles et procédurales largement identiques. Ils sont par ailleurs assortis de nombreuses déclarations communes, adoptées en même temps que les traités, dont le but est de préciser les dispositions.

2.4 Commentaire des dispositions des deux traités

Ne sont commentées que celles des dispositions du WCT et du WPPT, ainsi que les déclarations communes y relatives, qui ont besoin d'être explicitées. En l'absence de commentaire, il faut se référer au texte des traités.

2.4.1 Le WCT

2.4.1.1 Préambule et dispositions matérielles (art. 1 à 14)

Préambule

Le WCT a pour objectif la protection des auteurs; partant, il vise à créer un encouragement supplémentaire à la création littéraire et artistique. Il mentionne l'impact considérable des technologies de l'information et de la communication sur les auteurs et sur l'utilisation de leurs œuvres, tout en soulignant la nécessité d'adapter les prescriptions internationales à cette évolution, d'une part, en précisant certaines règles existantes et, d'autre part, par l'institution de nouvelles dispositions. Le traité fait en sorte de préserver un équilibre entre les intérêts des auteurs et l'intérêt public général en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information.

Le droit international emboîte donc le pas à l'évolution technologique pour éviter un déséquilibre entre les intérêts des créateurs et ceux des utilisateurs. S'il est vrai qu'il n'est pas envisageable de garantir un accès totalement illimité et gratuit aux œuvres

circulant sur Internet, comme le revendiquent certains internautes, il est tout aussi impossible d'accorder des droits illimités aux auteurs. Le législateur doit dès lors pouvoir restreindre leurs prérogatives au nom d'intérêts publics supérieurs.

Art. 1

Conformément à l'*al. 1*, le WCT constitue un arrangement particulier au sens de l'art. 20 de la Convention de Berne. En tant que tel, il ne doit ni être contraire à celle-ci, ni prévoir un niveau de protection moins élevé. Selon l'*al. 4*, les parties contractantes doivent se conformer aux dispositions matérielles (art. 1 à 21) et à l'annexe de la Convention de Berne.

Conformément au droit international des traités, le lien entre le WCT et la Convention de Berne implique qu'en cas de dispositions contradictoires la convention prime le traité. Afin d'éviter de telles contradictions, le WCT doit être interprété en conformité avec la Convention de Berne. Cette remarque est surtout pertinente pour ce qui est de la *Déclaration commune concernant l'article 1.4*, selon laquelle le droit de reproduction énoncé à l'art. 9 de la Convention de Berne et les exceptions dont il peut être assorti s'applique pleinement dans l'environnement numérique; le stockage sur un support électronique constitue une telle reproduction.

Cette obligation absolue de se conformer aux dispositions matérielles et à l'annexe de la Convention de Berne revêt une certaine importance, en particulier pour les Etats contractants qui n'ont pas signé cette convention ou l'acte de révision adopté à Paris en 1971. Les principaux éléments de la Convention de Berne sont la notion d'« œuvres littéraires et artistiques », le principe du traitement national, l'absence de formalités contraignantes auxquelles serait soumise la protection, les droits moraux des auteurs et leurs droits exclusifs comme les droits de reproduction, d'adaptation, de représentation, de récitation publique, de diffusion et de communication publique.

Aux termes de la *phrase 2* de l'*al. 1*, le WCT n'a de lien avec aucun autre traité que la Convention de Berne. Cependant, lors des négociations, les parties ont veillé à ce que le traité soit conforme à d'autres instruments internationaux, comme l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce¹¹ (Accord sur les ADPIC).

Art. 2

La définition de l'objet protégé reprend presque mot pour mot la teneur de l'art. 9, par. 2, de l'Accord sur les ADPIC. Le champ d'application matériel des deux traités est donc identique. Bien qu'elle ne figure pas expressément dans la Convention de Berne, cette étendue de la protection n'a jamais été contestée par les Etats parties.

¹¹ Accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce, Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (RS 0.632.20, Annexe 1.C)

Art. 3

Les art. 2 à 6 de la Convention de Berne s'appliquent *mutatis mutandis* aux nouveaux droits ou aux droits plus étendus prévus par le WCT. Cet article fait référence en particulier à la liste d'œuvres littéraires et artistiques, au principe du traitement national et à l'absence de formalités contraignantes auxquelles serait soumise la protection. L'application par analogie des principes de la Convention de Berne aux règles énoncées dans le WCT était le moyen le plus simple d'éviter des contradictions entre les deux traités, par exemple entre les termes « Parties contractantes » dans le WCT et « pays de l'Union » dans la Convention de Berne (cf. *Déclaration commune concernant l'article 3*).

Art. 4

L'art. 4 n'élargit pas la notion d'œuvre appliquée aux programmes d'ordinateur, mais apporte une précision. La protection par droit d'auteur des logiciels étant reconnue et incontestée de longue date, la *Déclaration commune concernant l'article 4* précise que l'étendue de la protection prévue pour les programmes d'ordinateur est compatible avec la Convention de Berne et conforme aux dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC.

Art. 5

Cette disposition relative aux compilations et aux bases de données précise simplement les dispositions en vigueur en vertu de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC (cf. *Déclaration commune concernant l'article 5*).

Art. 6

L'art. 6 prévoit un droit de distribution qui porte sur toutes les œuvres littéraires et artistiques. Ce droit exclusif est une innovation importante du WCT par rapport à la Convention de Berne et à l'Accord sur les ADPIC. La *Déclaration commune concernant l'article 6 et 7* restreint le champ d'application de cette disposition à la distribution d'exemplaires fixés pouvant être mis en circulation en tant qu'objets tangibles, ce qui exclut la distribution par transmission numérique.

La réglementation de la question certes importante mais controversée de l'épuisement continue de ressortir aux Etats contractants. Nonobstant ce fait, l'*al. 2* prévoit que le droit ne s'épuise que si le premier acte de disposition a été effectué avec l'autorisation de l'auteur. Il existe trois types d'épuisement : l'épuisement national, l'épuisement régional et l'épuisement international. Le pouvoir de disposer de l'auteur s'épuise sur le territoire respectif dès qu'il a autorisé la distribution.

Art. 7

L'Accord sur les ADPIC est le premier traité multilatéral à prévoir un droit de location exclusif. Comme l'Accord sur les ADPIC a servi de base à l'élaboration de cette disposition du WCT, il n'existe pas de différences substantielles entre les deux traités concernant ce droit.

Le droit de location exclusif se limite aux communications, sur support physique, de programmes d'ordinateur, d'œuvres cinématographiques et d'œuvres incorporées dans des phonogrammes (cf. *Déclaration commune concernant l'article 6 et 7*). L'art. 7 prévoit également d'importantes exceptions. Il formule tout d'abord une réserve pour les Etats qui appliquent un système de rémunération équitable des auteurs pour la location d'exemplaires de leurs œuvres incorporées dans des phonogrammes. Ces pays peuvent continuer à appliquer leur système à condition que la location ne porte pas gravement atteinte au droit exclusif de reproduction des auteurs. La *Déclaration commune concernant l'article 7* précise en outre qu'un pays dont la législation n'octroie pas aux auteurs d'œuvres incorporées dans des phonogrammes un droit de location exclusif n'est pas tenu de modifier sa législation en la matière. Les Etats sont libres de prévoir un droit de location plus étendu.

Art. 8

Le WCT prévoit – et c'est une première – un droit général de communication au public applicable à toutes les œuvres, quelles qu'elles soient. La mise à disposition de l'œuvre n'épuise pas le droit de distribution. Formulé de façon très ouverte, l'art. 8 couvre la transmission interactive d'œuvres, en particulier sur les réseaux numériques, au moyen de technologies actuelles et futures permettant à chacun d'accéder à ces œuvres de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. Cette disposition élimine donc une insécurité juridique apparue dans le sillage du progrès technique. La *Déclaration commune concernant l'article 8* précise que la simple fourniture d'infrastructures destinées à permettre ou à réaliser une transmission ne constitue pas une communication au public au sens de cet article.

Art. 9

Aux termes de l'art. 9 WCT, l'art. 7, par. 4, de la Convention de Berne ne s'applique pas aux œuvres photographiques. Autrement dit, celles-ci sont soumises désormais elles aussi à la durée de protection minimale de 50 ans (art. 1, al. 4, WCT en relation avec l'art. 7, par. 1, de la Convention de Berne). En prévoyant le même niveau de protection pour les œuvres photographiques et les autres œuvres, le traité supprime donc l'inégalité de traitement actuelle.

Aux termes de la Convention de Berne, les pays de l'Union de Berne sont libres de définir des durées de protection plus longues. Ainsi, les Etats membres de l'Union européenne ont prévu une durée de protection de 70 ans pour toutes les catégories d'œuvres. En Suisse aussi, la protection dure 70 ans, sauf pour les programmes d'ordinateur.

Art. 10

Conformément à l'*al. 1*, les parties contractantes peuvent maintenir ou prévoir des limitations ou exceptions qui sont conformes au test des trois étapes. Autrement dit, ces limitations et exceptions sont autorisées si elles se restreignent à certains cas spéciaux, si elles ne portent pas atteinte à l'exploitation normale d'une œuvre et si elles ne causent pas de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

La finalité de cet article est de veiller à un juste équilibre entre les intérêts des auteurs, d'une part, et l'intérêt public général, de l'autre. Cette disposition permet donc de satisfaire à l'un des principes énoncés dans le préambule. Le test des trois étapes a été fixé pour la première fois à l'art. 9, par. 2, de la Convention de Berne, lequel ne s'applique qu'aux exceptions et limitations relatives au droit de reproduction. Il a été ensuite repris à l'art. 13 de l'Accord sur les ADPIC, où il a valeur de règle générale pour toutes les exceptions et limitations.

La première étape de ce test interdit la formulation de dispositions d'exception d'application générale. Le but d'une exception ou d'une limitation doit toujours être clairement défini. La deuxième étape exige que l'exception ou la limitation soit soumise à un examen de proportionnalité par rapport aux possibilités d'exploitation du droit d'auteur. L'exploitation normale se définit en fonction du droit en question et du marché. La troisième étape, enfin, consiste en un examen de proportionnalité au sens étroit : autrement dit, les intérêts légitimes de l'auteur ne peuvent être restreints que dans la mesure où cette limitation ne lui cause pas de préjudice injustifié.

L'al. 2 étend explicitement ces conditions d'admissibilité aux limitations et exceptions au sens de la Convention de Berne. La *Déclaration commune concernant l'article 10* précise que les limitations et exceptions prévues conformément à la Convention de Berne demeurent inchangées puisque le test des trois étapes y figure implicitement. De surcroît, le test des trois étapes est pleinement applicable dans le domaine numérique.

Art. 11

Aux termes de cet article, les parties contractantes sont tenues de prévoir une protection juridique appropriée contre le contournement de mesures techniques.

Cette mesure d'appoint constitue une des principales nouveautés du traité. Devant permettre l'application du droit matériel dans le nouvel environnement technique, elle donne aux auteurs et aux ayants droit les moyens de se protéger efficacement contre le piratage, sans les obliger toutefois à recourir à de telles mesures techniques.

Le WCT ne définit ni la notion de « protection juridique appropriée », ni celle de « sanctions juridiques efficaces », offrant ainsi aux Etats contractants une latitude pour la mise en œuvre. Les sanctions matérielles ne seront appropriées que si, tout en étant suffisamment dissuasives, elles tiennent compte aussi bien des intérêts des utilisateurs que de l'intérêt public général, comme le statue le préambule. Bien qu'il ne soit pas directement applicable, l'art. 14, al. 2, WCT peut s'avérer utile lorsqu'il s'agit de préciser la notion de « sanctions juridiques efficaces ». Aux termes de cette disposition, les procédures d'application des droits découlant du WCT doivent permettre d'éviter tout acte qui porterait atteinte à ces droits et de prévenir toute atteinte ultérieure. Ces procédures peuvent être civiles ou pénales, mais il n'y a pas d'obligation pour les Etats contractants de prévoir une procédure pénale.

Seuls les mesures techniques efficaces sont protégées contre le contournement. Les auteurs doivent donc avoir recours à des mesures techniques qui offrent au moins une protection minimale. Bien que les Etats contractants ne soient tenus de protéger que les moyens techniques permettant d'assurer la protection des droits prévus par le

WCT ou par la Convention de Berne, ils ont le droit d'étendre cette protection contre le contournement à d'autres droits. Ils sont enfin libres de prévoir des exceptions dans leurs législations.

Art. 12

De manière parallèle à l'art. 11 WCT, les parties contractantes sont tenues de prévoir des sanctions matérielles suffisantes et des procédures d'application des droits permettant de protéger les informations électroniques sur le régime des droits. Aux termes de l'*al. 2*, il s'agit là d'informations permettant d'identifier l'œuvre et le titulaire des droits, d'informations sur les conditions et modalités d'utilisation, ainsi que de tout numéro ou code représentant ces informations. Ces éléments doivent être joints à l'exemplaire d'une œuvre ou apparaître en relation avec la communication de l'œuvre au public. Les Etats parties sont libres de protéger d'autres informations.

L'*al. 1* définit deux types d'actes pour lesquels les Etats parties doivent prévoir des sanctions juridiques suffisantes et efficaces : premièrement, la suppression ou la modification non autorisée d'informations électroniques; deuxièmement, la distribution, l'importation aux fins de distribution, la radiodiffusion ou la communication au public non autorisée en connaissance de la suppression ou de la modification préalable non autorisée d'informations électroniques. L'*al. 1* formule de surcroît des conditions subjectives. Il suffit ainsi que la personne se rende coupable d'ignorance par négligence, autrement dit qu'elle ait des raisons valables de penser que les actes non autorisés vont entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte à un droit prévu par le WCT ou par la Convention de Berne pour que les sanctions civiles s'appliquent. Les Etats contractants sont libres de prévoir également des sanctions pénales. Les exigences en termes de protection énoncées à l'art. 12 sont des exigences minimales. Les parties contractantes peuvent donc en prévoir d'autres.

Selon la *Déclaration commune concernant l'article 12*, sont protégés contre les atteintes non seulement les droits exclusifs prévus par le WCT et par la Convention de Berne, mais aussi les droits à rémunération. Par ailleurs, cette déclaration précise que l'art. 12 WCT ne doit ni empêcher le libre mouvement des marchandises, ni empêcher la jouissance des droits reconnus par le WCT.

Art. 13

Cette disposition réfère à la réglementation de la Convention de Berne pour ce qui est de l'application dans le temps. Ainsi, le traité s'applique à toutes les œuvres qui, au moment de l'entrée en vigueur de celui-ci, ne sont pas encore tombées dans le domaine public. Si la durée de la protection a expiré au moment de l'entrée en vigueur, autrement dit si les œuvres n'étaient déjà plus protégées à ce moment-là, elles continuent à ne plus être protégées. Aux termes de l'art. 18, par. 3, de la Convention de Berne, les détails relatifs à l'application dans le temps peuvent être réglés bilatéralement ou au niveau national. Ces dispositions s'appliquent également aux Etats qui adhèrent ultérieurement au traité et en cas d'extension de la protection (art. 18, par. 4, de la Convention de Berne).

Art. 14

L'application du droit reste de la compétence des Etats contractants. Ceux-ci doivent adopter, en conformité avec leur ordre juridique, les mesures permettant de garantir l'application du WCT. Leur législation doit comporter au minimum des procédures d'application des droits et des mesures propres à prévenir et à éviter tout acte susceptible de porter atteinte aux droits. La procédure pénale n'est pas exigée explicitement.

2.4.1.2 Dispositions administratives et finales (art. 15 à 25)

Art. 15 à 18

Aucun commentaire.

Art. 19

Le WCT était ouvert à la signature jusqu'au 31 décembre 1997. 50 Etats et la CE l'ont signé dans ce délai. La Suisse l'a signé le 29 décembre 1997, en même temps que l'Estonie et la Slovaquie.

Art. 20

Le Gabon a déposé son instrument de ratification ou d'adhésion le 6 décembre 2001. Le WCT est entré en vigueur le 6 mars 2002, le nombre de 30 ratifications ou adhésions ayant été atteint.

Art. 21

Aucun commentaire.

Art. 22

Aucune réserve n'est admise au WCT. Les réserves à la Convention de Berne sont admises dans le cadre de la référence à ce traité (cf. art. 1, al. 4, WCT).

Art. 23 à 25

Aucun commentaire.

2.4.2 Le WPPT

2.4.2.1 Préambule et dispositions matérielles (art. 1 à 23)

Préambule

Le WPPT règle la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes. Son préambule est presque identique à celui du WCT, sauf qu'il ne mentionne pas l'encouragement de la création littéraire et artistique.

Art. 1

Le WPPT est un traité international indépendant, qui ne constitue pas un arrangement particulier. Il n'emporte pas dérogation aux obligations découlant de la Convention de Rome et s'applique sans préjudice des droits et obligations découlant de tout autre traité. Le traité n'affecte par ailleurs en aucune façon la protection des auteurs. Ainsi, la *Déclaration commune concernant l'article 1* précise l'indépendance du droit d'auteur et de la protection des droits voisins et spécifie que les parties contractantes sont libres de prévoir des droits exclusifs allant au-delà de ce que prévoit le WPPT.

Art. 2

Les définitions sont largement identiques à celles figurant à l'art. 3 de la Convention de Rome. Mis à part certains ajouts et des précisions, le traité introduit en outre les notions de « fixation » et de « communication au public ».

Art. 3

C'est la nationalité qui sert de critère de délimitation du cercle des bénéficiaires de la protection prévue par le WPPT. Selon l'*al. 2*, la nationalité se définit en référence à la Convention de Rome.

Lors de la ratification de la Convention de Rome, la Suisse a déclaré en vertu de l'art. 5, par. 3, de celle-ci qu'elle rejetait le critère de la fixation (cf. déclaration à la fin de la Convention de Rome). Si une réserve relative à ce critère devait continuer à s'avérer utile, la Suisse pourrait, conformément à l'*al. 3*, adresser une notification à ce sujet au directeur général de l'OMPI lors du dépôt de son instrument de ratification du WPPT.

Art. 4

La portée du principe du traitement national est moins étendue que dans la Convention de Berne en ce sens que celui-ci ne s'applique qu'aux droits exclusifs énoncés expressément dans le WPPT et au droit à une rémunération équitable. Il ne s'étend donc pas aux droits conférés par les législateurs nationaux et allant au-delà du WPPT. Selon l'*al. 2*, les Etats contractants ne sont par ailleurs pas tenus d'appliquer le principe du traitement national si une partie au traité limite ou exclut

le droit à rémunération pour la radiodiffusion et la communication au public (cf. art. 15, al. 3, WPPT).

Art. 5

L'*al. 1* de cet article confère deux droits moraux aux artistes interprètes ou exécutants : le droit d'être mentionnés comme tels, d'une part, et le droit à l'intégrité de leurs interprétations ou exécutions, de l'autre. Les artistes interprètes ou exécutants conservent ces droits, qui sont limités aux interprétations ou exécutions sonores vivantes et aux interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes, même s'ils ont cédé leurs droits économiques. Mentionnés pour la première fois dans un traité international, les droits moraux des artistes constituent l'un des principaux acquis de ce texte, quand bien même les questions de la renonciation et du transfert de ces droits n'ont pas été réglées.

L'*al. 2* a pour but la coordination de la durée de protection des droits patrimoniaux et de celle des droits moraux. Les parties contractantes dont la législation nationale, en vigueur au moment de la ratification du WPPT ou de l'adhésion au traité, ne contient pas de dispositions assurant la protection, après la mort de l'artiste interprète ou exécutant, des droits moraux ont la faculté de prévoir que ces droits ne soient pas maintenus après la mort de l'artiste interprète ou exécutant. Dans l'intérêt de la sécurité juridique et par souci d'une réglementation simple et homogène, la Suisse ne fait pas usage de cette possibilité.

Conformément à l'*al. 3*, les moyens de recours pour sauvegarder les droits reconnus dans le WPPT sont réglés par la législation de l'Etat où la protection est réclamée.

Art. 6

En référence à l'art. 7, par. 1, let. a et b, de la Convention de Rome et à l'art. 14, par. 1, de l'Accord sur les ADPIC, cet article confère, pour la première fois sous la forme de droits exclusifs, aux artistes interprètes ou exécutants des droits patrimoniaux sur leurs interprétations ou exécutions non fixées. La protection s'étend aux prestations tant musicales qu'audiovisuelles et visuelles.

Art. 7

Cette disposition confère aux artistes interprètes ou exécutants un droit exclusif de reproduction tant directe qu'indirecte de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes. Ce droit s'applique pleinement dans l'environnement numérique (cf. *Déclaration commune concernant l'article 7, 11 et 16*). Ainsi, le stockage d'une interprétation ou exécution fixée sous forme numérique sur un support électronique ou la numérisation d'une interprétation ou exécution déjà fixée sur un support analogique constitue un tel acte de reproduction.

Art. 8

Cet article confère aux artistes interprètes ou exécutants un droit de distribution exclusif en ce qui concerne les copies qui peuvent être mises en circulation en tant qu'objets tangibles (cf. *Déclaration commune concernant l'article 2.e), 8, 9, 12 et*

13). A l'instar de ce que prévoit le WCT à son art. 6, la réglementation de la question de l'épuisement du droit ressortit aux Etats contractants.

Art. 9

Cette disposition confère aux artistes interprètes ou exécutants un droit de location exclusif. Ce droit est limité dans la mesure où il ne porte que sur la location commerciale au public et qu'il se définit en fonction de la législation nationale des Etats contractants.

Aux termes de l'*al.* 2, les parties contractantes peuvent continuer d'appliquer un système de rémunération équitable pour la location de copies, à condition que celui-ci ne porte pas gravement atteinte à la jouissance et à l'exercice du droit exclusif de reproduction des artistes interprètes ou exécutants (cf. disposition analogue du WCT, art. 7, al. 3).

Art. 10

Le droit de mettre à disposition des interprétations ou exécutions fixées correspond pour l'essentiel au droit de communication au public prévu à l'art. 8 WCT. L'article couvre en particulier aussi les services à la demande.

Art. 11

En parallèle à l'art. 7 WPPT, les producteurs de phonogrammes jouissent eux aussi d'un droit de reproduction exclusif.

Art. 12

Cet article confère aux producteurs de phonogrammes un droit de distribution analogue à celui énoncé à l'art. 6 WCT et à l'art. 8 WPPT, à savoir celui de mettre à la disposition du public par transfert de propriété. Dans ce cas aussi, il incombe aux Etats contractants de régler la question de l'épuisement du droit.

Art. 13

S'agissant du droit exclusif des producteurs de phonogrammes d'autoriser la location commerciale et de la possibilité, pour les parties contractantes, de continuer à appliquer un système de rémunération équitable, nous renvoyons au commentaire de l'art. 9 WCT.

Art. 14

Le droit de mise à disposition exclusif des producteurs de phonogrammes correspond pour l'essentiel au droit exclusif conféré aux artistes interprètes ou exécutants, énoncé à l'art. 10 WPPT.

Art. 15

Aux termes de l'*al. 1*, les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes ont droit à une rémunération équitable pour la diffusion ou la communication au public de phonogrammes publiés à des fins de commerce. Conformément à l'*al. 4*, les phonogrammes mis à disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il a choisi individuellement sont assimilés aux phonogrammes visés à l'*al. 1*, i.e. à des phonogrammes publiés à des fins de commerce. Il ressort de la *Déclaration commune concernant l'article 15* qu'il existe un droit à rémunération pour les interprétations ou exécutions ainsi que pour les enregistrements folkloriques même si, contrairement à l'*al. 1*, les phonogrammes n'ont pas été publiés à des fins de commerce.

Ce droit à rémunération appartient tant aux artistes interprètes ou exécutants qu'aux producteurs de phonogrammes. Aux termes de l'*al. 2*, cependant, les parties contractantes ont la faculté de déterminer si l'exercice du droit à rémunération ressortit aux premiers ou aux seconds ou aux deux. En l'absence d'un accord entre les intéressés sur la répartition de la rémunération, elles peuvent adopter des dispositions en la matière.

Selon l'*al. 3*, chaque Etat contractant peut formuler une réserve visant à limiter ou à empêcher l'application de l'*al. 1* relatif aux droits à rémunération.

Cet article s'appuie pour l'essentiel sur les art. 12 et 16 de la Convention de Rome. Comme les parties contractantes n'ont pas pu s'entendre sur l'étendue du droit de diffusion et de communication, elles ont renoncé à régler la question (cf. *Déclaration commune concernant l'article 15*). L'élaboration d'une réglementation commune n'a d'ailleurs été possible que parce que les pays ont pu formuler des réserves. S'il est vrai que cette disposition ne fixe qu'un standard minimum, les parties contractantes ont néanmoins la faculté de prévoir dans leurs législations nationales des dispositions allant plus loin. La Suisse avait formulé une réserve en vertu de l'art. 16, par. 2, de la Convention de Rome relatif au droit de réciprocité. Cette réserve est abrogée par la présente révision.

Art. 16

Par rapport à la réglementation de l'art. 15, par. 1, de la Convention de Rome, cette disposition autorisant des limitations est plus stricte. Ainsi, les restrictions et limitations des droits ne sont admissibles que si elles sont en conformité avec le test des trois étapes (cf. à ce propos l'art. 10 WCT et la *Déclaration commune concernant l'article 16*).

Art. 17

Conformément à l'art. 14, ch. 5, phrase 1, de l'Accord sur les ADPIC, cette disposition prescrit une durée de protection minimale de 50 ans pour les droits des artistes interprètes ou exécutants et ceux des producteurs de phonogrammes. La Directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la

durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins¹² prévoit une durée de protection minimale analogue.

Art. 18

A l'instar de l'art. 11 WCT, cet article règle les procédures à suivre en cas de contournement de mesures techniques efficaces.

Art. 19

Cet article reprend la réglementation prévue par l'art. 12 WCT.

Art. 20

A la différence de l'art. 11 de la Convention de Rome et de l'art. 14, ch. 6, de l'Accord sur les ADPIC, qui autorisent les Etats contractants à prescrire des exigences formelles, cette disposition précise que la jouissance et l'exercice des droits prévus dans le WPPT ne sont subordonnés à aucune formalité.

Art. 21

A l'exception des réserves formulées en vertu de l'art. 15, al. 3, du WPPT, aucune autre réserve au traité n'est admise.

Art. 22

S'agissant de l'application dans le temps, le WPPT réfère, tout comme le WCT à son art. 13, à l'art. 18 de la Convention de Berne.

L'*al.* 2 prévoit une disposition spéciale, selon laquelle les droits moraux dont jouissent les artistes peuvent être limités, en vertu de l'art. 5 WPPT, aux prestations qui ont eu lieu après l'entrée en vigueur du traité à l'égard de chaque partie contractante.

Art. 23

Cette disposition reprend la teneur de l'art. 14 WCT.

2.4.2.2 Dispositions administratives et finales (art. 24 à 33)

Art. 24 à 33

Ces dispositions correspondent aux art. 15 à 21 et 23 à 25 WCT. La Suisse a signé le WPPT le 29 décembre 1997, en même temps que le WCT. Le WPPT est entré en vigueur le 20 mai 2002 après que le Honduras eut déposé son instrument de ratification, le nombre de trente ratifications ou adhésions ayant été atteint.

¹² JO L 290 du 24.11.1993, p. 9-13

3 Conséquences

3.1 Conséquences sur les finances et pour le personnel

3.1.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes

La révision de la LDA n'attribue pas de nouvelles tâches à la Confédération; elle n'entraîne donc pas de charges supplémentaires quant aux ressources financières ou humaines.

Pour les cantons et les communes, le projet n'a pas de conséquences non plus quant aux ressources financières et humaines.

Les collectivités publiques n'encourent pas non plus de charges supplémentaires en tant qu'utilisatrices d'œuvres et de prestations protégées. En particulier l'introduction de la taxe sur les appareils pour la reproduction d'œuvres à des fins privées ne fonde pas de prétention supplémentaire envers les utilisateurs. La possibilité de répercuter la taxe relative aux appareils sur les utilisateurs ne sert qu'à compléter le système existant.

3.2 Conséquences économiques

3.2.1 Nécessité et latitude de l'activité de l'Etat

Si le droit d'auteur n'existait pas, les biens culturels pâtiraient d'une défaillance du marché. En effet, sans protection, ces biens immatériels, une fois rendus publics, échapperaient au contrôle de leur créateur et seraient à la libre disposition du public, qui les utiliserait et les exploiterait comme bon lui semble.

Une fois rendus publics, ces biens culturels entrent donc dans le domaine public. Comme ils se caractérisent par leur non-exclusivité (il n'est pas possible d'empêcher les tiers de les utiliser) et par leur non-rivalité (l'utilisation du savoir par une personne n'exclut pas, ou alors ne fait que limiter, l'utilisation du même savoir par d'autres personnes), il n'y aurait pas suffisamment de stimulation pour la création ou la diffusion de ces biens si le marché n'était pas réglementé.

La promotion de la création constitue dont l'argument économique justifiant l'intervention régulatrice de l'Etat visant au maintien et au développement du système de protection de la propriété intellectuelle. Les moyens mis en œuvre pour la création d'une œuvre ou pour la fourniture d'une prestation - l'effort fourni par les artistes - méritent d'être récompensés. En conséquence, un bien protégé ne peut être utilisé que si l'auteur, l'artiste interprète ou exécutant, le producteur de phonogrammes et de vidéogrammes ou l'organisme de diffusion a autorisé cette utilisation (par le biais d'une licence). En statuant l'exclusivité des droits d'auteur et des droits voisins, le législateur se donne les moyens de contrôler ces biens immatériels qui sont de fait incontrôlables et crée les conditions qui permettent au marché de fonctionner et les stimulations nécessaires pour les investissements dans l'économie culturelle.

La révision du droit d'auteur vise à adapter la législation actuelle aux défis posés par la société de l'information et les nouvelles techniques de dissémination de

l'information. Tandis que les cycles d'innovation raccourcissent, l'accès au savoir et le partage des connaissances revêtent une importance croissante dans la société de l'information. Celle-ci crée aussi de nouveaux débouchés commerciaux en développant des formes inédites d'utilisation des œuvres et des prestations protégées au moyen d'échanges électroniques et par le biais de services interactifs¹³. Le législateur doit adapter le droit à ces nouvelles conditions-cadres pour entretenir la créativité.

L'avènement du numérique a fortement contribué à simplifier la transmission et la reproduction d'œuvres et de prestations protégées. La multiplication des actes de piratage¹⁴ constitue une menace non seulement pour les grands groupes mais aussi pour les petites et les moyennes entreprises, sans parler des créateurs et des artistes. Elle est également le signe que le système de protection mis en place dans l'environnement analogique ne suffit plus pour faire face à ces nouveaux problèmes. Il est donc indispensable d'améliorer le système pour protéger de façon appropriée les créateurs et les artistes dans l'environnement numérique, créer un climat favorable à la création et encourager le développement des secteurs économiques concernés.

De tout temps, la protection des droits d'auteur s'est inscrite dans un contexte international. A l'ère des réseaux d'information planétaires, l'harmonisation des systèmes de protection nationaux revêt une importance encore plus grande pour les relations commerciales internationales. Des différences dans les ordres juridiques nationaux et les niveaux de protection peuvent faire surgir des entraves non tarifaires au commerce. C'est pour empêcher l'apparition de ces obstacles et offrir à la création culturelle des conditions-cadres conformes aux normes internationales qu'il est si important d'adapter la législation suisse tant aux prescriptions internationales du WCT et du WPPT qu'au standard de la Directive sur la société de l'information.

La loi sur le droit d'auteur n'est pas uniquement un instrument de politique culturelle, mais aussi un instrument de politique économique. Dans ce sens, elle vise à un équilibre des intérêts en jeu. D'une part, elle doit créer les stimulations nécessaires à la promotion de la création de biens culturels; d'autre part, elle doit tenir compte de l'intérêt public général à pouvoir accéder aussi librement que possible à l'information et à utiliser les technologies de la communication, qui sont en constante évolution. Le législateur doit par conséquent faire en sorte de veiller à un juste équilibre, tout en prenant en considération les normes internationales.

¹³ L'économie culturelle suisse au sens étroit (industries de la musique, du cinéma et du livre, arts et art dramatique) totalise un chiffre d'affaires de 5,3 milliards de francs (2000). Ajouté à celui réalisé par l'économie culturelle au sens large (diffusion culturelle et médias), le chiffre d'affaires total s'élève à 17 milliards de francs (2000), ce qui représente 8200 emplois ou 2 % de l'ensemble de l'économie. L'accroissement de l'activité dans le secteur culturel suisse est de 4,5 %, ce qui est largement au-dessus de la moyenne. Cf. « Kultur, Wirtschaft, Schweiz. Das Umsatz- und Beschäftigungspotential des kulturellen Sektors. Erster Kulturwirtschaftsbericht Schweiz », Hochschule für Gestaltung und Kunst, Zurich, 2003 (« Industries. Culturelles. Suisse. » Premier rapport consacré à l'économie culturelle suisse).

¹⁴ Selon des estimations de l'OCDE, le piratage représente quelque 7 à 9 % du commerce mondial. L'industrie du cinéma et de la télévision au sens étroit est particulièrement touchée. Selon l'Association suisse pour la lutte contre le piratage, l'industrie audiovisuelle estime ses pertes de chiffre d'affaires dans le commerce de gros à 90 millions de francs. Ce chiffre ne comprend pas les pertes, bien plus élevées, enregistrées par l'industrie de la musique.

3.2.2 Conséquences pour les différents groupes sociaux

Titulaires de droits

Les mesures introduites par la révision du droit d'auteur contribuent à améliorer la protection des auteurs et des autres ayants droit. Elles leur permettent de tirer avantage de leurs œuvres et de leurs prestations dans le domaine numérique également. Par ailleurs, elles créent les conditions nécessaires pour lutter efficacement contre les nouvelles formes de piratage. En effet, les techniques numériques ont fait apparaître des modes d'exploitation qui nécessitent de nouvelles bases légales pour pouvoir être utilisés de façon optimale aussi bien dans l'intérêt des créateurs que dans l'intérêt public. Il faut définir de nouvelles conditions-cadres pour l'économie culturelle, qui est toujours orientée sur les formes d'exploitation analogique, afin qu'elle puisse se développer dans l'environnement numérique sans que les intérêts des créateurs en pâtissent.

Intermédiaires culturels

L'industrie des biens culturels, qui est le maillon reliant les créateurs à leur public, est tributaire d'une bonne protection des investissements. Si la protection du droit d'auteur et des droits voisins n'était pas étendue aux formes d'exploitation numérique des œuvres et des prestations, les structures actuelles de la production et de la diffusion culturelle ne pourraient pas s'adapter au nouvel environnement. Les difficultés que traversent les industries de la musique et du cinéma montrent à quel point cet ajustement est vital.

Consommateurs

Vue sous l'angle des consommateurs, on pourrait penser que la protection des droits d'auteurs ne se traduit que par une hausse des prix des biens culturels. C'est du moins ce que l'on pourrait être amené à croire en comparant le prix d'un exemplaire produit en toute légalité à celui d'une copie piratée. Il ne faut cependant pas oublier que la copie piratée se base sur la reprise indue et sans effort propre d'une prestation fournie par un tiers. Le piratage permet donc d'économiser avant tout sur les investissements dans la production et la commercialisation, par exemple d'un CD, investissements qui représentent plusieurs fois les redevances de licence que les producteurs de phonogrammes versent aux auteurs. L'absence de protection contre le piratage met en péril les investissements dont sont tributaires la création et la diffusion de biens culturels. Un recul de ces investissements ne peut pas être dans l'intérêt des consommateurs, puisqu'il se traduirait pas une diminution de l'offre culturelle.

Petites et moyennes entreprises (PME)

En leur qualité d'intermédiaires culturels, les PME – qu'il s'agisse d'éditeurs, de fabricants de logiciels ou de phonogrammes – sont tributaires des conditions juridiques générales, car elles leur permettent de commercialiser de façon rentable leurs produits. Mais le projet de révision de la LDA leur apporte encore un autre avantage par rapport à leur position d'utilisateurs d'œuvres. Il entraîne en effet une simplification du système de rémunération pour la reproduction d'œuvres dans les

entreprises à des fins d'information et de documentation. Dans le système actuellement en vigueur, les entreprises doivent payer un forfait annuel. Le montant de cette rémunération dépend de la branche à laquelle appartient une société et du nombre de ses collaborateurs; des données qui peuvent varier avec le temps et qui doivent donc être vérifiées périodiquement. A l'avenir, cette rémunération se fera par le biais d'une redevance sur les appareils de copie. L'introduction de cette redevance libérera les entreprises des tracasseries administratives liées à l'indemnisation des photocopies et se traduira en particulier pour les PME par une diminution des coûts de transactions.

3.2.3 Appréciation de certaines mesures

Lors de l'appréciation de certaines des mesures préconisées par le législateur, il n'est aisé ni de prévoir, ni de chiffrer les conséquences économiques. Les répercussions seront principalement indirectes. Les mesures commentées ci-dessous ont avant tout pour but d'encourager la créativité dans l'économie culturelle et, par là, le développement de la société de l'information.

Droit de mise à disposition

Ce droit confère aux titulaires la possibilité de contrôler l'utilisation de leurs œuvres et de leurs prestations sur Internet. Grâce à ce contrôle, celles-ci peuvent être proposées à des formes d'exploitation électronique inédites, qui viendront compléter les utilisations traditionnelles, voire en remplacer certaines. Encourager cette évolution est aussi dans l'intérêt des consommateurs dont la demande pour des modes de transmission électronique de l'information plus efficaces et plus rapides ne cesse d'augmenter. Il est difficile de dire si ces nouvelles formes de transmission d'œuvres, qui facilitent les flux d'information, rendront aussi celles-ci moins cher. Si les coûts de production ne vont pas beaucoup baisser, les coûts des transactions, en revanche, ont de bonnes chances de diminuer grâce aux avantages liés à la distribution numérique.

Autres mesures

La protection des mesures techniques et de l'information sur le régime des droits est un nouvel instrument de lutte contre le piratage dans le domaine numérique imposé par les normes internationales. Ne fondant pas de nouveaux droits pour les auteurs et les autres ayants droit, cet instrument doit permettre à l'économie culturelle de se développer normalement dans l'environnement numérique. La protection juridique conférée aux mesures techniques (p. ex. dispositifs de verrouillage et anti-copies), grâce auxquelles les titulaires peuvent contrôler l'utilisation de leurs œuvres et de leurs prestations protégées, accessibles sous forme numérique, permet justement d'atteindre cet objectif. Mais le projet de révision prévoit aussi des mesures de protection du consommateur contre une utilisation abusive de ces moyens techniques de contrôle (cf. art. 39b du projet de révision).

Le projet de révision propose en outre toute une série de nouvelles exceptions dont le but est de faciliter l'accès aux des œuvres et aux des prestations protégées, tout en faisant en sorte que les titulaires des droits puissent continuer à exploiter celles-ci

normalement. Il tient ainsi compte de la nécessité de garantir un flux d'information aussi libre que possible dans la société de l'information.

3.2.4 Impact sur l'économie dans son ensemble

Lors de l'appréciation de l'impact de la révision partielle de la LDA sur l'économie générale, il ne faut pas perdre de vue que les normes internationales sont mises en œuvre de sorte à adapter un système de protection existant et éprouvé à une réalité nouvelle qui découle de l'évolution technologique. L'amélioration de la protection ne sert pas seulement les intérêts des créateurs et des producteurs, mais elle est aussi la condition nécessaire au développement de l'économie culturelle dans un nouvel environnement.

La finalité du droit d'auteur est la promotion de la créativité ainsi que la stimulation des investissements dans les biens culturels dans des domaines où le marché libre entraverait ce développement. La production de biens culturels a pour corrolaire la création de nouveaux emplois, une plus forte croissance et, partant, une amélioration de l'attractivité de la place économique suisse. La créativité et la protection des investissements sont deux facteurs essentiels dans la chaîne de création de valeurs économiques, mais deux facteurs parmi beaucoup d'autres, qui font partie de tout un faisceau de conditions générales. C'est pourquoi il est quasiment impossible de chiffrer les conséquences économiques précises des mesures proposées.

Un cadre juridique harmonisé est le garant d'une sécurité juridique et d'un niveau de protection élevé pour la propriété intellectuelle, deux conditions essentielles à la stimulation des investissements dans la créativité et l'innovation et à l'accroissement de la compétitivité de l'industrie suisse.

Il est vraisemblable que l'adaptation de la protection du droit d'auteur aux exigences technologiques de la société de l'information entraîne une multiplication des échanges commerciaux de biens protégés. De nouvelles entreprises pourraient saisir cette chance pour faire leur entrée sur le marché des biens culturels.

Le droit d'auteur et les droits voisins sont des stimulations importantes pour les investissements dans les biens culturels et pour la créativité. Les modifications proposées apportent une amélioration de la protection actuelle des droits d'auteur. Elles ont pour but d'accroître la compétitivité de l'industrie des biens culturels et la sécurité juridique dans le domaine de l'utilisation des œuvres et des prestations protégées. Seule une protection déployant tous ses effets dans le nouvel environnement de la société de l'information peut stimuler les investissements indispensables à toute activité créatrice et innovatrice, sans laquelle il n'y aurait pas de création de valeurs dans l'industrie culturelle.

3.2.5 Réglementations alternatives

Le statu quo serait la seule solution de rechange à la grande majorité des mesures de réglementation proposées. La crise que traversent plusieurs secteurs de l'industrie culturelle ainsi que les développements sur les plans international (WCT et WPPT) et régional (Directive sur la société de l'information) font cependant apparaître

clairement que, dans le domaine du droit d'auteur, le statu quo ne peut pas être la réponse à l'évolution technologique et aux enjeux de la société de l'information.

3.2.6 Aspects pratiques de l'exécution

La révision partielle de la LDA permet d'optimiser l'exécution de la législation régissant les droits d'auteur et les droits voisins. Les modifications proposées contribuent à renforcer la sécurité juridique et, partant, à simplifier l'exécution du droit.

4 Programme de la législature

La révision est annoncée dans le Rapport du Conseil fédéral sur le Programme de la législature 1999-2003¹⁵. En raison de la prise en compte des nouvelles directives communautaires et du traitement de toute une série d'interventions parlementaires, le projet n'a pas pu être présenté comme prévu en 2003 aux Chambres fédérales.

5 Rapport avec le droit européen

5.1 La Communauté européenne

Afin de mettre en œuvre les obligations imposées par les deux nouvelles conventions de l'OMPI, la CE a édicté la Directive sur la société de l'information. En ce qui concerne l'application des traités Internet, le présent projet de révision suit la directive; sur ce point, il est donc compatible avec le droit communautaire. Il prévoit toutefois des exceptions qui vont au-delà de ce qui est autorisé par le droit communautaire. Ainsi les exceptions prévues aux art. 22a et 38a en ce qui concerne la mise à disposition d'œuvres diffusées et l'utilisation des enregistrements d'archives ne font pas partie du catalogue exhaustif d'exceptions de l'art. 5 de la Directive sur la société de l'information. De plus, l'exception de l'art. 24b relative aux reproductions à des fins de diffusion dépasse le cadre fixé par la directive. Ces nouvelles exceptions sont des réglementations qui sont prévues pour tenir compte de la situation particulière des organismes de diffusion suisses et des structures de gestion collective existantes dans ce domaine.

5.2 L'Association européenne de libre-échange (AELE)

La Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE) a été amendée par l'Accord du 21 juin 2001¹⁶. Ce dernier inclut désormais la protection de la propriété intellectuelle, qui est réglée par l'art. 19 et l'annexe J. L'art. 2, al. 2, de cette annexe prévoit pour les Etats membres qui n'y sont pas encore parties l'obligation d'adhérer avant le 1^{er} janvier 2005, notamment

¹⁵ FF 2000 2228, ch. 2.5

¹⁶ RS 0.632.31

au WCT et au WPPT. Cet accord a été approuvé par arrêté fédéral du 14 décembre 2001¹⁷); il a été ratifié par la Suisse le 12 avril 2002 et il est entré en vigueur le 1^{er} juin 2002. En révisant sa loi sur le droit d'auteur et en ratifiant les conventions de l'OMPI, la Suisse remplit donc également les engagements qu'elle a pris dans le cadre de l'AELE.

5.3 Le Conseil de l'Europe

A l'occasion de la présente révision, le Conseil fédéral a examiné l'opportunité de ratifier certaines conventions du Conseil de l'Europe dans le domaine de la radiodiffusion.

Ces conventions sont accessibles sur le site du Conseil de l'Europe: <http://conventions.coe.int>.

5.3.1 L'Arrangement européen sur l'échange des programmes au moyen des films de télévision du 15 décembre 1958 (STE n° 27)

L'Arrangement STE n° 27 donne le droit aux organismes de télévision des Etats parties d'autoriser l'exploitation en télévision, dans les autres Etats parties, des films de télévision dont ils sont les producteurs. Cet arrangement est antérieur à la conclusion de la Convention de Rome, puisque celle-ci a été adoptée le 26 octobre 1961. Entrée en vigueur pour la Suisse le 24 septembre 1993, elle confère aux organismes de diffusion une protection nettement plus étendue que l'Arrangement STE n° 27. La ratification de cet arrangement par la Suisse n'apporterait aucune amélioration de la situation des organismes de diffusion puisque les autres instruments internationaux que la Suisse a ratifiés et mis en œuvre dans sa législation nationale leur reconnaît une protection plus large. Vu le caractère obsolète de cet arrangement, la Suisse renonce donc à le ratifier.

5.3.2 L'Arrangement européen pour la protection des émissions de télévision du 22 juin 1960 (STE n° 34)

L'Arrangement STE n° 34 donne aux organismes de télévision des Etats contractants le droit d'autoriser ou d'interdire les réémissions, distributions par fil, fixations et autres formes d'utilisations de leurs émissions, mais les Etats contractants peuvent soumettre les utilisations protégées à de nombreuses réserves. Ils peuvent en particulier exclure entièrement de la protection la distribution par fil.

L'arrangement exige en outre que les Etats parties qui ne l'ont pas encore fait adhèrent à la Convention de Rome avant une date déterminée. Les protocoles à l'arrangement (le Protocole STE n° 54, entré en vigueur le 24 mars 1965, le Protocole additionnel STE n° 81, entré en vigueur le 31 décembre 1974, et le deuxième Protocole additionnel STE n° 113, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1985) ont prorogé successivement la date jusqu'au 1^{er} janvier 1990. Le troisième Protocole

¹⁷ RO 2003 2684 ss

additionnel du 20 avril 1989 (STE n° 131) prévoyant la prorogation de la date jusqu'au 1^{er} janvier 1995 n'est pas entré en vigueur, le nombre de ratifications nécessaires n'ayant pas été atteint.

L'Arrangement STE n° 34 est lui aussi antérieur à la Convention de Rome et a été conclu « en attendant l'établissement d'une convention à vocation universelle sur les droits dits 'voisins' » comme le précise son préambule. Il n'y a pas eu de nouvelles ratifications de l'arrangement ou de ses protocoles depuis les années 1970, et seuls six pays en sont encore parties (Allemagne, Danemark, France, Norvège, Royaume-Uni, Suède). Ces pays sont tous également parties à la Convention de Rome de même que la majorité des autres pays membres de l'Union européenne et d'autres pays européens. C'est donc cette dernière convention qui est déterminante pour le niveau de protection des organismes de diffusion entre les pays européens. L'arrangement est ainsi dépassé puisqu'il a atteint son but principal, soit favoriser la ratification de la Convention de Rome par le plus grand nombre en Europe.

De plus, lors de la consultation effectuée en 1996 auprès des milieux intéressés, certaines voix se sont opposées à la ratification de l'arrangement et de ses protocoles en mettant en question sa compatibilité avec la législation suisse et notamment son système de gestion collective obligatoire. L'argument principal avancé est que les réserves autorisées par l'arrangement à l'art. 3, al. 1er, let. a et b, ne permettraient pas le maintien de la réglementation de l'article 22 LDA pour les organismes de diffusion.

Au vu de ces considérations et eu égard au fait que la protection des organismes de diffusion au niveau international est assurée de manière beaucoup plus universelle par la Convention de Rome et par l'Accord sur les ADPIC, la Suisse renonce à ratifier l'Arrangement STE n° 34 et ses protocoles (STE n° 54, 81, 113 et 131).

5.3.3 La Convention européenne concernant des questions de droit d'auteur et de droits voisins dans le cadre de la radiodiffusion transfrontière par satellite du 11 mai 1994 (STE n° 153)

Cette convention complète la Convention européenne sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989 (STE n° 132)¹⁸, qui a été amendée par le Protocole du 1^{er} octobre 1998, entré en vigueur le 1^{er} mars 2002 (STE n° 171)¹⁹. Elle régit certaines questions du droit d'auteur et des droits voisins soulevées dans ce contexte, en particulier la définition de la notion de radiodiffusion et la question de la loi applicable en matière de télévision par satellite. Elle est parallèle à la Directive communautaire 93/83/CEE du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble²⁰. La directive a cependant un champ d'application plus large puisqu'elle traite aussi de la radiodiffusion par câble.

La Convention STE n° 153 n'est pas entrée en vigueur, car le nombre de sept ratifications nécessaires n'a pas été atteint. Neuf Etats (dont la Suisse) ainsi que la

¹⁸ RS 0.784.405

¹⁹ RS 0.784.405.1

²⁰ JO L 248 du 6.10.1993, p. 15-21

Communauté européenne l'ont signée, mais seuls Chypre et la Norvège l'ont ratifiée. Il est peu probable que la convention atteigne jamais le nombre de ratifications indispensables à son entrée en vigueur. En effet, l'art. 9, al. 1, prévoit qu'entre les pays membres de la CE la Convention ne s'appliquera que de manière subsidiaire, autrement dit que dans la mesure où il n'existe aucune règle communautaire régissant le sujet particulier concerné. Or la CE a légiféré sur la question puisqu'elle a établi la Directive 93/83 mentionnée plus haut; la Convention STE n° 153 n'est donc pas applicable entre les pays communautaires. L'élargissement de la CE entraîne par conséquent l'élargissement du champ d'application de la directive et – de manière correspondante – fait diminuer l'attractivité de la convention. Les chances qu'elle atteigne le nombre suffisant de ratifications et qu'elle entre finalement en vigueur vont en s'amenuisant au fur et à mesure de l'élargissement de la CE. Une ratification par la Suisse ne changerait donc rien et n'augmenterait pas de manière sensible les chances que la Convention STE n° 153 entre en vigueur. En conséquence, la Suisse renonce à la ratifier.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

Les modifications de la loi sur le droit d'auteur se fondent sur les mêmes bases constitutionnelles que celles sur lesquelles repose la LDA. Il s'agit des art. 95, 122 et 123 de la Constitution fédérale (Cst.; art. 31^{bis}, al. 2, 64 et 64^{bis} Cst. 1874).

La nouvelle exception au droit d'auteur prévue à l'art. 24c du projet de loi complète les restrictions au droit d'auteur en faveur des personnes handicapées. Cet article tient compte de l'art. 8 Cst., selon lequel la loi doit prévoir des mesures pour éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées.

L'extension des droits des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des organismes de diffusion dans la partie « Droits voisins » (Titre troisième de la LDA) permet de spécifier des droits fondamentaux traditionnels comme la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) et la liberté économique (art. 27 Cst.). Les nouveaux droits moraux des artistes interprètes ancrés dans la LDA s'appuient sur le droit fondamental à la liberté personnelle (art. 10 Cst.).

La protection des mesures techniques qui se rapportent aux œuvres et aux prestations protégées par le droit d'auteur vise à préserver les droits patrimoniaux des titulaires de droits (art. 26 Cst.). La garantie de la propriété s'arrête là où commence la garantie de l'application des exceptions au sens de l'art. 39b du projet de révision. La protection de l'information sur le régime des droits est elle aussi une émanation de la garantie de la propriété. L'art. 123 Cst. est la base constitutionnelle des sanctions pénales prévues en relation avec la protection juridique des moyens techniques de marquage et de protection (art. 69a et 70a du projet de révision).

Enfin, il convient de noter que la ratification du WCT et du WPPT se fonde elle aussi sur les art. 122 et 123 Cst., l'art. 54, al. 1, Cst. constituant la base constitutionnelle pour la proposition de ratification.

6.2 Délégation de compétences législatives

Les art. 39b, al. 4, et 55, al. 4, du projet de révision prévoient une délégation de compétences législatives au Conseil fédéral.

Aux termes de l'art. 39b, al. 4, du projet de révision, le Conseil fédéral peut édicter des règles supplémentaires relatives à l'utilisation de mesures techniques dans le domaine de la protection des droits d'auteur si l'intérêt général l'exige. Cette norme de délégation de compétences lui confère la latitude nécessaire pour mettre en œuvre la loi par voie d'ordonnance d'une manière conforme à la pratique.

Selon l'art. 55, al. 4, du projet de révision, le Conseil fédéral arrête le tarif des taxes. Cette délégation de compétences au Conseil fédéral n'est en fait pas nouvelle. En effet, l'ODau réglait déjà la question des taxes et débours de la Commission arbitrale. Cette réglementation se fonde sur l'art. 4 de la loi fédérale du 4 octobre 1974 instituant des mesures destinées à améliorer les finances fédérales²¹.

6.3 Forme de l'acte à adopter

La compétence de l'Assemblée fédérale pour l'approbation du WCT et du WPPT découle de l'art. 166, al. 2, Cst.

Il reste à examiner la question de savoir si l'acte adopté par l'Assemblée fédérale portant approbation des deux traités doit être soumis au vote du peuple (référendum facultatif). Les traités internationaux d'une durée indéterminée et non dénonçables (art. 141, al. 1, let. d, ch. 1, Cst.), qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale (art. 141, al. 1, let. d, ch. 2, Cst.) et qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.) sont sujets au référendum facultatif.

Les deux traités internationaux sont dénonçables en tout temps. La résiliation prend effet un an après la date à laquelle le directeur général de l'OMPI a reçu la notification (cf. art. 23 WCT et art. 31 WPPT). Tout Etat membre de l'OMPI peut devenir partie à ces traités (cf. art. 17 WCT et art. 26 WPPT). La Suisse étant membre de l'OMPI depuis le 26 avril 1970, elle peut ratifier les deux traités, et cette ratification n'implique plus l'adhésion à une organisation internationale.

Il reste encore à vérifier si le WCT et le WPPT contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit. Aux termes de l'art. 22, al. 4, de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale²², sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Est considérée comme importante au sens du droit national toute disposition qui doit être édictée sous la forme d'une loi fédérale conformément à l'art. 164, al. 1, Cst. Aux termes de l'art. 164, al. 1, let. c, Cst., appartient à cette catégorie les dispositions fondamentales relatives aux droits et aux devoirs des personnes.

Le WCT prévoit pour l'essentiel des dispositions-cadres qui imposent au législateur suisse d'édicter des réglementations. Les dispositions les plus importantes sont

²¹ RS 611.010

²² RS 171.10

celles relatives à la protection des mesures techniques (art. 11 WCT) et de l'information sur le régime des droits (art. 12 WCT) et elles doivent être transposées dans une disposition législative. Le WCT prévoit un droit directement applicable, celui de la mise à disposition du public, resp. de la communication au public (art. 8 WCT). Bien que ce droit soit déjà contenu dans la clause générale de l'art. 10, al. 1, LDA le législateur préfère, par souci de sécurité juridique et de conformité à l'art. 8 WCT, le formuler expressément dans la let. c^{bis} et le faire figurer ainsi dans la liste non exhaustive de l'art. 10 al. 2.

Le WPPT prévoit non seulement plusieurs dispositions générales, mais aussi du droit matériel, qui est directement applicable dans les Etats parties et qui n'est pas contenu dans la législation suisse actuelle. Ainsi, il confère des droits moraux aux artistes interprètes ou exécutants (art. 5 WPPT) qui vont au-delà de la protection de la personnalité prévue aux art. 28 ss CC. Par ailleurs, il donne aux artistes interprètes ou exécutants ainsi qu'aux producteurs de phonogrammes le droit exclusif de communication au public (art. 10 et 14 WPPT), qui ne figure pas encore dans la LDA actuelle.

En conclusion, on peut dire que les traités internationaux que la Suisse veut ratifier contiennent certaines dispositions importantes qui doivent être mises en œuvre au niveau législatif. L'arrêté fédéral relatif à l'approbation de leur ratification est par conséquent sujet au référendum facultatif.