

# **Rapport explicatif relatif à deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et aux modifications de la loi sur le droit d'auteur**

du [11.12.2015]

---

## Table des matières

<b>1</b>	<b>Présentation du projet</b>	<b>5</b>
1.1	Ratification des traités de l'OMPI	5
1.1.1	Contexte	5
1.1.2	Aperçu du contenu des traités de l'OMPI	6
1.1.2.1	Traité de Beijing	6
1.1.2.2	Traité de Marrakech	6
1.1.3	Traités OMPI à caractère partiellement auto-exécutoire	6
1.1.4	Appréciation	7
1.2	Modernisation du droit d'auteur	8
1.2.1	Contexte	8
1.2.2	Démarcation entre gestion individuelle et gestion collective	8
1.2.2.1	Possibilités de la gestion collective pour les utilisations d'Internet	9
1.2.2.2	Gestion individuelle pour les utilisations de masse sur Internet	14
1.2.3	Alternatives au droit d'auteur	14
1.2.3.1	Paiement volontaire	15
1.2.3.2	Récompense	15
1.2.3.3	Encouragement de la culture	15
1.2.4	Le débat dans les pays limitrophes	16
1.2.4.1	France	16
1.2.4.2	Allemagne	16
1.2.4.3	Royaume-Uni	17
1.2.5	Recommandations du groupe de travail AGUR12	17
1.2.6	Mesures de lutte contre le piratage en ligne	18
1.2.7	Autres modifications visant à moderniser le droit d'auteur	19
1.2.7.1	Droit de prêt	19
1.2.7.2	Protection de la personne qui réalise une photographie de presse	20
1.2.7.3	Utilisation d'œuvres orphelines	21
1.2.7.4	Restriction en faveur de l'utilisation à des fins scientifiques	22
1.2.7.5	Redevance sur les supports vierges	24
1.2.7.6	Instance de recours devant la CAF	26
1.2.7.7	Extension de la surveillance et contrôle de l'équité	27
1.2.7.8	Taxes de surveillance perçues par l'IPI	27
1.2.8	Demandes non prises en compte	28
1.3	Justification et appréciation de la solution proposée	30
1.4	Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	30
1.4.1	Traité de Beijing et Traité de Marrakech	30
1.4.2	Modernisation du droit d'auteur	31
1.5	Mise en œuvre	35

1.6	Classement d'interventions parlementaires	36
<b>2</b>	<b>Commentaire des dispositions</b>	<b>36</b>
2.1	Traité de Beijing	36
2.2	Traité de Marrakech	44
2.3	Mise en œuvre du Traité de Beijing et du Traité de Marrakech	50
2.3.1	Traité de Beijing	50
2.3.2	Traité de Marrakech	51
2.4	Modifications de la loi sur le droit d'auteur	53
2.4.1	Modifications en vue de la mise en œuvre du Traité de Marrakech	53
2.4.2	Mesures visant à garantir une protection des droits d'auteur appropriée aux nouvelles technologies	56
2.5	Modification d'autres actes	82
<b>3</b>	<b>Conséquences</b>	<b>84</b>
3.1	Conséquences pour la Confédération	84
3.1.1	Conséquences financières	84
3.1.2	Conséquences sur l'état du personnel	84
3.2	Conséquences économiques	85
3.2.1	Nécessité et possibilité d'une intervention de l'Etat	85
3.2.2	Conséquences pour les différents groupes de la société	86
3.2.3	Appréciation de certaines mesures concrètes	87
3.2.4	Conséquences pour l'économie dans son ensemble	91
3.3	Autres réglementations entrant en ligne de compte	92
3.4	Aspects pratiques de l'exécution	92
<b>4</b>	<b>Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral</b>	<b>93</b>
4.1	Lien avec le programme de la législature	93
4.2	Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral	93
<b>5</b>	<b>Aspects juridiques</b>	<b>93</b>
5.1	Constitutionnalité	93
5.1.1	Traité de Beijing et Traité de Marrakech	93
5.1.2	Projet de loi pour moderniser le droit d'auteur	93
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	94
5.2.1	Traité de Beijing et Traité de Marrakech	94
5.2.2	Projet de loi pour moderniser le droit d'auteur	94
5.3	Forme de l'acte à adopter	94
5.4	Frein aux dépenses	95
5.5	Délégation de compétences législatives	95
5.6	Protection des données	96
	<b>Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (Projet)</b>	<b>XXX</b>
	<b>Arrêté fédéral relatif à l'approbation du Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles (Projet)</b>	<b>XXX</b>

<b>Arrêté fédéral relatif à l'approbation du Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées (Projet)</b>	<b>XXX</b>
<b>Traité de Beijing du 24 juin 2012 sur les interprétations et exécutions audiovisuelles («Traité de Beijing»)</b>	<b>XXX</b>
<b>Traité de Marrakech du 27 juin 2013 visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées («Traité de Marrakech»)</b>	<b>XXX</b>

# **1 Présentation du projet**

## **1.1 Ratification des traités de l'OMPI**

### **1.1.1 Contexte**

De nombreux Etats membres de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) et les milieux intéressés ont longtemps recherché une reconnaissance internationale des droits minimaux des artistes interprètes ou exécutants de l'audiovisuel. Le Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)<sup>1</sup> améliore la protection prévue par 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)<sup>2</sup>, tout en l'harmonisant. Le champ d'application du WPPT couvre les éléments sonores des interprétations et exécutions, à l'exclusion de leurs éléments audiovisuels. Au cours des négociations du traité, les Etats membres avaient convenu de poursuivre séparément les travaux sur les performances audiovisuelles à un stade ultérieur.

En décembre 2000, les travaux sur un projet de traité sur les interprétations et exécutions audiovisuelles ont connu une avancée significative avec un accord provisoire sur dix-neuf des vingt dispositions de fond. Les négociations n'ont cependant pas pu être menées à terme faute d'accord sur la question de la cession des droits de l'artiste au producteur. Un terrain d'entente a été trouvé en juin 2011, ouvrant ainsi la voie à la tenue d'une conférence diplomatique à Beijing en juin 2012 qui a abouti à l'adoption du Traité de Beijing du 24 juin 2012 sur les interprétations et exécutions audiovisuelles («Traité de Beijing», BTAP).

Le Traité de Marrakech du 27 juin 2013 visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture de textes imprimés aux œuvres publiées («Traité de Marrakech») facilite l'accès des personnes ayant des déficiences visuelles aux œuvres protégées par le droit d'auteur. Il contribue ainsi à réduire les inégalités entre voyants et malvoyants quant à l'accès aux œuvres. Selon l'Union mondiale des aveugles (UMA), sur le million d'ouvrages qui sortent chaque année dans le monde, moins de 5 % sont publiés dans des formats accessibles aux déficients visuels. Leur accès aux documents imprimés est limité par un environnement international marqué par une variabilité des réglementations nationales du droit d'auteur. Par ailleurs, seule une minorité de pays connaissent dans leur législation nationale relative au droit d'auteur des dispositions spécifiques relatives aux limitations et exceptions en faveur des déficients visuels. L'application du droit d'auteur national est limitée au territoire national. Compte tenu de cette territorialité, les exceptions prévues par les législations nationales ne s'appliquent généralement pas à l'importation ou à l'exportation d'œuvres en formats accessibles, même entre les pays ayant des règles similaires. Aujourd'hui, les organisations compétentes de chaque pays doivent négocier des licences avec les titulaires de

<sup>1</sup> RS 0.231.171.1

<sup>2</sup> RS 0.231.171

droits pour échanger des œuvres en formats accessibles ou produire leurs propres versions.

Reconnaissant la nécessité d'une solution internationale dans ce domaine afin de faciliter le partage des ressources pour la production de versions accessibles, l'OMPI a lancé des travaux en 2004. En 2006, l'adoption de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées<sup>3</sup> a donné un élan supplémentaire aux délibérations. Celle-ci dispose que les lois protégeant les droits de propriété intellectuelle ne doivent pas constituer un obstacle déraisonnable ou discriminatoire à l'accès des personnes handicapées aux produits culturels. En 2009, une proposition de traité, fondée sur un texte préparé par l'UMA, a été soumise au Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI (SCCR). Les travaux ont ensuite progressé rapidement, ce qui a permis de convoquer une conférence diplomatique à Marrakech en juin 2013, qui a adopté le Traité de Marrakech.

## **1.1.2 Aperçu du contenu des traités de l'OMPI**

### **1.1.2.1 Traité de Beijing**

Le WPPT ne s'appliquant qu'aux éléments sonores des interprétations et exécutions, il ne protège pas les performances audiovisuelles des acteurs. Au cours des négociations du WPPT, les Etats membres de l'OMPI avaient en effet convenu de poursuivre séparément les travaux sur les performances audiovisuelles.

Le Traité de Beijing lève l'inégalité de traitement entre les musiciens et les acteurs au niveau international en accordant les droits exclusifs de reproduction, distribution, location et mise à disposition également à ces derniers (art. 6 à 10 BTAP). Comme le législateur suisse a accordé la même protection aux chanteurs, aux musiciens et aux acteurs lors de la ratification du WPPT, effaçant ainsi l'inégalité de traitement au niveau national (art. 33 et 33a), la ratification du Traité de Beijing n'appelle aujourd'hui aucune modification du droit suisse.

### **1.1.2.2 Traité de Marrakech**

Le Traité de Marrakech facilite l'accès des aveugles, des malvoyants et des personnes présentant d'autres difficultés de lecture aux œuvres protégées par le droit d'auteur. Il prévoit des restrictions minimales portant sur les droits de reproduction, de distribution et de mise à la disposition du public. Lors de la dernière révision partielle de la loi sur le droit d'auteur (LDA), une restriction a été introduite en faveur des personnes handicapées afin de leur faciliter l'accès aux œuvres protégées (cf. art. 24c). Cette disposition s'applique aux personnes atteintes de déficiences sensorielles sans distinction de handicap et permet notamment l'utilisation d'œuvres publiées afin de confectionner, de mettre en circulation et de mettre à disposition des formats accessibles pour les personnes malvoyantes. Bien que le droit en vigueur satisfait à la plupart des exigences du Traité de Marrakech, sa ratification appelle une modification législative afin de permettre l'importation en Suisse d'exemplaires accessibles (cf. art. 6 du Traité de Marrakech).

## **1.1.3 Traités OMPI à caractère partiellement auto-exécutoire**

Un traité international est directement applicable selon la jurisprudence du Tribunal fédéral lorsque sa formulation est suffisamment précise et claire pour pouvoir constituer le fondement d'une décision concrète. Il n'est pas auto-exécutoire lorsqu'il ne

<sup>3</sup> RS 0.109. La Convention est entrée en vigueur pour la Suisse le 15 avril 2014.

contient à l'égard des Etats contractants que des idées directrices et qu'il ne s'adresse donc pas en premier lieu aux autorités administratives ou judiciaires, mais au législateur (ATF 124 IV 23).

Le Traité de Beijing a pour objectif la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants quant à leurs interprétations ou exécutions audiovisuelles. Il s'inscrit ainsi dans la ligne du WPPT dont il s'inspire directement. Le Traité de Beijing contient une série de dispositions auto-exécutoires, comme les droits des artistes interprètes (art. 5 à 11 BTAP), alors que d'autres nécessitent une mise en œuvre au niveau du droit national, par exemple les obligations concernant les mesures techniques (art. 15 BTAP) et celles relatives à l'information sur le régime des droits (art. 16 BTAP). Ces obligations doivent être mises en œuvre par le législateur national. Selon les critères d'appréciation établis par le Tribunal fédéral, le Traité de Beijing n'est ainsi que partiellement auto-exécutoire.

Le Traité de Marrakech se distingue des accords internationaux existant dans le domaine du droit d'auteur en ce sens qu'il ne définit pas de niveau de protection minimum, mais oblige les Parties contractantes à inscrire dans leur législation certaines restrictions au droit d'auteur autorisant les organisations de personnes aveugles et malvoyantes à reproduire, mettre en circulation et mettre à disposition en formats accessibles des œuvres imprimées protégées par le droit d'auteur (art. 4 du Traité de Marrakech). L'échange transfrontière est également expressément admis (art. 5 et 6 du Traité de Marrakech). Le traité s'adresse ainsi en premier lieu au législateur; sa mise en œuvre requiert une transposition dans le droit national des Etats contractants.

#### **1.1.4 Appréciation**

Douze ans après la conclusion du WPPT, le Traité de Beijing lève l'inégalité de traitement entre les acteurs, d'une part, et les artistes interprètes ou exécutants, de l'autre. Le champ d'application du WPPT, qui est limité aux éléments sonores des interprétations ou exécutions, excluait en effet les acteurs et créait une inégalité injustifiée. En vue de la ratification du WPPT, le législateur suisse avait d'ailleurs décidé d'accorder le même niveau de protection à tous les artistes interprètes ou exécutants que leurs interprétations ou exécutions soient purement sonores ou audiovisuelles.

Bien que le Traité de Marrakech impose l'obligation pour les Etats contractants d'introduire dans leur législation nationale des restrictions au droit d'auteur, les négociateurs ont accordé une attention particulière à leurs conditions d'application. Il fallait en effet les réduire au strict nécessaire pour atteindre le but du traité et garantir leur compatibilité avec les conditions internationales applicables en la matière. Ainsi, si le traité impose des restrictions en faveur des personnes aveugles, malvoyantes ou ayant d'autres difficultés de lecture, il ne modifie pas le test des trois étapes et n'entraîne pas un abaissement général du niveau de protection reconnu au niveau international.

## **1.2 Modernisation du droit d'auteur**

### **1.2.1 Contexte**

### **1.2.2 Démarcation entre gestion individuelle et gestion collective**

L'ère du numérique a révolutionné les possibilités d'accès aux œuvres protégées et leurs modalités d'utilisation. Il est aujourd'hui aisé de mettre des œuvres en circulation. S'agissant des utilisations de masse, des mesures publicitaires ou des taxes d'abonnement, mêmes minimes, permettent de réaliser des gains importants pour des offres de stockage ou de *streaming*, ce qui a eu pour corollaire une forte croissance des offres piratées proposant des œuvres cinématographiques, musicales et littéraires utilisées sans licence. Ces agissements sont synonymes de maximisation déloyale des bénéfices au détriment des auteurs.

Les internautes sont en outre actifs sur des blogs et sur les médias sociaux, ce qui contribue à rendre la limite entre auteur, producteur, exploitant et utilisateur, de même que celle entre communication privée et communication publique de plus en plus floue<sup>4</sup>. Si les effets positifs de cette évolution sont nombreux, de nouveaux défis ont également surgi, notamment dans le domaine de la protection des mineurs ou de la protection de la sphère privée<sup>5</sup>. Le fait que des morceaux de musique, des livres ou des films soient reproduits et échangés à volonté, souvent sans l'accord de leurs auteurs, est problématique.

Le piratage a de graves conséquences pour les auteurs. Ce comportement traduit un manque de respect pour les auteurs et constitue une raison du recul, ces dernières années, des revenus dégagés par l'exploitation des œuvres. Préoccupées par cette évolution, les Chambres fédérales ont chargé le Conseil fédéral de montrer comment les auteurs pourraient obtenir une rémunération équitable pour l'utilisation de leurs contenus sur Internet. Elles ont toutefois souligné que l'accent ne devait pas porter unilatéralement sur des mesures répressives et qu'il importait de ne pas restreindre les nouvelles possibilités offertes par la technologie. Même à l'ère d'Internet, il est primordial, selon elles, de garantir la protection de la sphère privée et la liberté d'expression<sup>6</sup>.

Le droit d'auteur est en principe fondé sur une gestion individuelle. C'est par exemple le cas lorsqu'un auteur et une maison d'édition signent un contrat portant sur la création et la distribution d'un livre et sur la rémunération qui est due à l'auteur en contrepartie. Pour les utilisations de masse impliquant une faible intensité d'utilisation, par exemple les photocopies, la voie de l'accord individuel s'avère impraticable. C'est pourquoi la loi a recours à la gestion collective afin de ne pas faire obstacle à l'utilisation des moyens techniques et de garantir au mieux les intérêts des auteurs. Dans ces cas de figure, soit elle prévoit une gestion collective des droits par le biais des sociétés de gestion, soit elle autorise l'utilisation de l'œuvre mais en la rattachant à une rémunération qui est perçue par les sociétés de gestion (art. 40).

<sup>4</sup> Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29 septembre 2011, p. 2.

<sup>5</sup> Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29 septembre 2011, p. 16.

<sup>6</sup> 12.3326 Postulat Recordon. Vers un droit d'auteur équitable et compatible avec la liberté des internautes; 12.3173 Postulat Glättli. Pour une juste indemnisation des artistes dans le respect de la sphère privée des usagers d'Internet.

Dans le domaine des utilisations sur Internet, le Conseil fédéral part du principe que près d'un tiers des Suisses de plus de 15 ans ont déjà téléchargé gratuitement de la musique, des films et/ou des jeux électroniques<sup>7</sup>. Ce chiffre est révélateur quant à l'ampleur de la violation des droits causée par les offres illégales. Elles nuisent à une défense efficace des droits par les moyens traditionnels. Un manque de conscience largement répandu quant au caractère illicite de certaines utilisations accentue le problème. La tendance à «l'altruisme numérique» (*sharing is caring*) qui est propre à des modèles comme Wikipédia est certainement coresponsable de cette évolution<sup>8</sup>. Les personnes disposées à partager leur savoir sans recevoir de contrepartie financière qualifient celles qui le font uniquement contre paiement comme des associés; elles voient dans ce comportement une restriction inadmissible de l'accès aux informations et aux œuvres. Cette manière de penser occulte une réalité importante, celle des auteurs qui, pour vivre de leur travail, ne peuvent pas se permettre un tel altruisme. La combinaison entre un scepticisme assumé et, dans les faits, l'échec de l'application des droits sur Internet ouvre la voie à une utilisation de masse incontrôlable<sup>9</sup>. La question se pose de savoir s'il faut envisager une gestion collective pour les utilisations d'œuvres sur Internet, à l'instar de ce qui se fait pour les photocopies<sup>10</sup>.

### 1.2.2.1 Possibilités de la gestion collective pour les utilisations d'Internet

L'un des modèles le plus connu de gestion collective des droits d'auteur sur Internet est celui du tarif forfaitaire (*flatrate*). Par «forfait culture» ou «forfait sur le contenu», on entend la volonté de légaliser la transmission et la reproduction non commerciales d'œuvres numériques protégées par le droit d'auteur, tels la musique, les films, les logiciels ou les livres électroniques, et de percevoir une taxe forfaitaire pour la verser aux titulaires de droits en guise de dédommagement<sup>11</sup>.

Dans une version limitée, le montant forfaitaire est aujourd'hui déjà une réalité. La restriction en faveur de l'usage à des fins privées autorise l'utilisation d'œuvres musicales, cinématographiques ou d'e-books, y compris leur reproduction et leur transmission, dans un cercle de personnes étroitement liées, comme des parents ou des amis (art. 19, al. 1, let. a). A l'origine, cette restriction au droit d'auteur avait été conçue pour les cassettes audio, mais elle est formulée de manière neutre en termes de technologies visées et comprend aussi les utilisations sur Internet. Son champ d'application est cependant plus étroit que celui du forfait à proprement parler, puisque la transmission n'est admise qu'au sein d'un cercle très restreint et qu'elle exclut aussi bien les utilisations sur les médias sociaux, que la mise à disposition par le biais de réseaux pair à pair ou du canal YouTube. De plus, cette restriction au droit d'auteur ne couvre pas les logiciels. La rémunération pour l'usage privé n'est

7 Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, p. 7 ss.

8 BECK, RAINER, Die «diebische» Seite im Menschen - Geistiges Eigentum und Unrechtsbewusstsein, *Gazetta*, 52/2012, p. 56 ss.

9 Cf. p.ex. le site de partage de fichiers «4shared» qui a enregistré environ 2,5 milliards de consultations par mois en 2011 (<http://www.20min.ch/digital/webpage/story/22122497>).

10 Cf. BERGER, MATHIS, Geometrie des Interessenausgleichs im Urheberrecht oder die Quadratur des Kreises, *Gazetta* 52/2012, p. 36; Egloff, Willi, Ein Lob der kollektiven Verwertung, *Gazetta* 52/2012, p. 42.

11 ROSSNAGEL, ALEXANDER / JANDT, SILKE / SCHNABEL, CHRISTOPH / YLINIVA-HOFFMANN, ANNE, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, 2009, p. 4.

cependant pas adaptée pour les utilisations Internet car elle se base sur le support vierge et donc la copie physique (art. 20, al. 1 et 3).

Dans les discussions concernant la forme concrète d'un forfait culture, deux systèmes surtout semblent se dégager<sup>12</sup>. L'un ambitionne d'aménager une exception au droit d'auteur pour la transmission et la reproduction non commerciales d'œuvres protégées par le droit d'auteur sur Internet sous la forme d'une licence légale soumise à rémunération, l'autre prévoit une gestion collective obligatoire.

Dans le cas d'une licence légale soumise à rémunération pour la transmission et la reproduction non commerciales d'œuvres protégées par le droit d'auteur sur Internet, l'internaute doit se soucier du droit d'auteur uniquement dans les cas où des œuvres de tiers (en dehors de l'usage privé) sont utilisées pour une activité créative, par exemple la sonorisation de son propre film, mais pas dans celui d'une simple transmission de l'œuvre non modifiée. En contrepartie, il doit verser une indemnité au titulaire des droits qui serait perçue par les fournisseurs de services de télécommunication sous la forme d'un forfait combiné avec les taxes d'abonnement. Ce sont les sociétés de gestion qui se chargeraient de la répartition entre les titulaires de droits. Dans l'aménagement d'un tel modèle de forfait culturel, il convient encore de décider si la restriction au droit d'auteur couvre toutes les catégories d'œuvres (donc aussi les logiciels) et dans quelle mesure les écoles et les entreprises pourraient elles aussi en faire usage.

Ce modèle n'est cependant pas sans poser problème. Il suscite des réserves concernant la spécificité du cas d'espèce puisque l'indemnité serait perçue indépendamment de l'utilisation effective (comme pour la redevance sur les supports vierges). En outre, les critères de répartition de l'indemnité entre les ayants droit ne sont pas clairs. Si dans le cas des offres commerciales, il est possible de relever les consultations avec précision, une répartition équitable dans le cadre d'une telle restriction au droit d'auteur requerrait une surveillance d'Internet qui s'avère épineuse du point de vue de la protection des données<sup>13</sup>.

Dans le cas du modèle d'une gestion collective obligatoire, le droit exclusif de reproduire et de mettre à la disposition du public des œuvres protégées par le droit d'auteur par le biais d'Internet dans le domaine non-commercial ne peut être exercé que par une société de gestion titulaire de l'autorisation correspondante. Cette approche implique une obligation de gestion, car les sociétés de gestion ne peuvent exercer le droit d'interdiction que pour imposer les conditions fixées dans les tarifs à l'égard des utilisateurs. Lorsque ces conditions sont réunies, elles ne peuvent pas interdire une utilisation<sup>14</sup>. Dans le cas d'une gestion collective obligatoire, c'est aux fournisseurs de services de télécommunication qu'il revient de décider s'ils souhaitent négocier une licence et offrir à leurs abonnés la possibilité de transmettre et reproduire non commercialement des œuvres protégées par le droit d'auteur par le

<sup>12</sup> RENNER, TIM, Fakultative Flatrate auf Basis eines Kontrahierungszwangs zwischen Content- und Kanalhabern, Schweizerisches Forum für Kommunikation vom 10.02.2011; ROSSNAGEL, ALEXANDER / JANDT, SILKE / SCHNABEL, CHRISTOPH / YLINIVA-HOFFMANN, ANNE, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, 2009, p. 4.

<sup>13</sup> ROSSNAGEL, ALEXANDER / JANDT, SILKE / SCHNABEL, CHRISTOPH / YLINIVA-HOFFMANN, ANNE, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, 2009, p. 61.

<sup>14</sup> ATF 133 III 579, consid. 5.6.

biais d'Internet moyennant le paiement d'une redevance. Seuls les usagers d'Internet qui opteraient pour le forfait pourraient profiter de cette possibilité<sup>15</sup>.

Par rapport à la licence légale, la gestion collective obligatoire offre une plus grande spécificité du cas d'espèce. Les utilisateurs d'Internet ne souhaitant pas faire usage de la possibilité de transmettre et reproduire non commercialement des œuvres protégées par le droit d'auteur par le biais de la Toile ne paieraient pas de redevance. Dans un système de ce genre, le droit d'auteur aurait tendance à s'immiscer dans la sphère privée et impliquerait l'abandon du principe de non-criminalisation des internautes. Il faudrait également prévoir des poursuites judiciaires contre les utilisateurs qui n'auraient pas payé le forfait et contreviendraient à la loi<sup>16</sup>.

Il n'est pas certain que l'introduction d'un forfait culture sous la forme d'une restriction au droit d'auteur soit compatible avec les obligations internationales de la Suisse. Le droit de mettre à disposition des œuvres sur Internet est un droit exclusif aux termes du Traité du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur (WCT)<sup>17</sup> et du WPPT<sup>18</sup>, qui autorisent certes des limitations et des exceptions, mais uniquement à condition qu'elles soient réservées à des cas spéciaux qui n'entravent pas l'exploitation normale de l'œuvre. Autoriser de manière générale la mise en circulation d'œuvres à des fins non commerciales équivaldrait, d'une certaine façon, à remplacer un droit exclusif par une licence légale, ce qui dépasserait les limites de ce qui peut être considéré comme un cas spécial<sup>19</sup>. Une restriction au droit d'auteur en faveur de la transmission et de la reproduction non commerciales d'œuvres protégées par le droit d'auteur sur Internet comporte en outre le risque de faire de la Suisse un paradis pour les plateformes de piratage<sup>20</sup>.

La portée nationale des restrictions pose un problème supplémentaire. En Suisse, les utilisateurs payant un montant forfaitaire pourraient télécharger licitement des œuvres protégées par le droit d'auteur. Cependant, si l'œuvre mise à disposition est aussi accessible dans d'autres pays, c'est leur droit national qui s'appliquerait et ils désigneraient un for. Une solution isolée pour la Suisse n'est par conséquent pas viable.

Dans le débat public sur les modèles de rémunération forfaitaire, la possibilité pour les ayants droit de convenir de leur plein gré de modèles similaires en faisant usage de leur liberté contractuelle est encore largement ignorée. Aujourd'hui, il existe déjà des offres forfaitaires sur la base d'accords contractuels telles que Napster, Netflix, Cablecom My Prime, Spotify, Simfy ou Deezer. Elles proposent le téléchargement

15 RENNER, TIM, Fakultative Flatrate auf Basis eines Kontrahierungszwangs zwischen Content- und Kanalhabern, Schweizerisches Forum für Kommunikation du 10.02.2011.

16 SPINDLER, GERALD, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, Gutachten erstellt im Auftrag der Bundestagsfraktion « Bündnis 90/DIE GRÜNEN », Göttingen 2013, p. 148.

17 RS 0.231.151

18 RS 0.231.171.1

19 Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, août 2011, p. 12; avis contraire: RUNGE, PHILIPP, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, GRUR Int. 2007, p. 136 ss; du même avis: ROSSNAGEL, ALEXANDER / JANDT, SILKE / SCHNABEL, CHRISTOPH / YLINIVA-HOFFMANN, ANNE, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, 2009, p. 28.

20 AUDIOVISION SCHWEIZ / IFPI SCHWEIZ / MUSIKSCHAFFENDE SCHWEIZ / SIG SCHWEIZERISCHE INTERPRETENGENOSSENSCHAFT / SUISA / SWISSPERFORM, Musik-Flatrate - mehr Schnapsidee als Segen!, p. 2 ss. ([http://www.ifpi.ch/tl\\_files/ifpi\\_2010/artikel/inhalte/Replik%20Leonhard%20d.pdf](http://www.ifpi.ch/tl_files/ifpi_2010/artikel/inhalte/Replik%20Leonhard%20d.pdf)).

ou le *streaming* et sont soit financées par la publicité, soit soumises au paiement d'une taxe d'abonnement. Contrairement aux modèles de rémunération forfaitaire basés sur une restriction au droit d'auteur, la licence ne comprend pas toutes les œuvres, mais uniquement celles qui font l'objet de l'accord contractuel. L'offre proposée sous licence est cependant effectivement mise à disposition, alors que les restrictions au droit d'auteur prévoient certes la possibilité de l'utilisation, mais pas l'obligation pour les titulaires de droits de mettre leurs contenus à disposition. Contrairement aux restrictions au droit d'auteur, les modèles forfaitaires convenus contractuellement n'impliquent aucune ingérence dans les droits des personnes concernées. Celles-ci sont libres d'y souscrire ou non. Ces modèles sont dès lors compatibles avec les obligations internationales de la Suisse.

Il existe enfin une forme de gestion à l'intersection entre gestion collective au sens strict et gestion individuelle : la gestion collective élargie. Le dispositif juridique de la licence collective élargie, connue au plan international sous le terme de *extended collective license*, est originaire des pays scandinaves, où il a fait ses preuves depuis les années soixante et où son domaine d'application a été étendu jusqu'à être repris dans certains documents de l'UE.

Même s'il s'agit d'un terme générique recouvrant diverses réalités en fonction des différentes législations nationales nordiques, qui ont par ailleurs évolué avec le temps, trois aspects sont caractéristiques. Primo, une licence collective élargie présuppose l'existence d'un organisme de gestion qui exerce les droits de ses membres dans son domaine d'activité et est représentatif, autrement dit défend les intérêts, d'une part importante des titulaires de droits d'auteur dans le domaine en question. En général, les organismes de gestion qui concèdent une licence collective élargie doivent bénéficier d'une reconnaissance par l'Etat. Deuxio, des accords de licence ont été passés entre les organismes de gestion correspondants et certains usagers. Tertio, et il s'agit là d'un aspect déterminant, le champ d'application de ces accords de licence s'étend, de par la loi, aux œuvres des titulaires qui n'ont pas confié à l'organisme la gestion de leurs droits.

L'idée sous-jacente au dispositif juridique de la licence collective élargie était d'étendre la gestion collective aux cas où des questions pratiques empêchent l'octroi individuel de licences d'utilisation. Cela concernait à l'origine l'utilisation d'un juke-box par le propriétaire d'un café, l'utilisation d'une radio ou d'une télévision par le propriétaire d'un restaurant ou la reproduction d'œuvres protégées à des fins pédagogiques. Ces utilisations reposaient sur l'hypothèse que les titulaires de droits concernés auraient donné leur consentement s'ils avaient eu connaissance de l'utilisation de leurs œuvres. Cette présomption (réfutable) était et demeure judicieuse et peu problématique lorsque le titulaire de droits a la possibilité de demander le retrait de son œuvre du système de gestion collective (appelé système du *opt-out*<sup>21</sup>). Il existe cependant aussi des formes de licence collective élargie qui ne prévoient pas d'*opt-out*, le consentement des non-membres étant considéré comme indéniable, et qui n'offrent pas aux non-membres des organismes de gestion concernés le choix d'interdire l'utilisation de leurs œuvres.

Plusieurs pays scandinaves ont étendu l'accord de licence au-delà de sa portée initiale au domaine de la mise à disposition, de la copie et de l'utilisation d'œuvres protégées à des fins de formation et de recherche, à la copie d'œuvres et de presta-

<sup>21</sup> Dans les faits, il est peu fait usage, pour des raisons pratiques, de l'*opt-out*.

tions protégées par des autorités et des entreprises ainsi qu'à la reproduction et à la mise à disposition d'œuvres par les archives et les bibliothèques publiques. De plus, l'instrument a été de plus en plus utilisé dans le domaine de la diffusion, de la reproduction, du stockage, de la réutilisation et de la rediffusion d'œuvres et de prestations en lien avec la radio et la télévision. En 2008, la législation danoise a accompli une avancée significative dans le domaine de la licence collective élargie, qui a été reprise en Suède et en Angleterre et qui est actuellement en examen en Finlande et en Norvège. Le Danemark a en effet introduit ce qu'on appelle une «licence collective élargie généralisée», dont le champ d'application n'est plus défini dans la loi, mais peut être adapté, sans la participation du législateur, aux circonstances. Le ministère de la Culture publie sur son site Web les accords approuvés ou soumis à approbation. Au Danemark, la licence collective élargie généralisée revêt une importance particulière pour la numérisation des stocks de bibliothèques et des musées.

Pour l'heure, la compatibilité de la licence collective élargie avec les contraintes du droit international dans le domaine des restrictions au droit d'auteur et plus particulièrement avec le test des trois étapes inscrit à l'art. 9, al. 2, de la Convention de Berne n'a pas été vraiment remise en question. Dans chaque cas d'espèce, les détails sont fonction de la forme concrète de la licence collective élargie.

Sur la base des expériences positives faites par les législations scandinaves avec l'instrument de la licence collective élargie, la présente révision partielle prévoit de l'introduire également en Suisse (art. 43a) sous le terme de «gestion collective facultative» en raison de la systématique de la loi.

La question se pose de savoir si l'introduction de l'art. 43a s'avère utile également dans le contexte transfrontière et s'il est par conséquent aussi applicable à l'utilisation transfrontalière des contenus numériques. Prenons l'exemple d'une bibliothèque suisse qui met des œuvres d'auteurs français à la disposition du public en vertu de l'art. 43a. L'auteur français vivant en France peut-il réellement s'opposer à ce type d'utilisation? Les internautes italiens utilisant ces œuvres doivent-ils craindre des poursuites judiciaires dans leur pays de résidence pour violation au droit d'auteur, bien que l'utilisation soit autorisée en Suisse en vertu de l'art. 43a?

En l'absence d'une harmonisation globale du droit d'auteur dans l'UE ou dans les relations entre la Suisse et d'autres pays, le principe de territorialité du droit d'auteur demeure le point de départ de la réflexion juridique, même à l'ère du numérique. Par principe, les licences collectives élargies sont une solution nationale. Grâce aux règles du droit international privé<sup>22</sup> et à leur ancrage dans les traités, comme l'art. 5, al. 2, de la Convention de Berne, l'appréciation matérielle de la licence collective élargie dans le contexte analogique se fait sous l'angle du droit de l'Etat pour lequel la protection est requise, indépendamment du for saisi. Transposé à l'utilisation transfrontière d'œuvres sur Internet, cela signifierait qu'un *upload*, qui est légal selon le droit du pays où a lieu le téléversement, ne peut pas être contesté, voire interdit, par la juridiction d'un autre Etat dans le pays du téléversement (ou vis-à-vis des fournisseurs de services de communication dérivés). Bien que la licence collective élargie soit dès lors susceptible de déployer certains effets dans le cas des utilisations d'œuvres transfrontières, les réglementations nationales ne remplacent pas un développement juridique de la licence collective élargie pour le contexte transfronta-

<sup>22</sup> Par ex. art. 109 ss de la loi fédérale sur le droit international privé ou art. 5, al. 3, de la Convention de Lugano.

lier. Mais jusqu'à présent, il n'a pas été possible de parvenir à un tel développement par manque de consensus même au sein de l'UE.

En Suisse, l'extension de la gestion collective pourrait contribuer à simplifier l'utilisation et la rémunération dans certaines situations. L'art. 43a vise à faciliter les utilisations de masse. D'un point de vue juridique, la possibilité du *opt out* des titulaires de droits permet de maintenir leur liberté de choix concernant la gestion des droits. Or, en dépit de cette possibilité, on peut s'attendre à ce que la numérisation des œuvres dans le domaine des bibliothèques et des archives représente un champ d'application important de l'art. 43a.

En revanche, compte tenu de l'évolution fulgurante des nouvelles technologies et des modèles commerciaux, il ne paraît pas souhaitable de soumettre d'autres types d'utilisation au régime de l'autorisation visé à l'art. 40, al. 1. Il semble dès lors préférable d'introduire une licence collective élargie, neutre du point de vue des technologies, sans définir un champ d'application dans la loi, ce qui correspond à la solution privilégiée au Danemark et en Angleterre.

### **1.2.2.2 Gestion individuelle pour les utilisations de masse sur Internet**

Le *revenue sharing* (partage des revenus) utilisé par exemple par YouTube propose une alternative aux modèles de rémunération forfaitaire. Selon ses propres déclarations, 300 heures de données vidéo seraient chargées chaque minute sur YouTube<sup>23</sup>. Considérant le volume de contenus potentiellement protégés par le droit d'auteur, ni la concession individuelle de licences au sens traditionnel, ni un contrôle global des autorisations ne sont envisageables. C'est pourquoi Google a développé pour sa plateforme YouTube un modèle de licence qui se distingue considérablement de l'octroi traditionnel de licences. Pour rétablir la légalité, le titulaire des droits se doit d'être actif, ce qui implique pour lui une charge de contrôle supplémentaire à ne pas sous-estimer. Lorsqu'il constate une violation au droit d'auteur, deux possibilités s'offrent à lui: soit faire bloquer l'accès aux contenus portant atteinte au droit d'auteur, soit demander à toucher une partie des recettes publicitaires. La concession de licences n'a donc plus lieu en amont de l'utilisation, mais en aval, une fois que le titulaire de droits constate une atteinte aux droits. Le système soulève certes des interrogations car la charge supplémentaire liée au contrôle retombe sur les titulaires de droits. Il montre toutefois que dans le domaine des utilisations de masse aussi, il est possible d'exploiter des offres et de créer une situation légale sur la base de la législation en vigueur, sans pour autant criminaliser les usagers de la plateforme.

### **1.2.3 Alternatives au droit d'auteur**

En vue d'assurer une rémunération équitable aux artistes, d'autres approches, qui permettraient un échange substantiellement libre des œuvres sur Internet, sont envisagées en dehors du droit d'auteur. Malgré l'intérêt de ces approches, la mesure dans laquelle de tels modèles pourraient s'imposer sur le long terme reste incertaine. De plus, la marge de manœuvre de la Suisse demeure restreinte, considérant ses obligations internationales. Un passage à des modèles entièrement nouveaux impliquerait en effet une adaptation correspondante du cadre juridique international.

<sup>23</sup> <http://www.youtube.com/yt/press/statistics.html>.

### 1.2.3.1 Paiement volontaire

Le paiement volontaire visant à garantir une rémunération équitable pour les artistes se fonde sur l'hypothèse que, dans ses décisions, l'homme est en général davantage guidé par une volonté d'équité que par son intérêt personnel. Flattr est l'un des premiers modèles de paiement sur une base volontaire. Le mot Flattr est composé de *flattrate* (forfait) et du verbe anglais *to flatter* (flatter quelqu'un). Le système invite les internautes à payer un montant mensuel fixe et à désigner par un clic les contenus qu'ils apprécient. Flattr répartit ensuite tous les mois la somme de la donation entre les auteurs des différents contenus appréciés. Le système semble toutefois avoir de la peine à s'établir<sup>24</sup>.

Selon toute apparence, les modèles dits de *crowdfunding* (financement participatif) ont davantage le vent en poupe. Les artistes peuvent présenter leur projet sur une plateforme pour lever des fonds jusqu'à hauteur du montant visé. Si celui-ci n'est pas atteint, les versements individuels sont restitués. Les donateurs sont souvent récompensés en retour (p.ex. avec des exemplaires dédicacés), mais ils agissent en premier lieu par altruisme. Le groupe «The Bianca Story» a par exemple financé un album grâce à la plateforme «wemakeit». Les coûts du projet de 90 000 euros incluaient le salaire des membres (3000 euros par musicien). En contrepartie, le groupe a offert le téléchargement gratuit de son album sur son site. Selon l'étude «Crowdfunding Monitoring Schweiz 2014» publiée par la Haute école de Lucerne, les fonds levés en Suisse pour des projets de *crowdfunding* se sont élevés à 11,6 millions de francs en 2013, deux fois plus qu'en 2012. Pour 2014, on s'attend à ce qu'ils doublent à nouveau. Actuellement, le taux de réussite des projets se chiffre à 64%. Il ne faut cependant pas perdre de vue les proportions puisqu'en 2013, la gestion des disques en Suisse a dégagé, à elle seule, un chiffre d'affaires de 107,5 millions de francs. Bien qu'encensés, les modèles de *crowdfunding* ne sauraient guère remplacer la gestion des œuvres par le droit d'auteur.

### 1.2.3.2 Récompense

Une autre alternative au droit d'auteur s'inspire de la théorie anglo-américaine de l'incitation. En vertu de celle-ci, le but du droit d'auteur n'est pas de garantir une rémunération équitable pour les artistes, mais seulement de créer une incitation à la création. D'après ce système, l'incitation ne réside pas dans l'octroi d'une exclusivité de marché limitée dans le temps, mais dans l'obtention d'une distinction attribuée par un jury sous la forme d'une récompense (prix). Principalement envisagé pour le domaine des inventions en vue de remplacer le système des brevets, le modèle de la récompense est également considéré comme une solution alternative au droit d'auteur. Cette solution impliquerait cependant aussi le passage à un système étranger à la tradition suisse et, partant, une adaptation du cadre juridique sur le plan international.

### 1.2.3.3 Encouragement de la culture

Enfin, la question de la rémunération équitable est également abordée sous l'angle de l'encouragement de la culture. Selon ce système, les artistes qui mettraient à libre disposition le fruit de leur création culturelle pourraient profiter de mesures d'encou-

<sup>24</sup> <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/mikro-bezahldienst-flattr-die-ausgebliebene-revolution-a-907587.html>.

agement de la culture<sup>25</sup>. Une telle approche serait toutefois difficile à mettre en œuvre sans une réforme approfondie des bases légales régissant la promotion de la culture<sup>26</sup>.

## 1.2.4 Le débat dans les pays limitrophes

### 1.2.4.1 France

Début 2006, la France a débattu de l'introduction d'un forfait culture sous le nom de licence globale. La solution envisagée était une taxe mensuelle répartie entre auteurs et artistes par les sociétés de gestion. La licence globale n'a pas réuni la majorité à l'Assemblée nationale, mais le président français, François Hollande, l'a reproposée en 2012. Elle figure actuellement au titre de projet dans le champ d'activité de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI)<sup>27</sup>. En collaboration avec d'autres offices, l'HADOPI analyse actuellement la faisabilité d'un système de rémunération proportionnelle du partage<sup>28</sup>, lequel prévoit qu'elle perçoive une rémunération des exploitants des plateformes Internet calculée sur la base des recettes obtenues par la plateforme<sup>29</sup>.

### 1.2.4.2 Allemagne

L'Allemagne aussi se pose la question de l'introduction d'un forfait culture. Sur mandat du groupe parlementaire Alliance 90/Les Verts, le professeur Gerald Spindler a réalisé une expertise détaillée sur sa faisabilité. Selon l'expertise, la taxe serait échelonnée en fonction soit du volume de données via la connexion, soit de la vitesse de la connexion. L'expert souligne que pour l'heure, la base empirique permettant d'évaluer les effets positifs et négatifs du partage de fichiers et du forfait culture n'est pas garantie sous l'angle économique. Gerald Spindler est toutefois d'avis que, sous certaines conditions, le droit allemand ne serait pas incompatible avec un forfait culture. Une modification de la législation communautaire s'avérerait toutefois nécessaire, ce qui constitue un écueil de taille. Des conflits risqueraient également d'intervenir au niveau international. L'expert identifie des problèmes surtout par rapport aux obligations découlant des traités internationaux en matière de droit d'auteur<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> LAUX, CHRISTIAN, Der Wechsel von der Offline-Kultur in die Online-Welt, *Gazetta* 52/2012, p. 48: «Beispiel: Fördergelder werden nur gesprochen, wenn der Autor sich bereit erklärt, sein Werk nach Ablauf einer Anfangsphase - zum Beispiel von fünf Jahren - unter einer Creative Commons-Lizenz oder dergleichen verfügbar zu machen» (exemple: les aides ne sont accordées que si l'auteur consent à mettre à disposition son œuvre sous une licence Creative Commons ou analogue après une période initiale p.ex. de cinq ans; traduction non officielle).

<sup>26</sup> Cf. bases légales de l'encouragement de la culture du Conseil fédéral, *Message culture* 2012-2015, FF 2011 2773.

<sup>27</sup> <http://www.hadopi.fr/actualites/actualites/remuneration-proportionnelle-du-partage>.

<sup>28</sup> Hadopi, Accès aux œuvres sur Internet, Analyse d'un système de rémunération proportionnelle du partage, 19.11.2013.

<sup>29</sup> Hadopi, Accès aux œuvres sur Internet, Analyse d'un système de rémunération proportionnelle du partage, 19.11.2013: «La rémunération due par l'intermédiaire dépendra de son gain rapporté à son coefficient.».

<sup>30</sup> SPINDLER, GERALD, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate, Gutachten erstellt im Auftrag der Bundestagsfraktion «Bündnis 90/DIE GRÜNEN», Göttingen 2013, p. 151 ss.

Le groupe Alliance 90/Les Verts n'a pas de projet clair concernant la question du forfait culture. Il exige simplement une nouvelle restriction au droit d'auteur en faveur de la reproduction non commerciale en ligne et hors ligne moyennant une rémunération équitable et l'élaboration de possibilités de compensation<sup>31</sup>. La question de la portée de cette restriction et de l'extension des possibilités actuelles pour la copie privée reste ouverte. Les autres partis ne semblent pas envisager de projets similaires.

### 1.2.4.3 Royaume-Uni

Le gouvernement britannique a également abordé le thème de ce qu'il appelle le *non-commercial use levy*. En cas de succès du modèle dans le secteur de la musique, il sera ensuite mis en œuvre dans d'autres domaines (p.ex. pour les films). Il semblerait toutefois qu'il n'y ait pas de plans concrets<sup>32</sup>. Actuellement, l'accent est plutôt mis sur la disposition, introduite en 2014, relative à la restriction en faveur de la copie privée, ce qui a relégué au second plan l'intérêt pour un modèle forfaitaire.

## 1.2.5 Recommandations du groupe de travail AGUR12

Dans son rapport sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, le Conseil fédéral a relevé qu'il importe «de suivre attentivement l'évolution des technologies et le débat au niveau international et de réévaluer périodiquement la situation afin de pouvoir déceler à temps la nécessité d'adapter le droit d'auteur et agir en conséquence». C'est pourquoi la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga a institué, à l'été 2012, le groupe de travail chargé d'améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins (AGUR12), qui a rendu ses recommandations en décembre 2013.

Dégager des pistes pour adapter le droit d'auteur à l'état actuel de la technique faisait partie du mandat d'AGUR12. Une attention particulière devait être accordée au développement de modèles de gestion en phase avec les utilisations actuelles d'œuvres sur Internet. Il fallait en outre tenir compte des postulats Recordon<sup>33</sup> et Glättli<sup>34</sup>. AGUR12 a dédié deux de ses séances à l'adaptation du droit d'auteur au développement technologique. Il a entre autres débattu de l'étendue de l'usage à des fins privées et de l'introduction d'un modèle de rémunération forfaitaire. Les membres d'AGUR12 sont tombés assez vite d'accord sur le fait qu'il convenait «de renoncer à une rémunération forfaitaire générale couvrant toutes les formes d'utilisation sur Internet» pour privilégier «l'approche actuelle qui associe judicieusement des rémunérations collectives plus ou moins forfaitaires et la gestion individuelle»<sup>35</sup>.

31 [http://www.gruene.de/partei/bdk-und-programm-zur-europawahl/antraege-zur-bdk.html?tx\\_rsmproposal\\_pi1%5Bproposal%5D=34291&tx\\_rsmproposal\\_pi1%5Baction%5D=show&tx\\_rsmproposal\\_pi1%5Bcontroller%5D=Proposal&cHash=f290524ab5124af95da6c2f7f7cea06](http://www.gruene.de/partei/bdk-und-programm-zur-europawahl/antraege-zur-bdk.html?tx_rsmproposal_pi1%5Bproposal%5D=34291&tx_rsmproposal_pi1%5Baction%5D=show&tx_rsmproposal_pi1%5Bcontroller%5D=Proposal&cHash=f290524ab5124af95da6c2f7f7cea06) (site consulté le 10.06.2014).

32 ROSSNAGEL, ALEXANDER / JANDT, SILKE / SCHNABEL, CHRISTOPH / YLINIVA-HOFFMANN, ANNE, Die Zulässigkeit einer Kulturfltrate nach nationalem und europäischem Recht, 2009, p. 58 ss.

33 12.3326 Postulat Recordon. Vers un droit d'auteur équitable et compatible avec la liberté des internautes.

34 12.3173 Postulat Glättli. Pour une juste indemnisation des artistes dans le respect de la sphère privée des usagers d'Internet.

35 Rapport final AGUR12 du 28 novembre 2013, ch. 9.5.1 ([https://www.ipi.ch/fileadmin/user\\_upload/Urheberrecht/f/Rapport\\_final\\_AGUR12\\_du\\_28\\_novembre\\_2013\\_F.pdf](https://www.ipi.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/Rapport_final_AGUR12_du_28_novembre_2013_F.pdf)).

Ce faisant, AGUR12 s'est clairement opposé à un changement de système s'agissant des utilisations sur Internet.

Le fait que la gestion collective (p.ex. sous forme de modèles de rémunération forfaitaire) ne constitue une alternative que lorsque la gestion individuelle n'est ni possible, ni judicieuse a probablement été déterminant dans la position d'AGUR12 en faveur de la «primauté de la gestion individuelle»<sup>36</sup>. La gestion collective constitue dès lors un instrument auxiliaire dans les cas où le titulaire de droits ne peut raisonnablement pas gérer les droits individuellement, comme c'est le cas dans la confection de photocopies. Elle permet en outre que les auteurs soient dédommages pour ce type d'utilisation.

Plusieurs membres d'AGUR12 ont exprimé leurs réserves concernant les modèles de rémunération forfaitaire. Les titulaires de droits craignent que les rémunérations soient trop faibles dans le cadre d'une gestion collective puisqu'elles seraient calculées sur la base de la recette d'utilisation et non pas sur le manque à gagner. L'inquiétude des usagers et des consommateurs est qu'ils doivent tous payer pour des possibilités d'utilisation quand bien même ils n'en solliciteraient qu'une partie.

Les milieux intéressés ont proposé un train de mesures pour adapter le droit d'auteur à l'évolution de la technique<sup>37</sup>. S'il est convaincu de la primauté de la gestion individuelle, AGUR12 reconnaît aussi le besoin de lutter contre le piratage. Les membres du groupe de travail sont convenus que les fournisseurs de services de télécommunication et les fournisseurs de services de communication dérivés doivent y contribuer davantage que par le passé. Il ne s'agit évidemment pas de les rendre responsables du piratage, mais de simples considérations pratiques. Leur implication permet de combattre efficacement le piratage, mais aussi d'éviter la criminalisation des internautes.

Le Conseil fédéral a décidé de tenir au mieux compte des recommandations formulées par AGUR12, mais y a apporté aussi sa propre touche.

### **1.2.6 Mesures de lutte contre le piratage en ligne**

Fortement préjudiciables, les violations du droit d'auteur sur Internet sont susceptibles d'induire de nombreuses infractions consécutives pas d'autres usagers Internet. Agir promptement est essentiel si l'on souhaite lutter avec succès contre le piratage. AGUR12 recommande une série de mesures pour combattre rapidement et efficacement ce fléau. Les modifications formulées dans le cadre de la révision de la LDA visent à les mettre en œuvre. Le nouveau système mise en premier lieu sur le soutien des fournisseurs de services de télécommunication et des fournisseurs de services de communication dérivés (fournisseurs d'accès et hébergeurs au sens large). Dans les cas de violations graves, il sera exceptionnellement autorisé, sur ordre d'un tribunal civil, d'identifier l'utilisateur (autrement dit l'abonné) par le biais de l'adresse IP.

Les obligations faites aux fournisseurs de services de télécommunication et aux fournisseurs de services de communication dérivés (cf. art. 66b ss) sont fonction de la proximité au contenu qui a été rendu disponible de manière illicite. Ainsi, ce sont d'abord les fournisseurs de services de communication dérivés (hébergeurs au sens

<sup>36</sup> Rapport final AGUR12 du 28 novembre 2013, ch. 9.4.1 ([https://www.ipi.ch/fileadmin/user\\_upload/Urheberrecht/f/Rapport\\_final\\_AGUR12\\_du\\_28\\_novembre\\_2013\\_F.pdf](https://www.ipi.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/Rapport_final_AGUR12_du_28_novembre_2013_F.pdf)).

<sup>37</sup> Rapport final AGUR12 du 28 novembre 2013, ch. 9 ([https://www.ipi.ch/fileadmin/user\\_upload/Urheberrecht/f/Rapport\\_final\\_AGUR12\\_du\\_28\\_novembre\\_2013\\_F.pdf](https://www.ipi.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/Rapport_final_AGUR12_du_28_novembre_2013_F.pdf)).

large) qui sont appelés à contribution puisqu'ils doivent supprimer de leurs serveurs les contenus portant atteinte au droit d'auteur (*take down*). Lorsqu'ils ne s'affilient pas à un organisme d'autorégulation, ils sont en outre tenus d'empêcher la réintroduction de ces contenus sur leurs serveurs (*stay down*). Dans les cas où le fournisseur de services de communication dérivés choisit un siège ou un emplacement à l'étranger ou le dissimule, ce sont les fournisseurs de services de télécommunication qui doivent agir en bloquant l'accès aux sites pirates. Cette approche permet de réagir rapidement aussi dans ces cas de figure.

La lutte contre le piratage doit cibler les exploitants de sites pirates, non les usagers. Mais, en présence de violations graves par le biais de réseaux pair à pair, il est nécessaire d'intervenir auprès de ces derniers. Pour l'heure, l'identité d'un usager dont la connexion a été utilisée pour une violation du droit d'auteur ne peut être établie que dans le cadre d'une procédure pénale (cf. arrêt Logistep), ce qui est ressenti comme insatisfaisant. La révision prévoit de modifier cette situation puisqu'elle autorisera l'identification d'un usager par le biais de l'adresse IP sur ordre d'un tribunal civil (cf. art. 62a). L'utilisateur recevra dans un premier temps des messages d'information le rendant attentif à la situation juridique et aux éventuelles conséquences en cas de non-respect. Il aura ainsi la possibilité de modifier son comportement, par exemple en sécurisant sa connexion avec un mot de passe. S'il est confronté à des violations graves de ses droits, l'auteur pourra demander au tribunal l'identification de l'utilisateur (condition nécessaire pour engager des poursuites civiles dans une étape ultérieure) seulement si ce dernier n'est pas disposé, malgré les messages reçus, à renoncer à ses agissements.

## **1.2.7 Autres modifications visant à moderniser le droit d'auteur**

### **1.2.7.1 Droit de prêt**

La mise en circulation d'exemplaires d'œuvres avec le consentement du titulaire des droits implique l'épuisement du droit de distribution (art. 12). Il est dès lors possible de continuer à distribuer les exemplaires d'œuvres mis en circulation, ce qui couvre non seulement leur revente, mais aussi la location et le prêt. Le principe selon lequel il faut rémunérer les ayants droit de façon équitable pour chaque utilisation d'une œuvre protégée est certes inscrit dans le droit d'auteur. Cependant, la loi prescrit le prélèvement d'une rémunération pour la location, mais ne prévoit rien de tel pour le prêt à titre non onéreux d'exemplaires d'œuvres (cf. art. 13). L'auteur ne reçoit dès lors aucune compensation pour l'usage accru qu'implique le prêt en comparaison avec l'achat d'un livre par un privé.

Dans ce contexte, il ne faut pas oublier non plus la suppression du prix fixe du livre. En refusant le projet de loi fédérale sur la réglementation du prix du livre en 2011, la Suisse a opté pour un système d'économie du marché. Cette décision a induit une baisse du prix du livre et a contribué à détériorer encore la situation économique des auteurs. Or, lorsqu'on opte pour un système libéral, il convient de s'assurer en parallèle que les auteurs puissent exploiter leurs prestations. Le droit de prêt est l'une des possibilités d'exploitation à ne pas sous-estimer.

Depuis l'introduction dans l'UE de la Directive 2006/115/CE du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, la revendication d'une indemnité pour le prêt de livres dans les bibliothèques (le «droit de prêt») a régulièrement fait l'objet

d'interventions parlementaires<sup>38</sup>. Au sein du groupe de travail AGUR12, il a également été discuté de l'instauration d'un droit de prêt analogique et numérique. Le dialogue n'ayant pas abouti à un consensus, ce point n'apparaît pas dans les recommandations du groupe de travail. Le Conseil fédéral a toutefois décidé d'examiner une proposition de réglementation pour le droit de prêt. Reconnaisant que les conditions économiques deviennent de plus en plus difficiles pour les artistes, il estime qu'il est temps d'adapter le droit d'auteur à la nouvelle technique. Parmi ces adaptations figure aussi l'introduction d'un droit de prêt.

En tant que partisans d'un droit de prêt, les auteurs soulignent le fait qu'ils sont tributaires d'une juste compensation pour l'exploitation de leurs œuvres en Suisse; ils font valoir que le prix de vente des livres inclut uniquement l'utilisation à des fins privées et non pas l'utilisation «multipliée» des œuvres par les bibliothèques.

Le Conseil fédéral renonce sciemment à l'introduction d'un «droit de prêt numérique». Dans ce cas de figure, les bibliothèques n'achètent pas des fichiers, mais signent plutôt des accords de licence avec des fournisseurs spéciaux qui donnent directement accès aux fichiers correspondants aux utilisateurs de la bibliothèque. Ces utilisations peuvent être saisies individuellement et indemnisées par le biais de redevances de licences fixées en correspondance. Il est donc déjà tenu compte de la multiplication de l'utilisation, de sorte qu'une redevance collective à part aurait pour conséquence une surtaxation injustifiée des utilisateurs.

Le Conseil fédéral est conscient que l'infrastructure technique pour documenter le prêt fait défaut, notamment dans les petites bibliothèques communales; cette infrastructure leur est nécessaire pour communiquer électroniquement aux sociétés de gestion les données relatives à la répartition en fonction de l'utilisation. L'aménagement des tarifs devra tenir compte de ce fait.

### **1.2.7.2 Protection de la personne qui réalise une photographie de presse**

Les photographies de presse informent au quotidien de notre actualité et la documentent. En tant qu'instantanés de l'histoire, elles revêtent une fonction importante dans notre société. Tirer un cliché qui sera ensuite imprimé dans la presse écrite n'est cependant pas toujours aisé. En particulier dans ce domaine, les photographes déplorent le grand nombre d'images qui sont reprises sans leur autorisation.

Les photographies sont protégées par le droit d'auteur uniquement sous certaines conditions. Leur caractère individuel est déterminant. Si le Tribunal fédéral a attribué, dans son ATF 130 III 168, un caractère individuel à la photographie de Bob Marley (et l'a par conséquent reconnue comme création de l'esprit), il l'a rejeté dans son ATF 130 III 714 pour la photographie de presse de Wachmann Meili. Malgré l'actualité du cliché à l'époque et le grand nombre de publications dans les journaux les plus divers, la journaliste n'est pas parvenue à obtenir une indemnité en contrepartie de son travail.

<sup>38</sup> 04.3288 Motion Müller-Hemmi du 6 juin 2004. Droit d'auteur. Tantième à percevoir par les bibliothèques; 07.3056 Postulat Müller-Hemmi du 19 mars 2007. Loi sur le droit d'auteur. Introduction d'un droit de prêt en bibliothèque; 09.460 Initiative parlementaire Fluri du 12 juin 2009. Exemplaires d'œuvres. Rémunération au titre du prêt en bibliothèque; 13.3583 Motion Fluri du 21 juin 2013. Prêt des œuvres. Pour une juste rémunération des auteurs; 14.4150 Postulat Bieri du 11 décembre 2014. Révision de la loi sur le droit d'auteur. Inscription d'un droit de prêt.

Même la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)<sup>39</sup> n'offre pas de moyens satisfaisants dans ce cas. En vertu de l'art. 5, let. c, LCD, celui qui reprend grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant le résultat de travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et l'exploite comme tel agit de façon déloyale. Mais la reprise et la mise en valeur des résultats du travail d'un tiers ne sont pas déloyales en soi (Message à l'appui de la LCD, FF 1983 II 1037 1103). La disposition vise à prévenir non pas l'usage, mais l'abus de prestations de tiers et à sanctionner un avantage concurrentiel injustifié. Si le photographe a déjà eu la possibilité d'amortir les coûts liés à la photographie litigieuse, on ne peut plus parler de concurrence déloyale. Pour les photographes de presse, cela signifie en pratique que, considérant les nouveaux moyens de distribution via Internet, ils parviennent à couvrir leurs frais, mais plus à obtenir un gain.

Il est dès lors important de concéder un droit voisin aux photographes de presse sur leurs prestations. Le législateur satisfait ainsi l'exigence des photographes relative à une meilleure protection dans la mesure où il leur octroie certains droits exclusifs sur leurs photographies pour une durée limitée.

### **1.2.7.3 Utilisation d'œuvres orphelines**

L'art. 22*b* prévoit une restriction au droit d'auteur permettant l'utilisation d'œuvres orphelines dans certaines circonstances et la soumet à la gestion collective. Les œuvres orphelines sont des œuvres dont les auteurs sont inconnus ou introuvables. Vu l'impossibilité d'obtenir le consentement du titulaire des droits pour l'exploitation de ces œuvres, une utilisation licite n'est possible que dans le cadre d'une exception légale. Cette problématique touche tous les types d'œuvres orphelines. Elle est aujourd'hui exacerbée par les nouvelles technologies de l'information qui facilitent grandement l'accès à ces œuvres. L'exception en vigueur s'applique uniquement aux œuvres orphelines contenues dans des phonogrammes ou des vidéogrammes et ne répond pas aux besoins actuels.

Les bibliothèques et les archives reçoivent en effet de nombreuses demandes concernant la reproduction d'anciens périodiques, monographies ou photographies issus de leurs collections, demandes qu'elles doivent refuser faute de pouvoir obtenir le consentement des titulaires de droits inconnus ou introuvables. Cet état de fait complique également la numérisation de masse des collections des institutions dépositaires de la mémoire, les privant ainsi de la possibilité d'utiliser des techniques actuelles pour inventorier et mettre à disposition l'héritage culturel.

La disposition proposée s'applique de manière harmonisée à toute œuvre orpheline et indépendamment du support matériel (phonogrammes, vidéogrammes, livres imprimés, fichiers numériques, etc.). Elle répond ainsi à une demande concrète de l'association Bibliothèque Information Suisse (BIS) et du groupe d'initiative droit d'auteur (qui regroupe la Société Suisse des Beaux-Arts, l'Association des musées suisses (AMS) et ICOM Suisse). Cette demande est soutenue par economiesuisse, l'Union suisse des arts et métiers (usam), suisseculture et les associations suisses des consommateurs, mais contestée par l'Association suisse des libraires et des éditeurs (SBVV) et l'Association MEDIAS SUISSES (Verband Schweizer Medien). La réglementation proposée soumet l'exercice des droits à la gestion collective. Bien que cela concerne l'exercice de l'ensemble des droits, les sociétés de gestion exerceront dans la pratique principalement le droit à rémunération.

<sup>39</sup> RS 241

#### 1.2.7.4

### Restriction en faveur de l'utilisation à des fins scientifiques

Les nouvelles connaissances sont le fruit de la recherche scientifique, synonyme de travaux intenses. Des textes de tout type sont publiés chaque jour, et une multitude de données générée dans le monde entier. On assiste à une véritable explosion des données de la recherche. Les textes, tout comme les données brutes, constituent d'importantes sources pour la science et la recherche. Garder une vue d'ensemble, prendre connaissance des textes et des données et établir le lien avec les nouvelles connaissances n'est plus du tout envisageable sans les moyens offerts par la technologie. A l'inverse des méthodes de recherche basées sur papier, la numérisation et le traitement automatisé permettent une meilleure saisie et interconnexion des données. Des outils comme la fouille de textes et de données (*text and data mining* ou TDM), qui facilitent l'examen et le traitement de textes et de données, acquièrent par conséquent une importance croissante, ce qui appelle une réflexion juridique sur l'accès à ces informations.

Le terme «fouille de données», qui est une facette de ce qu'on appelle l'extraction de connaissances à partir de données (*knowledge discovery in databases*; ECD), désigne l'application systématique de plusieurs méthodes permettant de rechercher, d'analyser et de regrouper des données. Il s'agit en général du traitement informatisé de bases de données volumineuses qui ne pourraient plus être générées manuellement. Parfois, les termes «ECD» et «fouille de données» sont cependant utilisés de façon synonyme. Par «fouille de textes», on entend l'analyse correspondante d'informations contenues dans des textes. Les documents à analyser peuvent contenir des textes, mais aussi des tableaux ou des illustrations. Pour pouvoir les analyser de façon informatisée, les programmes doivent convertir tous ces éléments sous forme de texte brut et les sauvegarder dans une base de données textuelles. Par le biais de la fouille de textes et de données, les chercheurs espèrent découvrir des liens entre les informations, insoupçonnés jusqu'à présent et susceptibles de lancer de nouveaux travaux de recherche (p.ex. dans la médecine).

Or la fouille de textes et de données présuppose l'accès à ceux-ci. Les chercheurs soulignent à ce sujet qu'il leur est très difficile d'obtenir l'accès aux publications scientifiques et aux données de la recherche. Aujourd'hui, les éditeurs reconnaissent eux aussi qu'il existe des problèmes dans ce domaine.

Les questions suivantes se posent : Les procédés de fouille de textes et de données constituent-ils une ingérence dans les droits des auteurs? Dans quelle mesure cette ingérence serait-elle admise dans l'optique du droit d'auteur?

On ne peut pas apporter de réponse catégorique à la première question. Guère protégées par le droit d'auteur, les données brutes peuvent être utilisées librement sans autorisation. En revanche, les bases ou les collections de données bénéficient de la protection par le droit d'auteur si elles présentent un caractère individuel en termes de sélection et de disposition des données. Les textes, quant à eux, possèdent un caractère individuel et sont protégés par le droit d'auteur.

La doctrine n'est pas unanime non plus concernant la réponse à donner à la deuxième question. Celle-ci est fonction de deux éléments : d'une part, si les procédés de TDM constituent un acte relevant du droit d'auteur et, d'autre part, si les exploitants de TDM peuvent invoquer une restriction au droit d'auteur ou une autorisation du titulaire des droits.

Il existe plusieurs méthodes de TDM, difficiles à évaluer sous l'angle du droit d'auteur. Certains procédés sont autorisés car ils n'ont aucune incidence sur les droits d'auteur. De nombreuses méthodes TDM créent cependant des copies des documents à analyser et les stockent. Avant l'analyse proprement dite, le chercheur doit mettre au propre les données disponibles (*cleaning*), puis les convertir et les traiter (*transformation*), ce qui est par exemple le cas dans la conversion de données dans un format uniforme et leur structuration dans une nouvelle base de données. La confection de copies (reproduction) et le traitement des données sont deux actes susceptibles de relever du droit d'auteur.

La LDA ne mentionne pas explicitement la recherche scientifique dans ses restrictions au droit d'auteur. Certaines voix de la doctrine postulent l'existence d'une restriction tacite en faveur de l'utilisation d'œuvres à des fins scientifiques et de recherche, mais cet avis ne dispose pas d'une base suffisamment solide. Un chercheur qui fait de la fouille de textes et de données exclusivement pour son projet personnel peut invoquer le champ d'application de l'art. 19, al. 1, let. a (restriction en faveur de l'usage à des fins privées). Mais la recherche actuelle est davantage le fait d'équipes et de coopérations internationales, et non pas de chercheurs individuels. L'art. 19, al. 1, let. c, autorise la reproduction et la mise en circulation d'exemplaires d'œuvres au sein des entreprises à des fins d'information interne ou de documentation. La reproduction intégrale d'exemplaires d'œuvres disponibles dans le commerce et l'adaptation des œuvres ne tombent pas sous le coup de cette restriction. Il en va de même pour l'échange de reproductions en dehors des instituts de recherche, par exemple avec les équipes d'autres entreprises. Dans la recherche, de nombreuses activités ne peuvent pas être rattachées au cadre légal autorisé.

Les chercheurs ont dès lors souvent besoin d'une autorisation spéciale du titulaire des droits pour utiliser des œuvres dans le cadre de leur travail de recherche. Solliciter une licence auprès de chaque titulaire est ressenti comme un obstacle à la recherche engendrant des coûts élevés. Considérant le fait que les scientifiques «fouillent» dans un grand nombre d'œuvres, ils sont contraints de conduire une multitude de négociations pour mener leur entreprise à bien. Les chercheurs déplorent en outre le fait que les conditions de licence des éditeurs sont souvent inappropriées. C'est pourquoi, de leur point de vue, le TDM ne devrait pas être soumis à un système de licences privées. De plus, diverses maisons d'édition excluent l'utilisation de processus TDM dans leurs conditions générales. Quant aux auteurs, aux sociétés de gestion et aux éditeurs, ils continuent de miser sur des solutions de licence individuelles. Les éditeurs font d'ailleurs remarquer qu'ils proposent justement dans le domaine du TDM des solutions novatrices basées sur des licences.

Les milieux scientifiques tentent en partie de résoudre les problèmes par le biais de publications dites en libre accès. Les auteurs rendent leurs œuvres accessibles de telle sorte que n'importe qui puisse y accéder sans obstacle et les utiliser de toute sorte de manière. Cependant, seule la moitié environ de l'ensemble des documents est accessible en libre accès. Pour les chercheurs, les revues spécialisées publiées par les maisons d'édition scientifiques continuent d'être le principal média de publication. Le Conseil fédéral s'est exprimé à maintes reprises sur le thème du libre accès<sup>40</sup>, et dernièrement encore suite à l'interpellation de la conseillère aux Etats

<sup>40</sup> 07.3340 Interpellation Pfister. Accès aux travaux de recherche publique. Open Access; 08.3199 Motion Pfister. Sécurité et libre accès pour les résultats de la recherche.

Géraldine Savary<sup>41</sup>. Dans sa réponse, il a souligné l'importance des livres imprimés et des formes de publication numérique, qui sont le fruit du précieux travail fourni par les maisons d'édition. Elles veillent à une distribution large, mais assurent aussi le niveau de qualité élevé des publications scientifiques, ayant développé une longue expérience dans ce domaine. Concernant le libre accès, il ne s'agit pas de remplacer les maisons d'édition, mais d'introduire des modèles de publication novateurs complémentaires.

Les restrictions inscrites dans la LDA en vigueur ne couvrent les activités de recherche (telle la fouille de textes et de données) que de façon lacunaire. Compte tenu de l'importance que revêt la recherche en Suisse et des nombreuses insécurités liées à ses activités, l'introduction d'une réglementation claire est souhaitable. Elle devrait tenir compte des développements dans la recherche sans léser inutilement les intérêts des auteurs.

### **1.2.7.5 Redevance sur les supports vierges**

En vertu de l'art. 20, al. 3, LDA, les producteurs et importateurs de supports vierges sont tenus de verser une redevance sur chaque support. Celle-ci est reversée aux ayants droit par les sociétés de gestion. L'objectif de cette disposition est d'offrir une rémunération aux auteurs pour les utilisations supplémentaires qui résultent de la reproduction de leurs œuvres à des fins privées autorisée par la loi (art. 19). L'obligation de rémunération vaut donc uniquement pour les supports qui sont principalement destinés à enregistrer des œuvres protégées (CD-Rom, DVD enregistrables, lecteurs MP3, tablettes, etc.). Ainsi, aucune redevance n'est due pour les ordinateurs et les clés USB, en première ligne parce que, de nos jours, ces supports ne sont pas utilisés prioritairement pour stocker des œuvres de tiers protégées. L'ordinateur permet par exemple de régler des tâches quotidiennes, d'écrire des documents ou d'envoyer des courriels. Mais si le comportement des utilisateurs par rapport aux ordinateurs et aux clés USB devait évoluer à l'avenir, ces supports pourraient être inclus dans les tarifs. Une tendance comparable a été observée pour les téléphones portables, dont l'utilisation a peu à peu évolué (parallèlement à la téléphonie à proprement parler) vers le stockage de vidéos et de musique. Aujourd'hui, ils sont soumis au paiement d'une rémunération dans le cadre des tarifs. Pour les médias de stockage numériques, le calcul du montant de la rémunération tient compte du fait qu'une partie de la mémoire est utilisée pour des données non protégées et/ou des œuvres téléchargées par le biais de services à la demande payants (p.ex. iTunes).

Le progrès technologique a changé les habitudes des utilisateurs. Ainsi, le téléchargement est progressivement abandonné au profit d'offres de *streaming* permettant par exemple d'écouter de la musique ou de visionner des films sans les télécharger sur un support vierge. De plus, les services de stockage de données «dans les nuages» (*cloud services*) remplacent toujours plus l'enregistrement sur des supports physiques. Ces tendances sont notamment perceptibles au niveau des redevances perçues sur les supports vierges (en baisse depuis 2008). Afin qu'il soit tenu compte de cette évolution, la motion 14.3293 «Redevance sur les supports vierges» de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national demande la présentation de mesures alternatives au système actuel. Elle ne remet cependant pas en

<sup>41</sup> 14.3215 Interpellation Savary. Les éditeurs menacés par l'Open Access ?

cause le principe même d'une rémunération due en contrepartie de l'autorisation légale de reproduction pour usage privé.

A première vue, l'adaptation du système actuel afin de permettre la rémunération des auteurs pour les offres de *streaming* et pour les *cloud services* semble justifiée. Le fonctionnement du *streaming* implique deux actes relevant du droit d'auteur: le premier est la mise à disposition du public d'œuvres protégées (p.ex. via un service de *streaming*), qui constitue une utilisation au sens de la loi (art. 10, al. 2, let. c) et nécessite l'autorisation de l'ayant droit (licence contractuelle dans le cadre de la gestion individuelle); le second est la copie automatique effectuée dans la mémoire cache de l'ordinateur de l'utilisateur.

Cette remplit les conditions de l'autorisation légale prévues à l'art. 24a: elle est transitoire, constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et son unique finalité est de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite de l'œuvre; elle n'a pas non plus de signification économique indépendante, ce qui parle en défaveur de l'introduction d'une redevance obligatoire.<sup>42</sup> L'utilisation de l'œuvre est libre et la copie confectionnée n'implique pas d'autres utilisations puisqu'elle n'a pas de signification économique propre. Les ayants droit sont entièrement dédommagés par les fournisseurs de *streaming* par le biais des licences. Lorsque l'offre n'est pas proposée sous licence, il convient de recourir aux moyens de lutte contre le piratage.

La seule alternative praticable au système actuel passerait par l'introduction d'une licence légale pour la mise à disposition d'œuvres sur Internet à des fins non commerciales associée à une rémunération forfaitaire (*flatrate*) prélevée auprès des fournisseurs d'accès Internet (FAI), comme pour les producteurs et les importateurs de supports vierges). Bien que théoriquement envisageable, une telle alternative pourrait être critiquée du fait de l'absence de relation directe entre le FAI et l'acte relevant du droit d'auteur (autrement dit la mise à disposition en *streaming*). A l'heure actuelle, ce type d'approche n'est pas une solution viable pour la Suisse (cf. ch. 1.2.2 et 1.2.5).

En ce qui concerne les *cloud services*, l'enregistrement de données (dont des œuvres protégées) sur un serveur distant (de l'opérateur du service) pourrait constituer une utilisation des œuvres à des fins privées (art. 19, al. 1, let. a.) soumise à rémunération, et le serveur pourrait être considéré comme un support vierge. D'un point de vue pratique, il n'est cependant guère envisageable que les opérateurs de *cloud services* versent la rémunération étant donné que l'art. 20, al. 3, n'est pas adapté à eux. En effet, ils ne sont ni les producteurs ni les importateurs de supports vierges. Ils sont toutefois assimilables aux tiers qui mettent à la disposition de leurs clients, pendant la durée du contrat, une possibilité de faire des copies et de la capacité de mémoire afin d'enregistrer des œuvres et des prestations protégées. Ils tombent donc sous le coup de la rémunération obligatoire visée à l'art. 20, al. 2. Dans leur façon de fonctionner, les opérateurs de *cloud services*, ne se distinguent pas de ce qu'on appelle un enregistreur numérique virtuel (*virtual PersonalVideo Recorder*, vPVR). Les vPVR figurent aujourd'hui déjà dans le tarif commun TC 12 des sociétés de gestion. Les opérateurs de *cloud services* en Suisse tombent dès lors sous le champ d'application du droit en vigueur.

<sup>42</sup> Cf. ATF 133 III 473, p. 481 ss, consid. 4.4 et arrêt du 05.06.2014 de la CJUE dans l'affaire C-360/13 Public Relations Consultants Association, CLI:EU:C:2014:1195.

Le système actuel fait toutefois également l'objet de critiques à cause du problème dit du «double paiement». Cette problématique est liée au fait que les œuvres sont de plus en plus stockées sur différents appareils en parallèle (ordinateur, laptop, lecteur MP3, tablette, etc.). Lorsqu'une œuvre est achetée en ligne et enregistrée sur un appareil, aucune rémunération n'est due. L'art. 19, al. 3<sup>bis</sup> est clair sur ce point. La controverse porte aussi sur les modalités du calcul de la rémunération lorsque le fournisseur en question autorise l'enregistrement simultané sur d'autres appareils dans ses conditions d'utilisation. En vertu du droit suisse, ces utilisations sont assimilées à des copies à usage privé soumises à une rémunération de sorte qu'il n'existe aucun espace pour réglementer ces utilisations par le biais de contrats individuels. Il faut toutefois reconnaître que les conditions d'utilisation de fournisseurs internationaux ne respectent souvent pas le droit national d'un pays. Aussi autorisent-elles un certain nombre de copies à des fins privées alors même qu'elles sont réglées dans une loi en Suisse. Le calcul des redevances de licence tient compte de ces autres copies autorisées par les conditions d'utilisation, indépendamment du fait qu'elles aient été compensées ou non par le biais de la redevance sur les supports vierges. Dans ce genre de situation la redevance sur les supports vierges constitue effectivement un double paiement pour ces copies.

Afin d'éviter que les copies privées confectionnées à partir d'œuvres achetées via des plateformes en ligne ne fassent l'objet d'un paiement contractuel et d'une rémunération liée à une licence légale soumise à la gestion collective, le projet propose de limiter la rémunération en vertu de l'art. 20, al. 3, aux cas où les copies privées ne font pas partie du service offert par la plateforme aux internautes. Cette solution présente l'avantage de ne pas remettre en cause le principe même d'un système qui a fait ses preuves. Elle est par ailleurs soutenue par le groupe de travail AGUR12.

#### **1.2.7.6 Instance de recours devant la CAF**

Après que la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins (CAF) eut suggéré un contrôle de la procédure devant la CAF, l'IPI a institué, en 2012, un groupe de travail «CAF, accélération des procédures» composé de représentants des parties aux tarifs. Le groupe de travail s'est entendu sur plusieurs recommandations visant à rationaliser les procédures sans impliquer de modifications de la loi, ainsi que sur une réduction des instances. Malheureusement, il n'est pas parvenu à un consensus à propos du dernier point. Alors que les sociétés de gestion visaient la possibilité d'un recours direct auprès du Tribunal fédéral (TF) contre les décisions de la CAF, les usagers souhaitaient une décision finale du Tribunal administratif fédéral puisque son pouvoir d'examen, contrairement à celui du TF, n'est pas limité aux questions juridiques.

Il convient de privilégier la proposition des usagers. La loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)<sup>43</sup> ne prévoit que des instances supérieures comme instances précédentes directes au TF. Pour ne pas manquer le but visé, à savoir décharger le TF, il est important de ne pas instituer de commissions fédérales comme instances précédentes directes à celui-ci.

#### **1.2.7.7 Extension de la surveillance et contrôle de l'équité**

Après une révision effectuée par le Contrôle fédéral des finances (CDF) en 2014 à l'IPI<sup>44</sup>, la Délégation des finances a souhaité une extension de la surveillance de la

<sup>43</sup> RS 173.110

<sup>44</sup> [http://www.efk.admin.ch/images/stories/efk\\_dokumente/publikationen/andere\\_berichte/](http://www.efk.admin.ch/images/stories/efk_dokumente/publikationen/andere_berichte/)

Confédération à l'ensemble des activités des sociétés de gestion et l'introduction d'un contrôle de l'équité. Jusqu'à présent, l'autorité de surveillance était confrontée à la tâche ardue d'opérer une nette distinction entre gestion collective obligatoire et ce qu'on appelle gestion collective facultative, qui n'est pas soumise à la surveillance de la Confédération. Il est prévu d'étendre cette surveillance à l'ensemble des activités des sociétés de gestion. Cette mesure permet de faire un nouveau pas en direction d'une optimisation de la transparence en matière de gestion. En contrepartie des avantages offerts par une autorisation de l'Etat, les sociétés de gestion devront tolérer une surveillance globale, ce qui permettra également de s'aligner sur les réglementations des pays limitrophes (p.ex. la France, l'Allemagne et l'Autriche). La surveillance ne sera en revanche pas étendue aux procédures dans lesquelles les sociétés de gestion occupent uniquement une fonction d'intermédiaire entre usagers et titulaires de droits. La liberté de ces derniers de négocier des contrats individuels n'est pas remise en cause.

De plus, la compétence d'examen de l'autorité de surveillance ne sera plus limitée à un simple contrôle juridique. Elle aura désormais plein pouvoir d'examen; en d'autres mots, elle contrôlera la gestion également sous l'angle de l'équité. En effet, la CAF contrôle les tarifs dans l'optique des violations de droit, mais aussi dans celle de la proportionnalité. Il n'existe aucune raison valable de traiter différemment les deux autorités de surveillance. De plus, il ressort du rapport de révision du CDF concernant la surveillance des sociétés de gestion des droits d'auteur que le pouvoir d'examen limité à un simple contrôle juridique s'avère insuffisant. L'autorité de surveillance doit toutefois faire preuve de retenue dans son contrôle de l'équité et ne pas remettre inutilement en question les décisions discrétionnaires prises par les sociétés de gestion. Cette pratique s'est imposée dans le droit administratif, notamment dans l'examen judiciaire.

### **1.2.7.8 Taxes de surveillance perçues par l'IPI**

En Suisse, cinq sociétés sont titulaires d'une autorisation pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins. L'IPI en contrôle l'activité et perçoit des taxes sur les décisions en lien avec la surveillance qu'il exerce (art. 13, al. 1, LIPI en relation avec l'annexe Va du règlement du 28 avril 1997 sur les taxes de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, IPI-RT<sup>45</sup>).

Lors de la révision réalisée à l'IPI au mois de février 2014 dans le domaine de la surveillance des sociétés de gestion, le CDF a observé un déséquilibre entre le travail effectivement accompli dans le domaine de la surveillance et les recettes issues des taxes correspondantes, qui trouve son explication dans le fait que l'activité de surveillance ne débouche pas, dans la majorité des cas, sur des décisions soumises à des taxes. Il a pour corollaire des subventions croisées indésirables de l'activité de surveillance par des recettes issues des registres des brevets et des marques. L'introduction d'une taxe de surveillance doit remédier à cet état de fait.

### **1.2.8 Demandes non prises en compte**

Diverses requêtes formulées au cours des travaux préliminaires et examinées par AGUR12 n'ont pas été retenues dans le cadre de la présente révision. Elles appellent les remarques suivantes:

45 Andere%20Berichte%20%2855%29/14326BE\_Bericht\_Publi\_VF.pdf.  
RS 232.148

### *Droit d'auteur contractuel pour les journalistes*

Au sein du groupe de travail AGUR12, aucun accord n'a pu être trouvé concernant la demande d'un droit d'auteur contractuel pour les journalistes, qui figure également dans le postulat Recordon «Vers un droit d'auteur équitable et compatible avec la liberté des internautes»<sup>46</sup>.

L'exigence d'une «garantie de conditions équitables de cession des droits» vise à améliorer la situation des journalistes grâce à une réglementation des contrats d'auteur. Comme en droit allemand, il s'agit de créer une rémunération équitable des journalistes auteurs. Le §32 de la loi allemande sur le droit d'auteur garantit une participation équitable de l'auteur à toute utilisation de son œuvre grâce à la limitation de la liberté contractuelle en sa faveur. Dans la pratique, la réglementation n'est pas applicable car il est extrêmement difficile pour les tribunaux de juger ce qui est équitable ou pas. Pour ce faire, ils se fondent sur l'accord entre les syndicats et les organisations des éditeurs. C'est pourquoi la loi allemande sur le renforcement de la position contractuelle des auteurs et artistes interprètes est critiquée et qualifiée de tigre édenté<sup>47</sup>.

La situation est plus complexe en Suisse puisqu'il n'existe plus de convention collective de travail en Suisse alémanique et au Tessin depuis près de dix ans. Seule la Suisse romande connaît encore une telle réglementation<sup>48</sup>.

AGUR12 a jugé la création d'un droit à rémunération auquel il ne peut être renoncé difficilement praticable. La groupe de travail craignait que les tribunaux aient grande peine à examiner l'équité d'une rémunération convenue avec l'auteur. La cession des droits d'auteur doit continuer à être régie par le principe de la liberté contractuelle appliqué en Suisse et qui a fait ses preuves<sup>49</sup>.

Le projet renonce dès lors à introduire une disposition réglant le droit contractuel d'auteur en faveur des journalistes.

#### *Cessibilité des droits moraux de l'auteur*

Dans le développement de son postulat<sup>50</sup>, Luc Recordon rappelle l'incessibilité des droits moraux, comme le droit de modification.

Selon le droit suisse, le droit d'auteur se compose d'un faisceau de droits partiels distincts qui sont de nature morale ou patrimoniale. Les termes «droit de la personnalité de l'auteur» et «droit moral» désignent différents droits appartenant à l'auteur en raison de sa relation morale et intellectuelle à l'œuvre. Partant du principe qu'il n'est pas possible de se défaire de sa personnalité, il a été décidé que ces droits, indépendamment de la cessibilité des droits d'auteur (art. 16), ne sont pas cessibles. Une partie de la doctrine remet cet avis en question et demande la cessibilité des droits moraux de l'auteur<sup>51</sup>. Dans les considérants d'un arrêt de 2010, le TF s'est cependant exprimé en ce sens que les droits moraux de l'auteur ne peuvent pas être

<sup>46</sup> 12.3326 Postulat Recordon. Vers un droit d'auteur équitable et compatible avec la liberté des internautes.

<sup>47</sup> BRAUN, ILIJAS, «Angemessene Vergütung»: Was der Gesetzgeber für die Urheber getan hat und was er noch tun könnte, [www.irights.info](http://www.irights.info) (site consulté le 03.02.2014).

<sup>48</sup> Cf. <http://www.impressum.ch/impressum-fr/Geld-und-GAV/Vertrag-GAV.html>.

<sup>49</sup> Rapport final AGUR12 du 28 novembre 2013, p. 46 ([https://www.ipi.ch/fileadmin/user\\_upload/Urheberrecht/f/Rapport\\_final\\_AGUR12\\_du\\_28\\_novembre\\_2013\\_F.pdf](https://www.ipi.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/Rapport_final_AGUR12_du_28_novembre_2013_F.pdf)).

<sup>50</sup> 12.3326 Postulat Recordon. Vers un droit d'auteur équitable et compatible avec la liberté des internautes.

<sup>51</sup> Cf. HILTY, RETO M., *Urheberrecht*, Bern 2011, n. marg. 189.

transférés<sup>52</sup>. Les références bibliographiques citées par la Cour suprême présentent les différentes positions. Mais les juges de Mon-Repos n'examinent pas les avis divergents, ni les points de vue cités. De plus, les avis de doctrine qu'ils citent ne sont pas clairs. C'est pourquoi la doctrine qualifie le développement de peu satisfaisant<sup>53</sup>. S'agissant de la non-cessibilité des droits moraux de l'auteur, seule la protection contre l'altération est réglée explicitement (art. 11, al. 2). C'est pourquoi la doctrine récente considère les divers droits moraux de l'auteur séparément et n'admet leur non-cessibilité que sur le fond. Décider de la cessibilité de certains droits moraux de l'auteur répond en outre à un besoin pratique.

Il n'est par conséquent pas possible pour l'instant de répondre à la question de la cessibilité des droits moraux de l'auteur par une approche «toute faite». Il s'agit plutôt de reconnaître qu'il existe des intérêts légitimes d'autoriser la cessibilité de certains aspects des droits moraux de l'auteur et de laisser aux ayants droit le pouvoir de décision concernant leur utilisation<sup>54</sup>.

#### *Autres requêtes*

L'Association des Autrices et Auteurs de Suisse (AdS) réclame avec insistance l'introduction du droit de suite. Une intervention parlementaire demande également que son instauration soit examinée<sup>55</sup>. S'il devait ressortir du rapport en réponse au postulat Luginbühl «Droit de suite pour les artistes suisses» que l'introduction d'un droit de suite est aussi souhaitable pour la Suisse, une proposition correspondante sera incluse, dans la mesure du possible, dans la révision.

D'autres voix proposent une prolongation de la durée de protection des artistes interprètes (art. 39, al. 1), la suppression de l'indemnité maximum pour les tarifs (art. 60, al. 2), l'introduction d'une protection globale des photographies et un droit de publication secondaire obligatoire pour les auteurs scientifiques. Ces requêtes ne sont pas prises en considération dans le cadre de la révision partielle car elles n'ont pas fait l'objet d'un consensus au sein du groupe de travail AGUR12.

La demande de réglementer le *copyfraud* n'a pas été prise en compte non plus. Une œuvre entre dans le domaine public à l'échéance du délai de protection. Mais dans le contexte d'Internet notamment, il est fréquent que des œuvres appartenant au domaine public soient munies d'un © ou d'une autre indication de la soi-disant existence de droits d'auteur dans le but d'imposer des conditions d'utilisation. Cette pratique du *copyfraud* est en fondamentale contradiction avec l'intérêt public d'un accès libre aux œuvres et avec le principe même de limiter dans le temps le droit d'auteur. Il pourrait dès lors être opportun de mener un examen plus approfondi du besoin de réglementation.

Le projet de révision n'intègre pas non plus la volonté d'étendre le droit de citation aux œuvres des beaux-arts et aux photographies. Comme la LDA ne prévoit pas expressément une telle exception, diverses voix de la littérature, se fondant sur une interprétation historique, estiment que la citation d'œuvres des beaux-arts et de photographies n'est pas admise. Le point de vue s'est cependant imposé dans la

52 ATF 4A\_638/2009, consid. 3.3.

53 BIELER, BRIGITTE, Die Übertragung des Urheberrechts in Konstellationen des Arbeits-, Auftrags-, Werkvertrags- und Produzentenverhältnisses sowie in ausgewählten Bereichen des Umstrukturierungsrechts, Diss. Basel, Basel 2014, p. 89.

54 Cf. HILTY, RETO M., Urheberrecht, Bern 2011, n. marg. 187.

55 13.4083 Postulat Luginbühl. Droit de suite pour les artistes suisses.

doctrine plus récente que l'autorisation s'étend à ces œuvres également<sup>56</sup>. Compte tenu de cette situation, une modification législative ne paraît pas nécessaire, d'autant plus que le texte de la loi est clair. De même, la revendication d'ancrer dans la loi la citation intégrale et celle d'étendre le privilège en faveur des catalogues visé à l'art. 26 aux catalogues en ligne et à des médias similaires encore inconnus aujourd'hui ne sont pas prises en considération. La citation intégrale n'est pas expressément mentionnée dans la loi. Personne ne conteste toutefois son admissibilité pour autant que son emploi soit justifié et qu'elle ne compromette pas l'exploitation normale de l'œuvre. La loi sur le droit d'auteur est formulée de manière neutre en termes de technologies. Il est dès lors évident que les nouvelles formes de catalogues sont également couvertes par l'art. 26.

### **1.3 Justification et appréciation de la solution proposée**

Le projet vise la ratification de deux traités de l'OMPI: le Traité de Beijing et le Traité de Marrakech.

«Prendre les mesures nécessaires pour assurer une protection des droits des auteurs appropriée aux nouvelles technologies» constitue un élément essentiel de la modernisation du droit d'auteur<sup>57</sup>, puisqu'elles permettent de poursuivre de façon rigoureuse la voie sur laquelle s'est engagée la Suisse. Le principe de la primauté de la gestion individuelle étant préféré aux solutions collectives (forfait Internet), il est fondamental de continuer à lutter contre le piratage. Pour ce faire, il faut toutefois intervenir au niveau le plus efficace, à savoir celui des hébergeurs et des fournisseurs d'accès à Internet. En vue d'harmoniser la terminologie employée dans les textes légaux, on parle, aussi dans le droit d'auteur, de «fournisseur de services de communication dérivés» pour désigner les hébergeurs et de «fournisseur de services de télécommunication» pour les fournisseurs d'accès. Dans la mesure du possible, il importe que le droit d'auteur ne s'immisce pas dans la sphère privée et qu'il ne criminalise pas les usagers d'Internet. Le Conseil fédéral se rallie dans une large mesure aux recommandations du groupe de travail AGUR12, tout en y apportant sa propre touche par l'adaptation d'autres dispositions aux développements actuels.

## **1.4 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen**

### **1.4.1 Traité de Beijing et Traité de Marrakech**

Depuis les modifications législatives adoptées en 2008, largement inspirées de 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)<sup>58</sup>, le droit suisse est fortement harmonisé avec le droit de l'UE dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. C'est particulièrement vrai pour la protection des artistes inter-

<sup>56</sup> MACCIACCHINI, SANDRO / OERTLI, REINHARD, *Stämpflis Handkommentar*, 2. Aufl., Bern 2012, URG 25, n. marg. 5-8.

<sup>57</sup> Cf. ATF 136 II 508 (Logistep), dans lequel le Tribunal fédéral a observé qu'il appartenait au législateur de prendre les mesures nécessaires pour assurer une protection des droits des auteurs appropriée aux nouvelles technologies.

<sup>58</sup> JOCE L 167 du 22.06.2001, p. 10.

prêtes qui s'applique d'ores et déjà à leurs interprétations ou exécutions, qu'elles soient sonores ou audiovisuelles. Ainsi, la mise en œuvre du Traité de Beijing n'appelle aucune adaptation du droit suisse.

Le Traité de Marrakech facilite l'accès des aveugles, des malvoyants et des personnes présentant d'autres difficultés de lecture aux œuvres protégées par le droit d'auteur. Pour ce qui est des dispositions préexistantes dans ce domaine, une enquête de l'OMPI<sup>59</sup> menée en 2006 recense 57 exceptions spécifiques dans les législations nationales. Pour la plupart, elles permettent de fabriquer des versions adaptées d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. Cette étude montre également que l'éventail des dispositions est très variable suivant le pays. Or cette diversité ne semble pas liée aux besoins des déficients visuels des pays étudiés.

La législation de l'UE ne contient aucune réglementation spécifique. La Directive sur la société de l'information laisse aux pays membres de l'UE la faculté de prévoir certaines exceptions et limitations dans certains cas spécifiques, notamment à l'usage des personnes handicapées. Elle reconnaît cependant que les disparités au niveau des exceptions et des limitations ont une incidence négative directe sur le fonctionnement du marché intérieur dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins.

## 1.4.2 Modernisation du droit d'auteur

En vue d'optimiser l'application des droits, les recommandations du groupe de travail AGUR12 relatives à la lutte contre le piratage misent en priorité sur les fournisseurs. Dans le rapport «Responsabilité civile des fournisseurs», le groupe de travail de l'Office fédéral de justice arrive à la conclusion que les dispositions générales sur la responsabilité constituent une base légale suffisante. Le droit d'auteur constitue une exception. Pour lutter efficacement contre le piratage, il est nécessaire de se doter de réglementations spécifiques. AGUR12 préconise en premier lieu une autorégulation par les fournisseurs de services de communication dérivés<sup>60</sup> (hébergeurs au sens large). Pour des considérations d'ordre juridique, il est indispensable de légiférer dans le cas des fournisseurs qui ne souhaitent pas s'affilier à un organisme d'autorégulation. L'idée est de pouvoir les contraindre à supprimer les contenus portant atteinte au droit d'auteur ou à bloquer l'accès à ces contenus, et à prendre des mesures visant à prévenir la réintroduction immédiate de ces contenus sur les serveurs (ce qu'on appelle un filtrage). La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) s'est penchée deux fois sur la question de l'utilisation de filtres<sup>61</sup>. De son point de vue, l'obligation de mettre en place un système de filtrage est compatible avec le droit de l'UE pour autant qu'elle soit équitable et proportionnée sans être excessivement coûteuse au sens de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (Directive sur le commerce

<sup>59</sup> Etude de l'OMPI sur les limitations et exceptions au droit d'auteur en faveur des déficients visuels établie par Mme Judith Sullivan et présentée en septembre 2006 lors de la 15<sup>e</sup> session du SCCR (document SCCR/15/7), p. 31 ss.

<sup>60</sup> Pour des raisons d'uniformité, la terminologie utilisée pour désigner les différents opérateurs d'Internet se base sur les termes employés dans la loi sur les télécommunications (LTC) et dans le projet de loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT). Par fournisseurs de services de communication dérivés, on entend les services dans le nuage, les services de messagerie, les plateformes de chat, etc.

<sup>61</sup> CJUE du 24.11.2011 dans l'affaire C-70/10, Scarlet/SABAM, ECLI:EU:C:2011:771; CJUE du 16.02.2012 dans l'affaire C-360/10, SABAM/Netlog, ECLI:EU:C:2012:85.

électronique)<sup>62</sup>. Il est interdit d'imposer à un fournisseur de services de communication dérivés une obligation générale de surveillance des informations stockées sur son serveur<sup>63</sup>. La réglementation proposée pour le droit d'auteur suisse respecte ces principes.

Les blocages de contenus sur Internet sont une mesure de dernier recours, lorsqu'il n'est plus possible de sanctionner le fournisseur de services de communication dérivés. En vertu de l'art. 8, al. 3, de la Directive sur la société de l'information<sup>64</sup>, les Etats membre sont tenus de prévoir l'ordonnance sur requête à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin. Si cette réglementation n'impose pas aux Etats membres d'introduire le verrouillage des adresses IP ou de la réponse de «serveurs de noms de domaine» (dit verrouillage des adresses IP ou DNS), ils sont nombreux à avoir mis en œuvre cette obligation sous cette forme<sup>65</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a traité la question de l'utilisation des blocages Internet. Elle s'est montrée critique car ces derniers sont susceptibles d'être incompatibles avec des droits humains fondamentaux. De l'avis de la Cour, ils ne sont pas exclus sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, mais devraient reposer sur une base légale suffisamment précise et être aménagés de sorte à éviter autant que faire se peut le blocage de contenus licites (appelé aussi *overblocking*)<sup>66</sup>. La CJUE a également traité la question du blocage de l'accès à Internet. De son point de vue, il est autorisé à condition de respecter les droits fondamentaux reconnus (notamment la liberté d'entreprise des fournisseurs de services d'accès à Internet et la liberté d'information des usagers d'Internet)<sup>67</sup>. L'ordonnance d'une mesure ne devrait pas contraindre le fournisseur à faire des sacrifices intolérables, notamment du fait qu'il n'est pas le contrevenant. Selon la CJUE, elle est compatible avec le droit de l'UE si elle n'impose pas au fournisseur d'accès les moyens concrets à appliquer, de sorte qu'il puisse décider lui-même de la mise en œuvre des mesures qui correspondent le mieux à ses ressources et à ses possibilités.

L'UE a introduit le droit de prêt (en même temps que le droit de location) avec la Directive 92/100/CEE du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle<sup>68</sup>. Cette directive a ensuite été remplacée par la Directive 2006/115/CE du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (version codifiée)<sup>69</sup>. Jusqu'à présent, 23 Etats membres ont mis en œuvre ces droits. L'introduction du droit de prêt prévue dans la révision permettra, à cet égard, d'adapter la LDA au niveau de protection européen. La réponse à la question de savoir si la directive relative au droit de location et de prêt inclut ce qu'on appelle le «prêt électronique»

<sup>62</sup> JOCE L 178 du 22.06.2001, p. 1.

<sup>63</sup> CJUE dans l'affaire C-70/10 (n. 61), consid. 35; CJUE dans l'affaire 360/10 (n. 61), consid. 33.

<sup>64</sup> Cf. n.58.

<sup>65</sup> Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Grèce, Italie, Pays-Bas, Espagne, Angleterre, Irlande.

<sup>66</sup> Arrêt du 18.12.2012 de la CEDH dans l'affaire 3111/10, Ahmed Yildirim contre la Turquie.

<sup>67</sup> CJUE du 27.03.2014 dans l'affaire C-314/12, UPC Telekabel Wien/Constantin Film Verleih, Wega Filmproduktionsgesellschaft (kino.to), ECLI:EU:C:2014:192.

<sup>68</sup> JOCE L 346 du 27.11.1992, p. 61.

<sup>69</sup> JOCE L 376 du 27.12.2006, p. 28.

d'œuvres demeure incertaine dans l'UE. Le présent rapport clarifie cette question pour la Suisse.

La protection des photographies de presse permet un rapprochement avec la loi allemande sur le droit d'auteur, qui fait la distinction entre œuvres photographiques et photographies. Si les œuvres photographiques sont considérées comme des œuvres au sens du droit d'auteur et bénéficient d'une protection totale, les photographies qui ne présentent aucun caractère individuel ne sont protégées que dans une moindre mesure. La réglementation allemande va toutefois plus loin que la protection des photographies de presse proposée dans le projet de révision puisqu'elle l'étend à toutes les photographies ne présentant pas de caractère individuel.

La nouvelle disposition pour les œuvres orphelines s'inscrit dans la ligne de la Directive 2012/28/UE du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines<sup>70</sup> dans la mesure où elle fixe un cadre juridique permettant l'utilisation de ces œuvres. La directive a cependant comme seul but de faciliter la numérisation de masse et la diffusion d'œuvres orphelines. Son champ de protection est par conséquent réduit. La portée de la disposition proposée est plus large et couvre les œuvres orphelines sans distinction quant au type d'œuvre concernée. Par ailleurs, la nouvelle réglementation s'applique à tout utilisateur, y compris aux personnes privées et aux entreprises, pour autant que les autres conditions soient remplies.

Si l'on jette un regard au-delà des frontières, on s'aperçoit qu'il existe différentes manières d'aborder la restriction en faveur de l'utilisation à des fins scientifiques. La Directive sur la société de l'information<sup>71</sup> de l'UE autorise les Etats membres à prévoir des exceptions lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins non commerciales dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique (art. 5, al. 3, let. a). Jusqu'à présent, les pays de l'UE n'ont pas tous fait usage de cette possibilité. Par exemple, il n'existe pas d'exception générale en faveur de la recherche scientifique en Allemagne, mais diverses parties débattent sur son introduction. L'accord de coalition entre la CDU/CSU et le SPD garantit même l'introduction d'une exception à des fins d'enseignement et à des fins de recherche. Le Royaume-Uni autorise le TDM dans le domaine non commercial par le biais d'exceptions spécifiques. Depuis 2012, des efforts sont engagés en Irlande pour introduire un nouveau paragraphe dans l'*Irish Copyright and Related Rights Act* qui a pour objet l'analyse et la recherche numériques. Au Japon, une clause de dérogation est en vigueur depuis 2011 pour ce qu'on appelle l'analyse d'information. Aux Etats-Unis, le TDM devrait être admissible au titre du *fair use*.

La Directive sur la société de l'information<sup>72</sup> prévoit à son art. 5, al. 2, let. b, une exception au droit d'auteur en faveur de la copie privée à certaines conditions, dont l'obligation de verser aux titulaires de droits une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non-application de mesures techniques aux œuvres concernées. S'agissant des actes couverts par l'exception en faveur de la copie privée, la CJUE a jugé récemment que l'art. 5, al. 2, let. b, ne s'applique pas aux copies privées réalisées à partir d'une source illicite (cf. arrêt du 10 avril 2014 dans l'affaire C-435/12 ACI Adam, ECLI:EU:C:2014:254, consid. 41) et que, partant, le montant de la rémunération ne peut pas tenir compte de ces reproductions. La Cour a

<sup>70</sup> JOCE L 299 du 27.10.2012, p. 5.

<sup>71</sup> Cf. n.58.

<sup>72</sup> Cf. n.58.

considéré que le fait d'admettre que des copies privées puissent être réalisées à partir d'une source illicite encouragerait la circulation d'œuvres piratées et diminuerait ainsi le volume des ventes légales d'œuvres protégées de sorte qu'il serait porté atteinte à l'exploitation normale de celles-ci (consid. 39). Si, dans l'absolu, cette argumentation ne saurait être remise en cause, d'un point de vue pragmatique, le résultat n'est pas satisfaisant. En effet, la Cour rejette une indemnisation pour les copies privées à partir de sources illicites au motif qu'elles devraient être combattues, mais refuse de prendre en considération le fait qu'il n'existe pas, à ce jour, de mesures techniques permettant d'empêcher efficacement la réalisation de telles copies. En laissant cet aspect de côté, la Cour rend une décision peu pragmatique qui ne tient pas suffisamment compte de la réalité et des intérêts légitimes des ayants droit.

Le système en vigueur en Suisse prévoit une rémunération pour toute reproduction d'œuvres protégées réalisée à des fins privées en vertu de l'autorisation légale. Le législateur a constaté en 2006 déjà<sup>73</sup> que lorsqu'une œuvre est utilisée dans un cercle de personnes étroitement liées, faire une distinction entre source légale et source illégale s'avérerait difficile. Ce constat étant toujours valable et le système ayant fait ses preuves, il est proposé de le maintenir. Simple et pratique, il offre, d'une part, une grande liberté d'action aux internautes et garantit, d'autre part, aux ayants droit une rémunération pour la reproduction de leurs œuvres. Etant donné que cette réglementation ne s'applique qu'à des cas spéciaux et qu'elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, le système en vigueur est compatible avec les engagements internationaux de la Suisse.

S'agissant de la forme, des modalités et du niveau éventuel d'une compensation équitable, la Directive sur la société de l'information<sup>74</sup> indique qu'il convient de tenir compte des circonstances propres à chaque cas, notamment au regard du préjudice potentiel subi en raison de l'acte commis. Dans le cas où les titulaires de droits auraient déjà reçu «un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence», la directive prévoit qu'un paiement séparé pourrait ne pas être dû (consid. 35). Tel pourrait être le cas lors d'un achat effectué sur une plateforme en ligne comme iTunes.

Considérant le fait qu'en Suisse le téléchargement d'une offre illégale par des usagers Internet est soumis à la restriction en faveur de l'utilisation à des fins privées (art. 19, al. 1, let. a), l'écart entre la législation suisse et le droit de l'UE demeure significatif. La CJUE a statué que le cadre juridique de l'UE n'admet pas une telle solution<sup>75</sup>. Dans son arrêt, elle se fonde sur des considérations de principe et dispose expressément que l'absence de mesure technique applicable pour lutter contre la confection de copies privées illicites ne permet pas de remettre en question ses conclusions. L'approche suisse, quant à elle, est de nature pragmatique. Elle reconnaît qu'un titulaire ne peut faire valoir ses droits que dans la mesure où il peut les exercer. Compte tenu du volume de données disponibles sur Internet, une application effective des droits contre chaque contrevenant est quasi impossible. Il suffit de penser à l'exemple de YouTube. Comme mentionné au ch. 0, les utilisateurs de YouTube chargent chaque minute 300 heures de matériel vidéo, ce qui correspond à un

<sup>73</sup> FF 2006 3302.

<sup>74</sup> Cf. n.58.

<sup>75</sup> CJUE du 10.04.2014 dans l'affaire C-435/12, ACI Adam u.a., ECLI:EU:C:2014:254.

énorme volume de données<sup>76</sup>. Pour savoir si le matériel vidéo chargé porte atteinte aux droits d'auteur, il faudrait que celui-ci soit passé au peigne fin. Il est facile de réaliser qu'au vu de la quantité de données il n'est guère possible, pour le titulaire des droits, de procéder à l'examen détaillé du matériel sous l'angle des violations du droit d'auteur. Il ne faut en outre pas perdre de vue le fait que YouTube n'est qu'un exemple parmi d'autres. Pour que les auteurs puissent exercer leurs droits, des mesures techniques s'avèrent par conséquent indispensables.

## 1.5 Mise en œuvre

Assurer une protection des droits des auteurs appropriée aux nouvelles technologies constitue un élément essentiel de la modernisation du droit d'auteur. Le projet donne la priorité à la gestion individuelle, qui ne peut toutefois fonctionner que si le piratage est combattu efficacement. C'est pourquoi la révision législative prévoit une lutte simple et effective contre le piratage qui passe principalement par les fournisseurs de services de télécommunication et les fournisseurs de services de communication dérivés, qui sont les mieux placés. Par rapport aux fournisseurs de services de télécommunication, les fournisseurs de services de communication dérivés (hébergeurs au sens large) sont plus proches des contenus. C'est pourquoi leur concours est requis en premier lieu. Les fournisseurs de services de télécommunication (fournisseurs d'accès) doivent intervenir par le biais de blocages d'accès dans les cas où lutter directement contre les modèles commerciaux fondés sur les violations du droit d'auteur s'avère impossible du fait que l'exploitant parvient à rester hors d'atteinte grâce à un choix judicieux de son implantation ou par le recours à un brouillage technique.

La lutte contre le piratage ne doit pas passer par la criminalisation des utilisateurs d'Internet. La procédure civile à l'encontre d'usagers de réseaux pair à pair relève aujourd'hui de l'exception. Le droit ne prévoit pas d'action civile contre inconnu. Actuellement, la seule possibilité permettant d'identifier un usager par le biais de l'adresse IP est la voie pénale,<sup>77</sup> sur plainte de l'auteur. La solution préconisée devrait améliorer la situation puisque l'auteur pourra exiger du juge que les fournisseurs de services de télécommunication identifient les usagers de réseaux pair à pair qui portent gravement atteinte aux droits d'auteur (art. 62a, al. 2, let. a, ch. 1) et qui ne sont pas disposés, même après avoir reçu des messages d'information, à changer de comportement. L'introduction d'une action civile contre les usagers de réseaux pair à pair permet de faire l'économie d'une procédure pénale tout en évitant de criminaliser les utilisateurs.

Parmi les autres recommandations d'AGUR12 figurent la restriction en faveur des inventaires, l'actualisation de l'obligation de renseigner des utilisateurs d'œuvres à l'égard des sociétés de gestion et la possibilité pour ces dernières de traiter les données. D'autres adaptations sont proposées en parallèle dans de nombreux autres domaines: droit de prêt, protection des photographes de presse, restriction en faveur de la recherche et extension de la restriction en faveur des œuvres orphelines.

<sup>76</sup> Selon les propres indications de YouTube (<http://www.youtube.com/yt/press/statistics.html>).

<sup>77</sup> Cf. ATF 136 II 508 (Logistep).

## 1.6 Classement d'interventions parlementaires

Le projet permet de classer les interventions parlementaires suivantes:

Le postulat Savary du 12 mai 2010 (10.3263 *La Suisse a-t-elle besoin d'une loi contre le téléchargement illégal de musique ?*) demande un examen de la situation des artistes. AGUR12 a reconnu le besoin d'agir dans ce domaine. Les modifications proposées visent une amélioration des conditions en faveur des artistes.

Le postulat Recordon du 9 mai 2012 (12.3326 *Vers un droit d'auteur équitable et compatible avec la liberté des internautes*) requiert l'examen d'une adaptation du système proposant un juste équilibre entre les intérêts des artistes et ceux de la communauté Internet. Les travaux d'AGUR12 ont montré que le libre échange des contenus représente un enjeu majeur uniquement pour une minorité des usagers d'Internet. L'idée d'un changement de système dans ce sens est dès lors abandonnée. Il est ressorti que la question de la surveillance des internautes revêtait une importance bien plus grande et qu'elle devait être aussi limitée que possible.

Le postulat Glättli du 16 mai 2012 (12.3173 *Pour une juste indemnisation des artistes dans le respect de la sphère privée des usagers d'Internet*) poursuit le même objectif que le postulat Recordon. Considérant les raisons précitées, une mise en œuvre de cette requête n'est pas appropriée pour l'heure.

La motion Fluri du 28 août 2013 (13.3583 *Prêt des œuvres. Pour une juste rémunération des auteurs*) exige l'introduction d'un droit de prêt. Les modifications proposées de la loi contiennent une proposition correspondante.

La motion de la Commission de l'économie et des redevances du 6 juin 2014 (14.3293 *Redevance sur les supports vierges*) charge le Conseil fédéral de soumettre des alternatives au système de la redevance sur les supports vierges. AGUR12 s'est prononcé contre un changement de système. Il est ressorti d'une analyse approfondie qu'un changement s'avérerait inapproprié.

Le postulat Bieri du 11 décembre 2014 (14.4150 *Révision de la loi sur le droit d'auteur. Inscription d'un droit de prêt*) vise aussi l'obtention de l'introduction d'un droit de prêt. Les modifications proposées dans le présent rapport tiennent compte de cette demande.

## 2 Commentaire des dispositions

### 2.1 Traité de Beijing

#### *Préambule*

Le Traité de Beijing relève l'impact considérable des technologies de l'information et de la communication sur la production et l'utilisation des interprétations ou exécutions audiovisuelles, tout en soulignant la nécessité d'adapter les règles internationales à cette évolution. Il reconnaît également la nécessité de maintenir un équilibre entre les intérêts des artistes interprètes ou exécutants et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information.

#### *Art. 1 Rapport avec d'autres conventions et traités*

Malgré ses liens étroits avec le WPPT, le Traité de Beijing est un traité international indépendant. Il ne constitue pas un arrangement particulier au sens de l'art. 20 de la

Convention de Berne. Il ne déroge pas aux obligations découlant du WPPT ou de la Convention de Rome et s'applique sans préjudice des droits et obligations découlant de tout autre traité. Ainsi, les *Déclarations communes concernant les art. 1 et 1.3* spécifient qu'aucune disposition du traité n'affecte les droits ou obligations découlant du WPPT ou de l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC)<sup>78</sup>, ni ne crée d'obligation de ratifier ou d'adhérer au WPPT. Le traité n'affecte par ailleurs en aucune façon la protection des auteurs.

#### Art. 2 *Définitions*

La définition des «artistes interprètes ou exécutants» reprend à l'identique la définition figurant à l'art. 2, let. a, WPPT. La *Déclaration commune concernant l'art. 2.a*) vise en particulier les œuvres improvisées. Elle clarifie que la définition englobe également les personnes qui interprètent ou exécutent une œuvre artistique ou littéraire créée ou fixée pour la première fois au cours d'une interprétation ou d'une exécution.

La «fixation audiovisuelle» est définie comme «l'incorporation d'une séquence animée d'images, accompagnée ou non de sons ou des représentations de ceux-ci, dans un support qui permette de la percevoir, de la reproduire ou de la communiquer à l'aide d'un dispositif». Cette définition s'inspire de celle du terme «fixation» de l'art. 2, let. c, WPPT et y inclut les éléments visuels. Comme le confirme la *Déclaration commune concernant l'art. 2.b*), elle n'affecte pas celle de la notion de «fixation» du WPPT.

Les notions de «radiodiffusion» et de «communication au public» sont définies en adaptant les formulations retenues à l'art. 2 WPPT et à l'art. 3 de la Convention de Rome de manière à englober les images seules. Avec ces définitions, les Etats contractants assurent une égalité de traitement aux artistes interprètes ou exécutants pour leurs prestations visuelles, sonores ou audiovisuelles.

#### Art. 3 *Bénéficiaires de la protection*

La protection prévue par le traité s'applique en premier lieu aux artistes interprètes ou exécutants qui sont ressortissants d'un Etat contractant. Par ailleurs, l'*al. 2* stipule que la résidence habituelle est assimilée à la nationalité. Le traité s'applique donc également aux artistes interprètes ou exécutants qui, sans être ressortissants d'un Etat contractant, y ont leur résidence habituelle.

#### Art. 4 *Traitement national*

Aux termes de l'*al. 1*, le traitement national s'applique uniquement en ce qui concerne les droits exclusifs énoncés expressément dans le traité et le droit à rémunération équitable prévu à l'art. 11. Il ne s'étend donc pas aux droits additionnels que pourraient accorder les législateurs nationaux. Le droit de percevoir des redevances ou une rémunération équitable mentionné à l'art. 12, al. 3, constitue un tel droit additionnel et n'est donc pas soumis au principe du traitement national (contrairement au droit à rémunération équitable visé par l'art. 11, al. 2)<sup>79</sup>. Une partie contrac-

<sup>78</sup> RS 0.632.20

<sup>79</sup> Voir aussi le commentaire de l'art. 12, al. 3, BTAP plus bas dans le texte.

tante prévoyant un tel droit à rémunération au niveau national (en tant que droit additionnel) n'est donc pas tenue d'en faire bénéficier les ressortissants des autres parties contractantes.

L'*al.* 2 permet aux Etats contractants de limiter la portée et la durée de la protection du droit de radiodiffusion et de communication au public qu'elles accordent aux ressortissants d'une autre partie contractante aux droits dont jouissent à ce titre ses propres ressortissants dans cette autre partie (principe de réciprocité). En conséquence, une partie contractante prévoyant un droit exclusif (art. 11, al. 1) peut n'accorder qu'un droit à rémunération équitable aux ressortissants d'une autre partie contractante ayant opté pour un tel droit en lieu et place du droit exclusif (en vertu de l'art. 11, al. 2). Une partie contractante garantissant un droit à rémunération équitable est cependant tenue d'accorder ce droit aux ressortissants d'une autre partie, que cette dernière ait opté elle-même pour un droit à rémunération (art. 11, al. 2) ou pour un droit exclusif d'autorisation (art. 11, al. 1)<sup>80</sup>.

Pour finir, une partie contractante n'est pas non plus tenue d'appliquer le principe du traitement national en ce qui concerne le droit de radiodiffusion et de communication au public à l'égard d'une partie ayant fait une réserve en vertu de l'art. 11, al. 3, ou dans la mesure où elle a elle-même fait une telle réserve (*al.* 3).

#### *Art. 5                    Droit moral*

Les droits moraux conférés par le Traité de Beijing concernant les interprétations ou exécutions vivantes et les interprétations ou exécutions fixées sur fixations audiovisuelles correspondent *mutatis mutandis* à ceux énoncés dans le WPPT s'agissant des interprétations ou exécutions sonores vivantes et des interprétations et exécutions fixées sur phonogrammes. L'*al.* 1 confère ainsi aux artistes interprètes ou exécutants le droit d'être mentionnés comme tels et le droit à l'intégrité de leurs interprétations ou exécutions. Ils conservent ces droits moraux même s'ils ont cédé leurs droits économiques.

L'*al.* 2 a pour but la coordination de la durée de protection des droits patrimoniaux et de celle des droits moraux. L'*al.* 3 stipule que les moyens de recours pour sauvegarder les droits moraux reconnus par l'*art.* 5 sont réglés par la législation de l'Etat où la protection est réclamée.

La *Déclaration commune concernant l'art. 5* clarifie que les modifications effectuées dans le cadre de l'usage autorisé par l'artiste interprète ou exécutant qui relèvent de l'exploitation normale d'une interprétation ou exécution en constituent pas en soi une modification au sens de l'*art.* 5, *al.* 1, *ch. ii*. Il en va de même pour les modifications liées au recours à de nouvelles techniques ou de nouveaux supports.

#### *Art. 6                    Droit patrimoniaux des artistes interprètes ou exécutants sur leurs interprétations ou exécutions non fixées*

Reprenant la formulation utilisée à l'art. 6 WPPT, cet article confère aux artistes interprètes ou exécutants des droits patrimoniaux sur leurs interprétations ou exécutions non fixées. La protection s'étend tant aux prestations visuelles ou sonores qu'aux prestations audiovisuelles, ainsi qu'à leurs représentations.

<sup>80</sup> BREM, ERNST, Der WIPO-Vertrag von Peking zum Schutz audiovisueller Darbietungen vom 24. Juni 2012 (BTAP) und die Schweiz, dans: *medialex* n°1/13, Berne, p. 10.

*Art. 7 Droit de reproduction*

Cet article confère aux artistes interprètes ou exécutants le droit exclusif de reproduction tant directe qu'indirecte sur leurs interprétations ou exécutions fixées sur fixations audiovisuelles. La formulation reprend par analogie celle de l'art. 7 WPPT. La *Déclaration commune concernant l'art. 7* clarifie que le droit de reproduction s'applique pleinement dans l'environnement numérique. 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 acte de reproduction au sens de cet article.

*Art. 8 Droit de distribution*

Cet article confère aux artistes interprètes ou exécutants le droit exclusif de distribution sur les copies qui peuvent être mises en circulation en tant qu'objets tangibles (cf. *Déclaration commune concernant les art. 8 et 9*). La réglementation de la question de l'épuisement du droit ressort aux Etats contractants.

*Art. 9 Droit de location*

Cette disposition confère aux artistes interprètes ou exécutants le droit exclusif de location sur l'original et les copies des fixations audiovisuelles de leurs interprétations ou exécutions qui peuvent être mises en circulation en tant qu'objets tangibles (cf. *Déclaration commune concernant les art. 8 et 9*). Ce droit se définit en fonction de la législation nationale des Etats contractants et s'applique à la location commerciale au public et ce, même si les originaux ou les copies des fixations audiovisuelles ont été distribués par les artistes ou avec leur consentement.

Par ailleurs, la portée de ce droit est limitée par l'*al. 2*, qui n'oblige les Etats contractants à accorder ce droit exclusif de location que dans la mesure où la location commerciale résulte en un nombre élevé de copies qui rende obsolète le droit de reproduction des artistes interprètes ou exécutants.

*Art. 10 Droit de mettre à disposition des interprétations ou exécutions fixées*

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 du traité. L'article couvre en particulier les services à la demande.

*Art. 11 Droit de radiodiffusion et de communication au public*

L'*al. 1* confère aux artistes interprètes ou exécutants le droit exclusif d'autorisation pour la diffusion et la communication au public des interprétations ou exécutions fixées. Aux termes de l'*al. 2*, les Etats contractants peuvent cependant formuler une réserve permettant de prévoir pour ce type d'utilisations un droit à rémunération équitable à la place du droit d'autorisation. Une telle réserve doit être notifiée au directeur général de l'OMPI.

Selon l'*al. 3*, chaque Etat contractant peut également formuler une réserve visant à limiter ou à exclure l'application du droit d'autorisation ou du droit à rémunération équitable mentionnés aux *al. 1 et 2*.

## Art. 12 *Cession des droits*

En 2000, l'incapacité des parties à s'entendre sur la question de la cession des droits avait conduit à l'échec de la conférence diplomatique. Cette disposition était ainsi au cœur des négociations à Beijing. La formulation retenue préserve la liberté contractuelle de l'artiste interprète ou exécutant tout en permettant aux Etats contractants de légiférer sur cette question.

Ainsi, l'al. 1 permet aux Etats contractants de prévoir une présomption légale selon laquelle la fixation audiovisuelle d'une interprétation ou exécution, effectuée avec le consentement de l'artiste interprète ou exécutant, implique que les droits exclusifs d'autorisation prévus aux art. 7 à 11 du traité sont détenus ou exercés par le producteur ou cédés à celui-ci. Cette présomption peut être renversée par contrat aux conditions prévues par la législation nationale. Celle-ci peut également prescrire la forme écrite pour de tels contrats pour autant qu'ils concernent des fixations audiovisuelles réalisées conformément à la législation nationale (al. 2). L'obligation portant sur la forme écrite ne peut ainsi pas être appliquée à des fixations réalisées conformément à un ordre juridique étranger.

L'al. 3 clarifie que la législation nationale ou tout contrat, qu'il soit individuel ou collectif, peut prévoir un droit de percevoir des redevances ou une rémunération équitable et ce, pour toute utilisation de l'interprétation ou exécution et indépendamment de toute cession des droits conformément à l'al. 1. Un tel droit à une rémunération équitable a été établi pour la première fois par la Directive 92/100/CEE (art. 4)<sup>81</sup> dans le but de renforcer la position des artistes interprètes (et des auteurs) et de leur permettre d'obtenir une rémunération équitable<sup>82</sup>, par exemple lors de la négociation de contrats concernant la production d'un film. L'al. 3 clarifie que de telles réglementations restent possibles et relèvent de la compétence des Etats contractants. Partageant le souci d'assurer une rémunération équitable aux artistes interprètes (et aux auteurs), la LDA indique à son art. 49, al. 3, que le produit de la gestion doit être réparti entre le titulaire originaire et les autres ayants droit de telle manière qu'une part équitable revienne en règle générale à l'artiste interprète (ou à l'auteur).

Il convient de relever que le droit de percevoir des redevances ou une rémunération équitable mentionné à l'al. 3 ne fait pas partie des droits expressément reconnus par le traité (art. 6 à 11) et qu'il se distingue donc à cet égard du droit à rémunération équitable qu'une partie contractante peut prévoir en lieu et place du droit exclusif d'autoriser la radiodiffusion et la communication au public (art. 11, al. 2). Dès lors, le droit à rémunération visé à l'art. 12, al. 3, échappe à l'application du principe du traitement national (cf. art. 4, al. 1).

## Art. 13 *Limitations et exceptions*

Se calquant sur la disposition correspondante du WPPT (art. 16), cet article exige que les limitations et exceptions prévues par les Etats contractants soient conformes au test des trois étapes. Elles sont ainsi autorisées si elles se restreignent à certains

<sup>81</sup> Directive 92/100/CEE relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle. Le droit à une rémunération équitable figure aujourd'hui à l'art. 5 de la Directive 2006/115/CE, qui a remplacé la Directive 92/100/CEE.

<sup>82</sup> VON LEWINSKI, SILKE, *The WIPO Treaties on Copyright, A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*, 2<sup>e</sup> édition, Oxford 2015, art. 12 BTAP, n. 9.12.38.

cas spéciaux, si elles ne compromettent pas l'exploitation normale d'une interprétation ou exécution et si elles ne causent pas de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'artiste interprète ou exécutant.

Le test des trois étapes est fixé par l'art. 9, al. 2, de la Convention de Berne et repris à l'art. 13 de l'Accord sur les ADPIC<sup>83</sup>, où il a valeur de règle générale pour toutes les limitations et exceptions.

La *Déclaration commune concernant l'art. 13* renvoie à la déclaration commune concernant l'art. 10 WCT. Elle prévoit que cette dernière, qui précise que les limitations et exceptions prévues conformément à la Convention de Berne demeurent inchangées puisque le test des trois étapes y figure implicitement, est applicable au présent article par analogie. De surcroît, le test des trois étapes est pleinement applicable dans l'environnement numérique.

#### *Art. 14 Durée de la protection*

Cette disposition prescrit une durée de protection minimale de 50 ans à compter de la fixation de l'interprétation ou exécution audiovisuelle. Le WPPT prévoit une durée de protection minimale analogue.

#### *Art. 15 Obligations relatives aux mesures techniques*

Cette disposition oblige les Etats contractants à prévoir une protection juridique appropriée contre le contournement de mesures techniques efficaces. Le but est de donner aux artistes interprètes ou exécutants les moyens de se protéger efficacement contre le piratage. Le recours à des mesures techniques n'est cependant pas obligatoire.

Cette disposition et ses déclarations communes correspondent *mutatis mutandis* aux art. 11 WCT et 18 WPPT. Seules les mesures techniques efficaces sont protégées contre le contournement. Sont ainsi visées uniquement les mesures techniques offrant 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 traité, 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.

La *Déclaration commune concernant l'art. 15 en rapport avec l'art. 13* précise que les mesures techniques ne doivent pas entraver la faculté d'un bénéficiaire de jouir des limitations et exceptions prévues par la législation nationale conformément à l'art. 13. La référence aux «mesures efficaces et nécessaires» indique un moyen permettant aux Etats contractants d'assurer cet objectif sans qu'aucune procédure ni autorité administrative ou judiciaire ne soit requise. Ceci a été souligné lors de la conférence diplomatique de Beijing notamment par la Suisse dans sa déclaration

interprétative<sup>84</sup>. La déclaration commune rappelle par ailleurs que les obligations relatives aux mesures techniques ne s'appliquent pas aux interprétations ou exécutions qui ne sont pas ou plus protégées en vertu de la législation nationale.

La *Déclaration commune concernant l'art. 15* relève que l'expression «mesures techniques qui sont mises en œuvre par les artistes interprètes ou exécutants» doit être interprétée au sens large et inclut les personnes qui agissent au nom des artistes interprètes ou exécutants.

#### *Art. 16 Obligations relatives à l'information sur le régime des droits*

Cette disposition oblige les Etats contractants à prévoir des sanctions matérielles suffisantes et des procédures d'application des droits permettant de protéger les informations électroniques sur le régime des droits. L'*al. 2* spécifie le type d'informations visées: celles-ci incluent les informations permettant d'identifier l'artiste interprète ou exécutant, l'interprétation ou exécution ou le titulaire de tout droit sur celle-ci, mais aussi les informations sur les conditions et modalités d'utilisation, ainsi que tout numéro ou code représentant ces informations. Ces éléments doivent être joints à la fixation audiovisuelle d'une interprétation ou exécution. Les Etats contractants sont libres de protéger d'autres informations.

Calqué sur l'art. 12 WCT, l'al. 1 définit les actes pour lesquels les Etats contractants doivent prévoir des sanctions juridiques appropriées et efficaces. Il s'agit, d'une part, de la suppression ou modification non autorisée d'informations électroniques et, d'autre part, de la distribution, importation aux fins de distribution, radiodiffusion ou communication au public ou mise à sa disposition non autorisée en connaissance de la suppression ou de la modification préalable non autorisée d'informations électroniques.

La *Déclaration commune concernant l'art. 16* renvoie à la déclaration commune concernant l'art. 12 WCT et prévoit que cette dernière est applicable au présent article par analogie. Ainsi, cette déclaration précise que l'*art. 16 ne doit empêcher* ni le libre mouvement des marchandises, ni l'exercice des droits reconnus par le Traité de Beijing.

#### *Art. 17 Formalités*

A l'instar de l'art. 20 WPPT, cette disposition précise que la jouissance et l'exercice des droits prévus dans le Traité de Beijing ne sont subordonnés à aucune formalité.

#### *Art. 18 Réserves et notifications*

A l'exception des réserves expressément autorisées par les *art. 11, al. 2 et 3*, et *19, al. 2*, aucune autre réserve au traité n'est admise.

<sup>84</sup> La Suisse a fait la déclaration suivante: «It is Switzerland's understanding that Art. 15 with its agreed statement corresponds mutatis mutandis to those in the WCT and the WPPT. The reference in the agreed statement to «effective and necessary measures» indicates a way by which undue barriers to the enjoyment of limitations and exceptions may be avoided. It does not create an obligation either to provide for specific proceedings or to establish an administrative or judicial body prior to the enjoyment of exceptions and limitations.»

*Art. 19 Application dans le temps*

Aux termes de l'*al. 1*, chaque partie est tenue d'appliquer le traité aux interprétations ou exécutions fixées existant à l'entrée en vigueur du traité à son égard, ainsi qu'à toute interprétation ou exécution qui a lieu après ce moment. Par contre, l'*al. 3* spécifie que le traité est sans préjudice de tout acte accompli, tout accord conclu ou tout droit acquis avant l'entrée en vigueur du traité à l'égard de chaque Partie.

L'*al. 2* prévoit une disposition spéciale permettant à chaque partie contractante de limiter l'application des art. 7 à 11 s'agissant des interprétations ou exécutions fixées qui existaient à l'entrée en vigueur du traité à son égard. Suivant le principe de réciprocité, les autres parties peuvent prévoir à l'égard de cette partie une limitation équivalente des droits concernés.

L'*al. 3* permet par ailleurs à chaque Etat contractant de prévoir des dispositions transitoires concernant l'application des droits prévus aux *art. 5 et 7 à 11* par rapport à une interprétation ou exécution qui avait fait l'objet d'actes licites avant l'entrée en vigueur du traité à son égard.

*Art. 20 Dispositions relatives à la sanction des droits*

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

*Art. 21 à 24 Dispositions institutionnelles*

Aucune remarque.

*Art. 25 Signature du traité*

Le Traité de Beijing était ouvert à la signature pendant un an après son adoption. 71 Etats et l'UE l'ont signé dans ce délai. La Suisse l'a signé le 26 juin 2012 à l'issue de la Conférence diplomatique sur la protection des interprétations et exécutions audiovisuelles.

*Art. 26 Entrée en vigueur du traité*

Le Traité de Beijing entrera en vigueur trois mois après que 30 parties auront déposé leur instrument de ratification ou d'adhésion. A ce jour, dix Etats<sup>85</sup> ont déposé leur instrument de ratification ou d'adhésion.

*Art. 27 à 30 Dispositions finales*

Aucune remarque.

<sup>85</sup> Le Botswana, le Chili, la Chine, les Emirats arabes unis, le Japon, la Moldavie, le Qatar, la Russie, la Slovaquie et la Syrie.

## 2.2 Traité de Marrakech

### *Préambule*

Le traité relève en particulier la nécessité d'augmenter le nombre d'œuvres dans des formats accessibles et d'améliorer leur circulation transfrontière. Il constate que la plupart des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés vivent dans les pays en développement et les pays les moins avancés. Il réaffirme par ailleurs les obligations incombant aux Etats contractants en vertu des traités internationaux en matière de droit d'auteur, de même que l'importance et la souplesse du test des trois étapes applicable aux limitations et exceptions (art. 9, al. 2, Convention de Berne).

### *Art. 1 Rapport avec d'autres conventions et traités*

Malgré la référence expresse du préambule à divers accords internationaux (comme la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées et la Convention de Berne), le Traité de Marrakech se veut un traité international indépendant qui ne déroge pas aux droits et aux obligations découlant de tout autre traité. Il ne crée aucune obligation de ratifier un traité existant ou d'y adhérer.

### *Art. 2 Définitions*

Le terme «œuvres» est défini par référence à la définition énoncée à l'art. 2, al. 1, de la Convention de Berne. Aux fins du traité, celle-ci est limitée aux œuvres sous la forme de texte, de notations ou d'illustrations y relatives qui sont publiées ou mises d'une autre manière à la disposition du public sur quelque support que ce soit. Le champ d'application du traité ne couvre par conséquent pas l'ensemble des catégories d'œuvres protégées au titre de la Convention de Berne. En sont exclues en particulier les œuvres audiovisuelles telles que les films et la musique. La formulation «sur quelque support que ce soit» souligne le fait que, contrairement à la forme de l'œuvre, le support utilisé n'est pas déterminant dans ce contexte. La *Déclaration commune concernant l'art. 2.a)* indique expressément que les livres en format audio tels que les livres sonores sont couverts par la définition. Elle illustre l'attention particulière accordée à ce format lors des négociations.

La définition de l'«exemplaire en format accessible» s'oriente à la finalité du format utilisé. Celui-ci doit permettre aux personnes bénéficiaires d'accéder à l'œuvre aussi aisément et librement qu'une personne sans handicap visuel. La définition englobe ainsi aussi bien la translittération d'œuvres en braille que leur présentation sous toute autre version adaptée.

L'«entité autorisée» est une entité autorisée ou reconnue par le gouvernement pour offrir aux bénéficiaires du traité, à titre non lucratif, des services en matière d'enseignement, de formation pédagogique, de lecture adaptée ou d'accès à l'information. Sans être bénéficiaires du traité, les entités autorisées sont incluses dans le champ d'application *ratione personae*. Elles constituent en quelque sorte des intermédiaires agissant pour les bénéficiaires (tels que définis à l'art. 3). L'obligation qui leur est faite de définir et de suivre leurs propres pratiques dans l'exercice de leurs fonctions et de faire preuve de la diligence requise dans leur gestion des exemplaires d'œuvres (art. 2, let. c, ch. iv) a pour but principal d'assurer que les exemplaires en format accessible produits, distribués et mis à disposition en

vertu du traité, ne soient pas détournés de leur finalité et ne viennent pas concurrencer le marché des œuvres publiées.

*Art. 3 Personnes bénéficiaires*

Le cercle des personnes bénéficiaires a été défini par rapport à leur difficulté à lire des textes imprimés. Il englobe aussi bien les personnes aveugles (let. a), les personnes qui sont atteintes d'une déficience visuelle qui ne peut être réduite de manière suffisante pour qu'elles puissent lire dans la même mesure qu'une personne sans un tel handicap (let. b) et les personnes atteintes d'un handicap physique qui les empêche de tenir ou de manipuler un livre ou encore de maîtriser leurs yeux de manière à pouvoir lire (let. c).

La *Déclaration commune concernant l'art. 3.b* clarifie qu'une personne atteinte d'une déficience visuelle sera considérée comme personne bénéficiaire au titre du traité et ce, même si elle n'a pas essayé toutes les méthodes de diagnostic et tous les traitements médicaux possibles pour tenter de rendre sa fonction visuelle sensiblement équivalente à celle d'une personne non atteinte de cette déficience.

*Art. 4 Limitations et exceptions relatives aux exemplaires en format accessible prévues dans la législation nationale*

L'al. 1 oblige les Etats contractants à prévoir dans leur législation nationale un certain nombre de restrictions minimales dans le but de faciliter la mise à disposition des œuvres en format accessible aux personnes bénéficiaires. Ce standard minimum inclut une restriction aux droits de reproduction, de distribution et de mise à la disposition du public.

Le texte précise que les changements nécessaires pour rendre l'œuvre accessible dans le format adapté *devraient* être autorisés. Etant donné que le traité n'oblige pas les Etats contractants à prévoir une restriction au droit exclusif de modification, cette précision revêt une importance primordiale. En effet, la transformation d'une œuvre en format accessible s'accompagne en pratique toujours de certaines modifications. Bien que la formulation retenue à l'al. 1, let. a, utilise le conditionnel, le but visé par cette disposition et la deuxième partie de la définition du terme «exemplaire en format accessible» à l'art. 2 montrent que l'intention est bien de permettre les modifications nécessaires au changement de format. Ayant reconnu ce besoin, le législateur suisse a prévu expressément cette possibilité (art. 24c, al. 1, LDA); le message mentionne à titre d'exemple une œuvre littéraire parue sous forme de livre qui pourra être reproduite en braille.<sup>86</sup>

L'al. 1, let. b, précise que les Etats contractants sont également libres de prévoir une restriction au droit de représentation ou exécution publique dans le but de faciliter l'accès des personnes bénéficiaires aux œuvres.

Deux options s'offrent aux Etats contractants s'agissant de la mise en œuvre de l'obligation énoncée à l'al. 1. Ils peuvent soit décider d'introduire dans leur législation nationale une réglementation telle que celle décrite à l'al. 2, soit opter pour d'autres restrictions conformément l'al. 3.

<sup>86</sup> FF 2006 3305.

La première option consiste à introduire au niveau national une réglementation conforme à l'al. 2. Cette réglementation définit, d'une part, les conditions à respecter par les entités autorisées (let. a) et, d'autre part, celles applicables aux personnes bénéficiaires et aux personnes physiques agissant en leur nom (let. b). Les entités autorisées peuvent réaliser un exemplaire en format accessible, obtenir un tel exemplaire d'une autre entité autorisée et mettre ces exemplaires à la disposition des personnes bénéficiaires si elles remplissent les conditions suivantes: (i) avoir un accès licite à l'œuvre, (ii) opérer seulement les changements nécessaires pour rendre l'œuvre accessible dans le format adapté, (iii) offrir les exemplaires en format accessible uniquement pour l'utilisation des personnes bénéficiaires et (iv) poursuivre un but non lucratif.

L'al. 2, let. b, permet aux personnes bénéficiaires ou aux personnes agissant en leur nom de réaliser, pour l'usage personnel de la personne bénéficiaire, un exemplaire en format accessible à condition que cette dernière ait un accès licite à un exemplaire de l'œuvre.

La deuxième option ouverte aux Etats contractants pour satisfaire à leurs obligations aux termes de l'al. 1 est décrite à l'al. 3. Celui-ci stipule que les Etats contractants peuvent satisfaire aux obligations définies à l'al. 1 en adoptant dans leur législation nationale des restrictions au droit d'auteur appropriées qui sont conformes à leurs droits et à leurs obligations découlant d'autres accords internationaux, et en particulier au test des trois étapes. Dans ce contexte, la *Déclaration commune concernant l'art. 4.3*) précise que cette faculté n'affecte pas les limitations et exceptions prévues par la Convention de Berne concernant le droit de traduction.

Conformément à l'al. 4, les Etats contractants peuvent formuler une réserve permettant de limiter, au niveau national, le champ d'application des restrictions prévues au titre de cet article aux œuvres qui ne peuvent être obtenues dans un format accessible sur le marché à des prix raisonnables. Une telle réserve doit être notifiée au directeur général de l'OMPI. La *Déclaration commune concernant l'art. 4.4*) clarifie que la condition de la disponibilité dans le commerce est sans préjudice du test des trois étapes.

Enfin, l'al. 5 réserve aux Etats contractants la liberté de soumettre les restrictions relatives aux exemplaires en format accessible à rémunération.

#### *Art. 5 Echange transfrontière d'exemplaires en format accessible*

Disposition cruciale du traité, l'art. 5, al. 1, oblige les Etats contractants à inscrire dans leur législation nationale une règle autorisant l'échange transfrontière d'exemplaires en format accessible dans un autre Etat contractant par une entité autorisée. L'échange transfrontière n'est possible qu'entre Etats contractants. Par ailleurs, cette disposition s'étend uniquement aux exemplaires en format accessible réalisés en application d'une restriction ou de la loi. Ainsi, seuls les exemplaires réalisés de façon licite dans l'Etat contractant d'origine peuvent être exportés en application de cette disposition.

Deux différentes options sont prévues pour la mise en œuvre de l'obligation prescrite à l'al. 1 au niveau national: soit prévoir une restriction conformément à l'al. 2, soit introduire d'autres restrictions conformément à l'al. 3. Dans les deux cas, le texte rappelle que les exemplaires en format accessible sont destinés à l'usage exclusif des personnes bénéficiaires.

Aux termes de l'option décrite à l'al. 2, les entités autorisées sont habilitées à distribuer ou à mettre à disposition dans un autre Etat contractant, sans l'autorisation du titulaire du droit, des exemplaires en format accessible à l'intention d'une autre entité autorisée (let. a) ou à celle d'une personne bénéficiaire (let. b). La disposition rappelle qu'une entité autorisée doit renoncer à la distribution ou à la mise à disposition transfrontière lorsqu'elle sait ou a des motifs raisonnables de croire que les exemplaires seront utilisés aux profits d'autres personnes.

La deuxième option s'adresse spécifiquement aux Etats contractants qui ne sont pas parties à la Convention de Berne ou au WCT. En effet, il n'est pas nécessaire d'être partie à un autre traité international sur le droit d'auteur pour pouvoir adhérer au Traité de Marrakech. Cette option consiste à introduire des restrictions conformes au test des trois étapes et aux conditions énoncées à l'al. 4.

L'al. 4, let. a, stipule que lorsqu'une entité autorisée dans un Etat contractant reçoit des exemplaires en format accessible et que cet Etat n'est pas soumis au test des trois étapes en vertu de la Convention de Berne, celui-ci doit s'assurer que ces exemplaires sont utilisés au profit exclusif des personnes bénéficiaires *sur leur propre territoire*. La redistribution des exemplaires en dehors de ce territoire est donc interdite.

L'al. 4, let. b, soumet la distribution et la mise à disposition dans une autre partie contractante d'exemplaires en format accessible réalisés dans une partie contractante en vertu de l'art. 5, al. 1, à la condition que l'Etat contractant dans lequel l'exemplaire est réalisé soit partie au WCT ou qu'il applique le test des trois étapes aux restrictions mises en œuvre en vertu du Traité de Marrakech.

Pour finir, l'al. 5 indique qu'aucune disposition du traité ne doit être interprétée de manière à affecter la question de l'épuisement des droits.

#### *Art. 6 Importation d'exemplaires en format accessible*

Lorsqu'un Etat contractant permet la réalisation d'exemplaires en format accessible sur son territoire, il doit également en autoriser l'importation sans l'autorisation du titulaire du droit. Cet article permet aux personnes bénéficiaires, aux personnes physiques agissant en leur nom ou aux entités autorisées d'opter pour la variante la plus adaptée dans le cas d'espèce. Elles pourront ainsi réaliser des économies conséquentes en important des exemplaires en format accessible disponibles dans un autre Etat contractant au lieu de les confectionner elles-mêmes.

La *Déclaration commune concernant l'art. 6* rappelle que les Etats contractants disposent, pour la mise en œuvre de leurs obligations en vertu de l'art. 6, des éléments de flexibilité prévus à l'art. 4.

#### *Art. 7 Obligations concernant les mesures techniques de protection*

Selon cette disposition, les Etats contractants qui prévoient une protection juridique contre le contournement de mesures techniques sont tenus de s'assurer que cette protection n'entrave pas la faculté d'une personne bénéficiaire de jouir des restrictions prévues par le traité.

En pratique, cet article s'appliquera uniquement aux Etats contractants qui sont également parties à un ou plusieurs traités, tels que le WCT, le WPPT ou le BTAP, prévoyant une protection juridique contre le contournement de mesures techniques

(cf. les art. 11 WCT, 18 WPPT et 15 BTAP). La formulation retenue illustre le fait que le Traité de Marrakech est un traité international indépendant qu'un Etat peut ratifier sans avoir à adhérer à d'autres traités.

La *Déclaration commune concernant l'art. 7* précise que les entités autorisées restent libres d'appliquer des mesures techniques conformes à la législation nationale lors de la réalisation, la distribution et la mise à disposition des exemplaires en format accessible. Ces mesures peuvent en effet se révéler indispensables pour que les entités autorisées puissent continuer leur activité en faveur des personnes bénéficiaires.

#### *Art. 8                    Respect de la vie privée*

L'identification des personnes bénéficiaires du Traité de Marrakech implique nécessairement une certaine intrusion dans leur vie privée. Cette disposition encourage les Etats contractants à opter pour une mise en œuvre qui garantit la protection de la vie privée des personnes bénéficiaires de manière égale à celle de toute autre personne.

#### *Art. 9                    Coopération visant à faciliter les échanges transfrontières*

Dans le but de faciliter les échanges transfrontières d'exemplaires en format accessible, le traité encourage la mise à disposition d'informations concernant les entités autorisées, ainsi que leurs politiques et pratiques, afin qu'elles puissent notamment s'identifier facilement les unes les autres.

La *Déclaration commune concernant l'art. 9* précise que ce partage d'information n'implique, pour les entités autorisées, aucune obligation de s'enregistrer, ni aucune autre condition préalable à l'exercice de leurs activités.

#### *Art. 10                  Principes généraux de mise en œuvre*

Cette disposition souligne le fait que les Etats contractants sont libres de décider des moyens à adopter, et de leur forme juridique, pour mettre en œuvre le traité dans leurs propres systèmes et pratiques juridiques. *L'al. 3* précise que les Etats contractants peuvent opter pour des restrictions expressément en faveur des personnes bénéficiaires ou d'autres restrictions appropriées.

Aux termes de la *Déclaration commune concernant l'art. 10.2*), les restrictions prévues par le traité s'appliquent *mutatis mutandis* aux droits voisins dès lors qu'une œuvre constitue une œuvre au sens de *l'art. 2, let. a*, du traité. Cette formulation inclut dans le champ d'application de ce dernier différents formats d'œuvres, en particulier les livres audio. Le traité vise en effet à faciliter l'accès des personnes bénéficiaires aux œuvres publiées, sans restriction quant au format de l'œuvre.

#### *Art. 11                  Obligations générales concernant les limitations et exceptions*

Cette disposition réitère l'obligation des Etats contractants de respecter le test des trois étapes tel que formulé par la Convention de Berne, l'Accord sur les ADPIC et/ou le WCT, selon s'ils sont parties à l'un ou à plusieurs de ces traités.

*Art. 12            Autres limitations et exceptions*

Cette disposition indique que les restrictions prévues par le traité en faveur des personnes bénéficiaires constituent un standard minimum. Les Etats contractants restent libres de prévoir d'autres restrictions conformes à leurs droits et à leurs obligations sur le plan international qui répondent à des besoins particuliers. Cette disposition illustre la difficulté d'élaborer des restrictions spécifiques répondant aux besoins particuliers des bénéficiaires du traité sans que ces règles ne limitent les flexibilités dont disposent les Etats contractants au titre d'autres accords internationaux, en particulier de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC.

Aux termes de l'al. 2, les restrictions prévues spécifiquement en faveur des personnes bénéficiaires ne doivent avoir aucune influence sur les restrictions que les Etats contractants peuvent prévoir au niveau national en faveur des personnes handicapées.

*Art. 13 à 15    Dispositions institutionnelles*

Aucunes remarques.

*Art. 16            Droits et obligations découlant du traité*

Cet article stipule que les Etats contractants jouissent de tous les droits et assument toutes les obligations découlant du Traité de Marrakech sauf disposition contraire expresse du traité. La formulation retenue semble ainsi exclure la possibilité de formuler des réserves autres que celles autorisées par l'art. 4, al. 4.

*Art. 17            Signature du traité*

Le Traité de Marrakech était ouvert à la signature pendant un an après son adoption. 60 Etats l'ont signé dans ce délai. La Suisse l'a signé le 28 juin 2013 à l'issue de la Conférence diplomatique pour la conclusion d'un traité visant à faciliter l'accès des déficients visuels et des personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées.

*Art. 18            Entrée en vigueur du traité*

Le Traité de Marrakech entrera en vigueur trois mois après que 20 parties auront déposé leur instrument de ratification ou d'adhésion. A ce jour, onze Etats<sup>87</sup> ont déposé leur instrument de ratification ou d'adhésion.

*Art. 19 à 22    Dispositions finales*

Aucune remarque.

<sup>87</sup> Argentine, El Salvador, Emirats arabes unis (EAU), Inde, Mali, Mexique, Mongolie, Paraguay, République de Corée, Singapour et Uruguay.

## 2.3 Mise en œuvre du Traité de Beijing et du Traité de Marrakech

### 2.3.1 Traité de Beijing

Le Traité de Beijing (BTAP) accorde aux artistes interprètes ou exécutants de l'audiovisuel (acteurs, danseurs, etc.), pour ce qui est de leurs prestations audiovisuelles, le même niveau de protection que celui conféré par le WPPT aux chanteurs et aux musiciens s'agissant de leurs interprétations ou exécutions sonores (art. 5 à 14). La législation suisse confère aujourd'hui déjà le même niveau de protection aux artistes interprètes ou exécutants s'agissant de leurs prestations sonores, visuelles ou audiovisuelles. En effet, les modifications apportées à la LDA en 2008 en vue de la ratification du WPPT ne s'appliquent pas uniquement aux prestations sonores, mais s'étendent aussi aux prestations audiovisuelles. Le droit en vigueur est donc conforme au Traité de Beijing.

Aux termes du Traité de Beijing, les artistes interprètes ou exécutants disposent du droit exclusif d'autoriser la radiodiffusion, la communication au public et la fixation de leurs interprétations ou exécutions audiovisuelles ou visuelles non fixées (art. 6). Pour ce qui est de leurs fixations audiovisuelles, ils ont le droit exclusif de reproduction (art. 7), de distribution (art. 8), de location (art. 9), de mise à disposition du public (art. 10), ainsi que celui de radiodiffusion et de communication au public (art. 11). Ce dernier peut toutefois être réduit par les Etats contractants à un droit à rémunération équitable ou limité de tout autre manière (art. 11, al. 2 et 3).

Au niveau national, les droits visés aux art. 6 à 8, 10 et 11, BTAP figurent à l'art. 33, al. 2, let. a à e, LDA. Ceux-ci s'appliquent aussi bien aux interprétations ou exécutions sonores qu'aux prestations audiovisuelles ou visuelles. Pour la location d'exemplaires d'œuvres, la législation suisse prévoit un droit à rémunération soumis à la gestion collective (art. 13 et 38 LDA) et n'accorde pas de droit exclusif lorsque les exemplaires ont été aliénés par l'artiste ou avec son consentement (le droit de mise en circulation étant dans ce cas épuisé conformément à l'art. 12 LDA). Comme les revenus de la location sont en baisse depuis des années<sup>88</sup>, l'art. 9, al. 2, du Traité de Beijing est applicable et dispense la Suisse de l'obligation de prévoir un droit exclusif. Ainsi, la ratification du Traité de Beijing n'appelle pas d'adaptation du droit en vigueur.

Dans le cas où la diffusion, la retransmission ou la réception publique de la fixation audiovisuelle est faite à partir d'un phonogramme ou d'un vidéogramme disponible sur le marché, la législation suisse limite les droits exclusifs de radiodiffusion et de communication au public prévus à l'art. 33, al. 2, let. b et e, à un droit à rémunération soumis à la gestion collective (art. 35, al. 1 et 3, LDA). Ce droit à rémunération est par ailleurs soumis au principe de réciprocité (art. 35, al. 4, LDA). La réduction de ce droit exclusif à un droit à rémunération est expressément autorisée par l'art. 11, al. 2, du Traité de Beijing, à condition qu'une déclaration en ce sens soit déposée auprès du directeur général de l'OMPI. La Suisse fera donc une telle déclaration lors de la ratification du Traité de Beijing afin de pouvoir maintenir la réglementation en vigueur.

Le Traité de Beijing prévoit la protection des droits moraux des artistes interprètes ou exécutants actifs dans le domaine de l'audiovisuel (art. 5) en leur accordant, d'une part, le droit d'être mentionnés comme tels par rapport à leurs interprétations

<sup>88</sup> Cf. baisse des redevances dues au titre du tarif commun 5 (location d'exemplaires d'œuvre) depuis 2008.

ou exécutions audiovisuelles et, d'autre part, le droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification préjudiciable à leur réputation. Cette protection correspond à celle accordée par le WPPT aux artistes interprètes ou exécutants s'agissant de leurs prestations sonores. Au niveau national, l'art. 33a LDA protège les droits moraux des artistes interprètes ou exécutants par rapport à leurs prestations sans distinction quant à la catégorie de ces dernières (sonores, visuelles ou audiovisuelles). La mise en œuvre de l'art. 5 du Traité de Beijing ne nécessite donc pas d'adaptation de la LDA.

Les interprétations ou exécutions fixées sur phonogramme ou vidéogramme sont protégées pendant 50 ans à compter de la publication de la fixation ou, à défaut de publication, à partir de la confection du support (art. 39 LDA). Cette disposition est conforme à la durée de protection minimale de 50 ans à compter de la fixation de l'interprétation ou exécution audiovisuelle prévue par l'art. 14 du Traité de Beijing.

Enfin, le Traité de Beijing oblige les Etats contractants à protéger au niveau national les mesures techniques et les informations sur le régime des droits jointes aux fixations audiovisuelles (art. 15 et 16). Ces obligations sont d'ores et déjà mises en œuvre dans le droit suisse dans les articles 39a et 39c LDA, inscrits dans la loi lors de la dernière révision<sup>89</sup>: L'art. 39a protège contre leur contournement les mesures techniques efficaces auxquelles les auteurs et les titulaires de droits ont recours dans le domaine numérique pour protéger leurs œuvres ou leurs prestations protégées par les droits voisins. Il s'applique notamment aux mesures techniques mises en œuvre par les artistes interprètes ou exécutants sans distinction quant au type de prestation (sonore, visuelle, audiovisuelle). L'art. 39c protège les informations sur le régime des droits jointes à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à des prestations protégées par les droits voisins.

### 2.3.2 Traité de Marrakech

Aux termes du Traité de Marrakech, les Etats contractants sont tenus d'introduire dans leur législation nationale des restrictions aux droits de reproduction, de distribution et de mise à la disposition du public de façon à faciliter la mise à disposition des œuvres en format accessible aux personnes malvoyantes (art. 4). Ils ont en outre l'obligation d'autoriser, à certaines conditions, l'échange transfrontière d'exemplaires en format accessible (art. 5) et l'importation de tels exemplaires (art. 6).

L'art. 24c LDA prévoit d'ores et déjà une restriction au droit d'auteur en faveur des personnes handicapées afin de leur faciliter l'accès aux œuvres protégées. Les bénéficiaires de cette restriction sont les personnes atteintes de déficiences sensorielles sans distinction de handicap. Cette restriction couvre toutes les catégories d'œuvres dès lors que la forme de leur publication empêche ou rend difficile leur perception par une personne atteinte de déficiences sensorielles (al. 1).

La souplesse de la formulation de l'art. 24c permet une interprétation conforme au Traité de Marrakech pour ce qui est de la majorité des obligations qu'il impose. Toutefois, une modification législative s'avère nécessaire afin de permettre l'importation, en Suisse, d'exemplaires en format accessible depuis une Partie contractante (cf. ch. 2.4.1 *infra*).

<sup>89</sup> Pour un commentaire détaillé de ces dispositions, cf. message du 10 mars 2006 concernant l'arrêté fédéral relatif à l'approbation de deux traités de l'OMPI et concernant la modification de la loi sur le droit d'auteur, FF 2006 3263, en partic. 3297 ss.

Les autres obligations imposées par le Traité de Marrakech n'appellent pas de modifications législatives. Il convient néanmoins de préciser les utilisations autorisées par l'art. 24c LDA en prenant en considération, d'une part, le but<sup>90</sup> de la loi du 13 décembre 2002 sur l'égalité pour les handicapés (LHand)<sup>91</sup>, c'est-à-dire «de prévenir, de réduire ou d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées»<sup>92</sup>, et d'autre part, celui du Traité de Marrakech, à savoir «de permettre aux déficients visuels et aux personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés d'accéder plus facilement aux œuvres et d'en faire usage»<sup>93</sup>. *L'al. 1* ne spécifie rien quant à la forme dans laquelle une œuvre publiée peut être reproduite afin de la rendre accessible aux personnes bénéficiaires. La restriction s'étend ainsi à toute forme de reproduction indépendamment du support utilisé<sup>94</sup> pour autant que l'exemplaire ainsi réalisé soit accessible à la personne bénéficiaire. Elle permet par exemple la reproduction en braille d'une œuvre littéraire parue sous forme de livre afin de la rendre perceptible par une personne malvoyante. Or, comme ce format n'est pas accessible pour une personne malvoyante qui ne maîtrise pas le braille, il faudra opter pour un autre format (p.ex. livre en gros caractères, e-book ou livre audio).

Le Traité de Marrakech impose aux Etats contractants de prévoir dans leur législation nationale sur le droit d'auteur une restriction aux droits de reproduction, de distribution et de mise à la disposition du public qui permette de mettre plus facilement des exemplaires en format accessible à la disposition des personnes bénéficiaires (art. 4, al. 1). Il leur offre le choix entre deux options pour la mise en œuvre. La première consiste à introduire au niveau national la clause modèle contenue à l'al. 2. La seconde, prévue à l'al. 3, permet aux Etats contractants d'opter pour un autre système approprié en ligne avec leurs propres système et pratiques juridiques. La clause modèle ne correspondant pas à la tradition juridique suisse, le droit en vigueur est apprécié à la lumière de la seconde option.

L'art. 24c est conforme à l'art. 4, al. 1, du Traité de Marrakech. En effet, aux termes de *l'art. 24c, al. 2*, la reproduction et la mise en circulation d'exemplaires de l'œuvre en format accessible sont autorisées aux deux conditions suivantes: premièrement, ces actes doivent être exécutés sans but lucratif et, deuxièmement, les exemplaires doivent être réservés au seul usage par des personnes bénéficiaires. Ces conditions figurent d'ailleurs dans la clause modèle du Traité de Marrakech (art. 4, al. 2, let. a, ch. iii et iv). Le cercle des personnes autorisées à exécuter ces actes inclut aussi bien les «entités autorisées» qu'«une personne bénéficiaire ou une personne physique agissant en son nom» (art. 4, al. 2, let. a et b, du Traité de Marrakech) pour autant que les deux conditions susmentionnées soient remplies.

En ligne avec l'objectif poursuivi par l'art. 24c, à savoir faciliter l'accès des personnes handicapées aux œuvres protégées<sup>95</sup>, le projet de révision propose de clarifier

<sup>90</sup> Cf. message du 10 mars 2006 concernant l'arrêté fédéral relatif à l'approbation de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et concernant la modification de la loi sur le droit d'auteur, FF **2006** 3263, en partic. 3304.

<sup>91</sup> RS **151.3**

<sup>92</sup> Art. 1, al. 1, LHand.

<sup>93</sup> Traité de Marrakech, dernier consid. du préambule.

<sup>94</sup> Le Tarif commun 10 (2013-2017) cite à son ch. 1.2 les supports sonores, audiovisuels, braille ainsi que la forme numérique.

<sup>95</sup> Cf. message du 10 mars 2006 concernant l'arrêté fédéral relatif à l'approbation de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et concernant la modification de la loi sur le droit d'auteur, FF **2006** 3263, en partic. 3304.

la portée de la restriction consacrée à l'al. 1 de manière à couvrir expressément le droit de distribution et celui de mise à disposition en plus de celui de reproduction. Cette interprétation de l'al. 1 s'impose aujourd'hui déjà dans les faits. Il apparaît en effet indispensable qu'une œuvre reproduite en vertu de la restriction légale sous une forme accessible puisse être distribuée aux personnes bénéficiaires ou mise à leur disposition afin qu'elles puissent effectivement y avoir accès. Cette approche pragmatique va par ailleurs dans le même sens que la jurisprudence du Tribunal fédéral s'agissant de la portée de la restriction au droit de reproduction dans le contexte de l'utilisation à des fins privées<sup>96</sup>. La réalisation d'un exemplaire en format accessible implique en outre de pouvoir procéder aux changements nécessaires à l'adaptation de l'œuvre (cf. art. 4, al. 1, let. a, du Traité de Marrakech). L'art. 24c, al. 1, doit ainsi être interprété de manière à permettre implicitement certaines atteintes à l'intégrité de l'œuvre (garantie par l'art. 11, al. 1) à condition qu'elles soient nécessaires à la réalisation de l'exemplaire en format accessible. On peut penser aux modifications d'ordre technique liées au support (*format shifting*), par exemple la conversion d'un texte écrit sur du papier à une version braille, le redimensionnement de la mise en page ou encore le changement des contrastes de couleurs.

L'al. 3 accorde à l'auteur le droit à une rémunération pour la reproduction et la mise en circulation de ces exemplaires. Ce droit est conforme à l'art. 4, al. 5, du Traité de Marrakech, qui réserve expressément aux Etats contractants la faculté de prévoir un droit à rémunération.

## 2.4 Modifications de la loi sur le droit d'auteur

### 2.4.1 Modifications en vue de la mise en œuvre du Traité de Marrakech

*Art. 24c Utilisation d'œuvres par des personnes atteintes de déficiences sensorielles*

L'art. 24c LDA permet la confection d'exemplaires en format accessible pour les personnes atteintes de déficiences sensorielles. L'al. 1 ne prescrit pas de forme spécifique dans laquelle une œuvre publiée peut être reproduite afin de la rendre accessible aux personnes bénéficiaires. La restriction s'étend ainsi à toute forme de reproduction indépendamment du support utilisé<sup>97</sup>, pour autant que l'exemplaire ainsi réalisé soit accessible à la personne bénéficiaire. Cette disposition doit ainsi être interprétée de manière à permettre implicitement les adaptations nécessaires à la réalisation de l'exemplaire en format accessible. En plus des modifications d'ordre technique liées au changement de support (*format shifting*), telles que la conversion d'un texte écrit sur du papier à une version braille, le redimensionnement de la mise en page ou encore le changement des contrastes de couleurs, la restriction autorise également d'autres modifications de l'œuvre telles que le sous-titrage ou l'audiodescription d'un film. Rappelons ici que l'art. 24c s'applique, d'une part, à

<sup>96</sup> cf. ATF 133 III 473, consid. 3.1. Le Tribunal fédéral a considéré que la restriction au droit de reproduction prévue par l'art. 19, al. 1, let. c, LDA permet non seulement la reproduction d'exemplaires, mais également leur distribution au sein de l'entreprise.

<sup>97</sup> Le Tarif commun 10 (2013-2017) cite à son ch. 1.2 les supports sonores, audiovisuels, braille ainsi que la forme numérique.

toutes les catégories d'œuvres et, d'autre part, sans distinction quant au type de handicap faisant obstacle à la perception de l'œuvre<sup>98</sup>.

La forme de l'exemplaire à réaliser en vertu de l'art. 24c doit être choisie en fonction du handicap de la personne à laquelle il est destiné. Ainsi, cette restriction permet par exemple de reproduire en braille une œuvre littéraire parue sous forme de livre afin de la rendre perceptible par une personne malvoyante. Si cette personne ne maîtrise pas le braille, ce format ne sera pas accessible pour elle. Il faudra donc opter pour un autre format (p.ex. livre en gros caractères, e-book ou livre audio). De même, les dialogues et les autres éléments audio d'un film pourront être retranscrits sous forme de sous-titres afin de rendre l'œuvre perceptible par une personne malentendante. Dans le cas d'une personne malvoyante, on utilisera une technique comme l'audiodescription.

L'art. 6 du Traité de Marrakech prévoit que dans la mesure où un Etat contractant permet la réalisation d'exemplaires en format accessible, il doit également en autoriser l'importation depuis un autre Etat contractant (le pays d'origine) et ce, indépendamment du fait de savoir si l'exemplaire a été réalisé dans le pays d'origine avec le consentement du titulaire de droits ou en vertu d'une restriction légale. Or le droit en vigueur admet uniquement l'importation d'exemplaires en format accessible qui ont été aliénés dans le pays d'origine par l'auteur ou avec son consentement (art. 12, al. 1, LDA). L'importation d'exemplaires en format accessible confectionnés en vertu d'une restriction légale au droit d'auteur est interdite. Afin de satisfaire aux exigences énoncées à l'art. 6 du Traité de Marrakech, le projet de révision prévoit l'introduction d'un nouvel *al. 3* à l'art. 24c LDA. Cet alinéa étend le champ d'application de l'al. 1 de manière à permettre l'importation d'exemplaires en format accessible réalisés en vertu d'une restriction légale au droit d'auteur et, partant, sans que le consentement du titulaire de droits ne soit nécessaire.

Aux termes de l'art. 5, al. 1, du Traité de Marrakech, les Etats contractants sont tenus de permettre l'échange transfrontière, dans un autre Etat contractant, d'exemplaires en format accessible réalisés en vertu d'une restriction ou par l'effet de la loi. L'art. 5 est structuré de la même manière que l'art. 4: l'obligation en elle-même est décrite à l'al. 1, alors que les al. 2 et 3 indiquent les options prévues pour la mise en œuvre de l'obligation (clause modèle ou autre système). Le droit suisse en vigueur ne limite pas la mise en circulation au-delà des conditions figurant à l'art. 24c, al. 2, et ne s'oppose donc pas à l'exportation d'exemplaires en format accessible réalisés en vertu d'une restriction légale du droit d'auteur. Il ne précise cependant pas le cercle des personnes autorisées à exporter de tels exemplaires alors que le Traité de Marrakech impose que l'échange transfrontière d'exemplaires en format accessible se fasse par le biais d'une «entité autorisée» remplissant les critères définis à son art. 2. En introduisant un système de réseau d'entités autorisées, les négociateurs entendaient limiter le cercle des personnes autorisées à exporter de tels exemplaires. Ce faisant, il était clair pendant les négociations que la terminologie retenue n'impliquerait pas d'autorisation expresse de l'administration. Les négociateurs étaient en effet unanimes à considérer qu'une organisation doit être automatiquement qualifiée d'«entité autorisée» dès lors que les critères définis à l'art. 2 sont remplis.

<sup>98</sup> A ces égards, la restriction instaurée par la LDA est plus large que celle prévue par le Traité de Marrakech.

Le système de réseau est transposé dans la législation suisse par le nouvel art. 24c, al. 3, LDA, qui limite les échanges transfrontières d'exemplaires en format accessible réalisés en vertu d'une restriction légale aux exemplaires obtenus par le biais d'organisations remplissant certains critères spécifiques. Ainsi, l'al. 3 autorise uniquement l'importation ou l'exportation d'exemplaires «obtenus par une organisation à but non lucratif dont l'une des activités principales est de fournir aux personnes atteintes de déficiences sensorielles des services en matière d'enseignement, de formation pédagogique, de lecture adaptée ou d'accès à l'information». Dans la pratique, les associations ou autres structures œuvrant en Suisse en faveur de personnes atteintes de déficiences sensorielles<sup>99</sup> (p.ex. la Fédération suisse des aveugles et malvoyants, FSA) satisfont à ces critères et pourront donc importer ou exporter ces exemplaires en vertu de l'al. 3.

L'al. 4 accorde à l'auteur le droit à une rémunération pour la reproduction, la mise en circulation et la mise à disposition de ces exemplaires. Ce droit est conforme à l'art. 4, al. 5 du Traité de Marrakech qui réserve expressément aux Etats contractants la faculté de prévoir un droit à rémunération. En vertu de l'al. 5, ce droit ne peut, comme par le passé, être exercé que par une société de gestion agréée (gestion collective).

## **2.4.2 Mesures visant à garantir une protection des droits d'auteur appropriée aux nouvelles technologies**

### *Art. 5 Œuvres non protégées*

La *let. c* garantit que les documents administratifs ne tombent pas sous le coup du droit d'auteur. Par documents administratifs, on entend les informations enregistrées sur quelque support que ce soit qui sont détenues par l'autorité dont elles émanent et qui concernent l'accomplissement de tâches publiques, en particulier aussi les documents qui, bien qu'ils n'aient pas été produits par l'autorité, ont été intégrés dans un document émanant de cette autorité. Vu leur nature et leur fonction, tous ces documents doivent rester dans le domaine public. La *let. c* ne s'applique par contre pas aux documents administratifs internes qui ne sont pas de nature publique.

### *Art. 13 Location et prêt d'exemplaires d'une œuvre*

Lorsqu'un écrivain vend un livre à un particulier ou à une bibliothèque, il reçoit la même rémunération, bien que l'utilisation soit autrement plus intensive dans le deuxième cas. C'est pourquoi les Etats membres de l'UE (mais aussi d'autres pays comme le Canada, Israël, la Nouvelle Zélande et l'Australie) ont prévu une rémunération spécifique pour les utilisations dans les bibliothèques.

La Suisse a renoncé, jusqu'à présent, à introduire un droit de prêt par crainte que cette rémunération soit imputée au budget d'acquisition des bibliothèques; et ce au détriment des jeunes auteurs et des auteurs de niche. Cette crainte ne semble pas s'être vérifiée dans les pays voisins qui connaissent le tantième des bibliothèques.

Le droit de mise en circulation s'épuise avec la première mise sur en circulation d'un exemplaire d'œuvre (sauf pour les programmes d'ordinateur). Il est dès lors possible de remettre en circulation ces exemplaires de l'œuvre même sans l'approbation du titulaire de droits, lequel ne dispose ni d'un droit exclusif d'exposition, ni d'un droit

<sup>99</sup> Cf. Tarif commun 10 (2013-2017), ch. 2.

exclusif de location ou de prêt. Dans un souci d'équité, le droit en vigueur prévoit un droit à rémunération du titulaire de droits pour la location d'exemplaires d'une œuvre. Par l'ajout à l'al. 1, ce droit à rémunération est étendu au prêt d'exemplaires d'une œuvre à des fins non lucratives. Celui-ci ne s'applique que lorsque le prêt est une activité à titre principal ou secondaire. Il s'étend par conséquent au prêt par les bibliothèques, mais pas à celui occasionnel dans un cercle de parents ou d'amis.

#### *Art. 19 Utilisation de l'œuvre à des fins privées*

Aujourd'hui, la personne qui achète par exemple un fichier musical en ligne est souvent autorisée à l'utiliser sur plusieurs appareils conformément aux conditions d'utilisation du vendeur. A l'achat de ces mêmes appareils, le consommateur paie une redevance sur les supports vierges, incluse dans le prix d'achat. Il en résulte un double paiement des rémunérations du droit d'auteur. La nouvelle teneur de l'art. 19, al. 3<sup>bis</sup>, vise à éliminer ce double paiement.

La révision partielle de la LDA de 2008 avait introduit un nouvel art. 19, al. 3<sup>bis</sup>, lequel visait à exclure le double paiement pour la reproduction à des fins privées dans les cas où celle-ci est confectionnée par le téléchargement d'un fichier à partir d'une offre sous licence. Lorsqu'un morceau de musique est acheté en ligne, son enregistrement sur un appareil n'est soumis à aucune rémunération. L'art. 19, al. 3<sup>bis</sup>, en vigueur est clair sur ce point.

Les avis continuent cependant de diverger sur la question de savoir si le prix payé à l'achat sur une plateforme en ligne couvre également la confection du nombre de copies ultérieures autorisé dans les conditions générales de vente. Les titulaires de droits nient tout paiement multiple arguant que le consommateur paie uniquement pour l'utilisation de services payants. Ils soulignent que le débiteur de la redevance sur les supports vierges est le fabricant ou l'importateur de ces derniers, et non pas le consommateur. De plus, la réglementation inscrite à l'art. 19 est à leur avis contraignante. Les conditions générales des services payants prévoyant par exemple l'utilisation simultanée sur cinq appareils (ordinateur, lecteur MP3, tablette, etc.) et donc de quatre copies ultérieures seraient dès lors nulles. Pour la partie adverse, ces arguments sont purement formalistes. La redevance sur les supports vierges étant répercutée sur le consommateur, ce dernier paie au final plusieurs fois pour la même chose. De plus, le fait que les conditions générales concernant l'utilisation de copies ultérieures soient nulles ne joue aucun rôle. C'est le fait que ces dernières soient incluses dans le prix qui est déterminant.

La nouvelle teneur de l'al. 3<sup>bis</sup> précise le champ d'application de l'art. 19 concernant les différentes reproductions en lien avec le téléchargement d'œuvres mises à disposition licitement par le biais de services à la demande. La réglementation actuelle est explicite s'agissant des (premières) reproductions confectionnées lors du téléchargement. La précision concerne exclusivement son application aux reproductions ultérieures.

Afin d'éviter que les copies privées réalisées à partir d'œuvres achetées sur des plateformes en ligne ne fassent l'objet d'un paiement contractuel *et* d'une rémunération liée à une licence légale soumise à la gestion collective, le projet propose de restreindre la rémunération visée à l'art. 20, al. 3, aux cas où les copies privées ne font pas partie du service offert aux internautes par la plateforme. Cette solution est par ailleurs soutenue par le groupe de travail AGUR12. Concrètement, elle se traduit par une modification de l'art. 19, al. 3<sup>bis</sup>, qui exclut dans ces cas les droits à rémuné-

ration visés à l'art. 20 et implique une adaptation du calcul du montant de la rémunération, sans pour autant remettre en cause le principe même d'un système qui a fait ses preuves.

*Art. 22b Utilisation d'œuvres orphelines*

Si les œuvres orphelines ne peuvent pas être utilisées, ce n'est pas en raison de l'interdiction de l'auteur, mais parce que celui-ci est inconnu ou introuvable et qu'il n'est dès lors pas possible d'obtenir son consentement. Cette problématique concerne surtout les photographies dans les archives accessibles au public provenant de successions de personnalités importantes. Alors même que la personne photographiée est connue, le photographe est, depuis longtemps, relégué aux oubliettes. Et faute d'autorisation de ce dernier, la photographie ne pourra pas être utilisée pour illustrer une biographie par exemple. Selon des estimations, jusqu'à 90 % des œuvres disponibles dans les bibliothèques sont orphelines<sup>100</sup>.

La Suisse a introduit tôt une réglementation de l'utilisation des œuvres orphelines, mais dans la pratique, celle-ci s'est avérée trop étroite et trop spécifiquement liée aux organismes de diffusion. Une extension appropriée de l'actuelle restriction au droit d'auteur vise à corriger cette lacune.

La disposition révisée crée un cadre légal autorisant l'utilisation des œuvres dites orphelines. La notion d'œuvre orpheline est explicitée à l'al. 1. Les critères retenus permettant de qualifier une œuvre d'orpheline s'appliquent à toute œuvre au sens de la LDA, sans distinction quant au type ou au support matériel. Premièrement, la durée de protection ne doit pas avoir atteint son terme (cf. art. 29 à 32). Deuxièmement, le titulaire de droits doit être inconnu ou introuvable. C'est à l'utilisateur qu'il revient de mener les recherches nécessaires. L'obligation de procéder à des recherches est réputée remplie lorsque dans le cadre de sa recherche, l'utilisateur a consulté les bases de données déterminantes pour la catégorie d'œuvres en question et que cela n'a pas permis d'identifier ou de trouver le titulaire de droits. Il incombe à l'utilisateur d'apporter la preuve qu'il a effectué les recherches nécessaires et que, sur cette base, le titulaire de droits est demeuré inconnu ou introuvable (art. 8 CC<sup>101</sup>). Les possibilités de recherche évoluant en permanence, il sera judicieux de définir les collections déterminantes dans le tarif correspondant (actuellement dans le Tarif commun 13). Aujourd'hui, par exemple, la recherche devrait comprendre: pour les œuvres monographiques, les catalogues des libraires et éditeurs déterminants des livres livrables, les catalogues des bibliothèques nationales, le registre ISBN complet et l'annuaire téléphonique électronique; pour les œuvres visuelles des beaux-arts, les photographies ou les illustrations, le répertoire des artistes de la VG Bild Kunst (Allemagne), la base de données de Keystone, Sikart, Foto.ch et les annuaires téléphoniques électroniques.

L'al. 1 maintient le système en vigueur applicable aux œuvres orphelines contenues dans des phonogrammes ou des vidéogrammes et étend son champ d'application. Les sociétés de gestion se voient conférer la qualité pour exercer individuellement les droits sur les œuvres orphelines dans le cadre de la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss. CO). Il ne s'agit donc pas d'une véritable restriction au droit d'auteur.

<sup>100</sup> SAMUELSON, PAMELA / URBAN, JENNIFER M. / HANSEN, DAVID R. / HASHIMOTO, KATHRYN / HINZE, GWEN, Solving the Orphan Works Problem for the United States, 37 Colum. J.L. & Arts 1 (2013), p. 5, n. 14.

<sup>101</sup> RS 210

Les mots «aussi longtemps» soulignent également le fait que la réapparition du titulaire des droits met fin au statut d'œuvre orpheline.

Le titulaire des droits est tenu d'exercer ses droits selon les règles de la bonne foi (art. 2 CC). La fin du statut d'œuvre orpheline a des conséquences sur les faits futurs. Une exploitation déjà autorisée par la société de gestion compétente n'est pas remise en cause. En effet, si quelqu'un a par exemple obtenu l'autorisation d'imprimer l'édition d'un ouvrage, celle-ci n'est pas touchée par la décision du titulaire de droits de mettre fin à la gestion collective. En revanche, il faudrait directement négocier avec lui dans la perspective d'une deuxième édition. Dans le cadre de rapports d'obligation durables, le titulaire de droits devrait tolérer une utilisation de l'œuvre jusqu'au moment où une cessation de cette utilisation peut raisonnablement avoir lieu sur la base d'une pesée des intérêts. Dans ce cas de figure également, il faudrait directement négocier avec le titulaire de droits pour une utilisation ultérieure.

Les let. a à c définissent les conditions d'utilisation des œuvres orphelines. En vertu de la let. a, l'utilisation de l'œuvre ne peut se faire qu'à partir d'un exemplaire qui se trouve dans des stocks de bibliothèques, d'établissements d'enseignement, de musées, de collections ou d'archives qui sont en mains publiques ou accessibles au public ou dans ceux des archives des organismes de diffusion. Cette disposition couvre ainsi les collections accessibles au public des institutions dépositaires de la mémoire, mais également, conformément à la règle en vigueur, les œuvres faisant partie des archives d'un organisme de diffusion qui ne sont pas directement accessibles au public. Selon la let. b, l'exemplaire de l'œuvre destiné à l'utilisation doit avoir été produit, reproduit ou mis à disposition en Suisse. Enfin, la let. c soumet l'utilisation de l'œuvre à l'autorisation d'une société de gestion. Pour l'obtenir, l'utilisateur doit rendre vraisemblable que les conditions d'application de l'art. 22b sont remplies. La réglementation se recoupe, dans une certaine mesure, avec l'obligation de renseigner des utilisateurs vis-à-vis des sociétés de gestion (art. 51). Mais dans le contexte de l'utilisation d'œuvres orphelines, elle revêt une fonction de contrôle.

L'al. 2 concerne d'autres œuvres et parties d'œuvres incluses dans une œuvre orpheline au sens de l'al. 1 et soumet leur utilisation aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent à l'utilisation d'œuvres orphelines. Cette réglementation s'inspire de la disposition en vigueur régissant l'utilisation des productions d'archives des organismes de diffusion (cf. art. 22a, al. 2). Si quelqu'un souhaite par exemple utiliser un livre de photographies dont le titulaire de droits est inconnu ou introuvable, mais que les ayants droit des photographies contenues dans le livre (toutes ou seulement certaines) sont connus, l'al. 1 ne peut pas s'appliquer à toute l'œuvre. Les photographies étant déterminantes pour le caractère spécifique d'un livre de photos, il n'est pas possible de contourner l'obligation d'obtenir les droits d'utilisation auprès de chaque photographe sous prétexte que le titulaire des droits du livre de photos est inconnu ou introuvable. En revanche, lorsqu'une photographie figure dans un recueil de poésies dont le titulaire de droits est inconnu ou introuvable et qu'elle n'est pas déterminante pour le caractère spécifique du volume, elle tombe, tout comme le recueil de poésies, dans le champ d'application de l'al. 1.

L'al. 3 précise que le titulaire de droits peut prétendre à une rémunération pour l'utilisation passée de son œuvre, dont le montant est plafonné aux droits perçus par les sociétés de gestion.

L'al. 4 prévoit l'application de l'art. 43a pour l'utilisation d'un grand nombre d'œuvres. Si une bibliothèque souhaite par exemple numériser sa vaste collection

d'affiches, elle peut en demander l'autorisation en se fondant sur l'art. 43a. Le fait que certaines de ces œuvres soient susceptibles d'être orphelines n'a pas d'importance. L'art. 43a prévoyant que les droits sont exercés par une société de gestion et que les conventions y relatives doivent satisfaire aux exigences des art. 55 à 60, les titulaires de droits (inconnus) ne sont pas défavorisés.

*Art. 24 Exemplaires d'archives et copies de sécurité*

La nouvelle teneur de l'al. 1<sup>bis</sup> tient compte des adaptations des art. 22b et 24e. Les trois articles couvrent ainsi les institutions accessibles au public, ainsi que celles en mains publiques.

*Art. 24d Utilisation d'œuvres à des fins scientifiques*

Le traitement électronique des données implique la réalisation régulière de reproductions. Le droit de reproduction prévu par la LDA est dès lors à l'origine d'obstacles indésirables, notamment dans la recherche, que la nouvelle réglementation se propose d'éliminer. Bien que des adaptations similaires aient été évoquées au niveau international<sup>102</sup> et au sein de l'UE<sup>103</sup>, il ne paraît pas judicieux d'attendre ces développements. La restriction en faveur de la science est susceptible de conférer un avantage essentiel au site de recherche qu'est la Suisse et de le renforcer.

L'al. 1 répond aux besoins de la recherche scientifique actuelle en excluant de la protection conférée par le droit d'auteur la reproduction et l'adaptation d'une œuvre lorsque ces utilisations sont nécessaires pour l'application d'un procédé technique. Par recherche scientifique, on entend la recherche systématique de nouvelles connaissances dans le cadre de plusieurs disciplines scientifiques. Il n'est pas nécessaire que la recherche poursuive un but exclusivement scientifique. On peut imaginer qu'un projet favorise involontairement la réalisation d'autres objectifs. Mais la recherche scientifique doit demeurer le but principal des travaux.

La confection de reproductions et leur adaptation doivent répondre à une nécessité technique en vue de l'activité de recherche. Il faut donc que la copie soit confectionnée par l'application d'un procédé technique lié à la recherche ou qu'elle soit fabriquée et adaptée pour permettre l'application d'un tel procédé. Les reproductions et les adaptations nécessaires pour la fouille de données et de textes tombent par exemple sous le coup de la restriction en faveur de la recherche. Ce processus nécessite des actes de reproduction durables, contrairement aux cas des reproductions provisoires régis par l'art. 24a. La restriction s'applique par conséquent non seulement aux reproductions éphémères, mais aussi aux reproductions permanentes. Elle permet en outre la reproduction et l'adaptation d'œuvres dans leur intégralité et tient ainsi compte du fait qu'il n'est en général pas possible de savoir au préalable dans quelle partie d'une œuvre se trouvent les informations essentielles pour la recherche. Elle ne couvre pas les reproductions servant uniquement à éviter les coûts supplémentaires pour l'acquisition d'autres exemplaires d'œuvres.

<sup>102</sup> WIPO, Provisional Working Document towards an Appropriate International Legal Instrument (in whatever form) on Limitations and Exceptions for Educational, Teaching and Research Institutions and Persons with other Disabilities containing Comments and Textual Suggestions, SCCR/26/4 PROV., p. 33.

<sup>103</sup> COMMISSION UE, Licenses for Europe, Ten pledges to bring more content online, p. 8 ([http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/licences-for-europe/131113\\_tenpledges\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/licences-for-europe/131113_tenpledges_en.pdf)).

La restriction ne concerne pas l'exploitation des œuvres en amont des recherches. De plus, le résultat du travail de recherche ne doit pas remplacer l'œuvre originale. Considérant qu'en général de très nombreuses œuvres contribuent à un résultat de recherche, il n'est guère probable que ce cas se présente. L'*al.* 2 prévoit un droit de rémunération de l'auteur pour la reproduction et l'adaptation de l'exemplaire de son œuvre; conformément à l'*al.* 3, celui-ci ne peut être exercé que par une société de gestion agréée.

Cette disposition s'applique exclusivement à la recherche scientifique et ne couvre que le droit de reproduction et d'adaptation. Cette portée limitée et la création d'un droit à rémunération circonscrivent la restriction à certains cas spéciaux qui ne portent atteinte ni à l'exploitation normale de l'œuvre utilisée, ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts de l'auteur. Cette restriction au droit d'auteur satisfait ainsi aux exigences internationales du test des trois étapes selon les art. 9, al. 2, de la Convention de Berne, 13 ADPIC et 10 WCT.

Contrairement à des réglementations comparables au niveau européen (par ex. art. 5, al. 3, let. a, Directive sur la société de l'information<sup>104</sup> ou art. 6, al. 2, let. b, Directive sur les banques de données 96/9/CE), la disposition ne fait pas la différence entre fins commerciales et fins non commerciales. Au regard des activités de recherche qui ne poursuivent souvent pas un but unique et de leurs différentes formes de financement, cette démarcation constitue un critère peu praticable. Un projet de recherche d'une haute école financé par l'Etat livrant un résultat commercialement exploitable doit-il être considéré comme de la recherche à but commercial ou non commercial? Et qu'en est-il d'un projet de recherche d'une organisation à but non lucratif financé par une entreprise privée?

En vertu de l'*al.* 4, cette restriction ne s'applique pas aux logiciels. La recherche, notamment la fouille de textes et de données nécessite des programmes spéciaux dont la conception est complexe, onéreuse et liée à des investissements. Afin d'encourager le développement d'autres logiciels et les investissements correspondants, il faut laisser les auteurs décider de l'utilisation de leurs programmes.

#### *Art. 24e Inventaires*

La restriction en faveur des inventaires proposée à l'art. 24e s'inspire du privilège des archives visé à l'art. 24, al. 1<sup>bis</sup>, inscrit dans la LDA en 2008 déjà pour l'adapter à l'ère du numérique. Il s'agit maintenant d'autoriser la reproduction d'extraits d'œuvres et d'exemplaires d'œuvres dans des inventaires dans des cas strictement définis, si et dans la mesure où cette reproduction permet de mettre en valeur et de faire connaître les collections. Cette nouvelle disposition tient compte du processus de travail habituel des institutions de la mémoire sans le soumettre à une rémunération. Elle s'avère nécessaire dans l'intérêt d'une meilleure accessibilité du public au savoir et à la culture. Ce n'est que grâce à l'optimisation des inventaires numériques que de nombreux produits scientifiques et culturels bénéficieront de l'attention nécessaire pour être utilisés par des utilisateurs potentiels. Elargissant le champ des possibilités d'exploitation, cette restriction sert tant les intérêts des auteurs que ceux des utilisateurs. Les conditions émises à l'*al.* 1 et les précisions apportées à l'*al.* 2 visent cependant à exclure une véritable jouissance de l'œuvre afin de ne pas compromettre l'exploitation normale des œuvres (p.ex. commerce de livres, de tableaux

<sup>104</sup> Cf. n. 58.

et de films). Il est ainsi tenu compte de l'art. 9, ch. 2, de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques<sup>105</sup>.

Il importe de trouver un équilibre entre la protection des intérêts économiques des ayants droit, la protection des auteurs contre l'altération de leurs œuvres et l'intérêt public à l'information. Le format, la résolution, la durée et d'autres paramètres pertinents de la reproduction de l'œuvre doivent être réduits de telle sorte à empêcher une réutilisation commerciale des œuvres issues des inventaires, tout en étant suffisamment marqués pour permettre à ces derniers de remplir leur but d'information et aux œuvres reproduites d'être reconnaissables.

Le terme «inventaire» doit être compris au sens large et neutre du point de vue technologique. Il comprend toute forme actuelle et future d'inventaire public, qu'il soit numérique ou analogique, en ligne ou hors-ligne. Les «catalogues en ligne» au sens classique tombent également sous ce terme. La forme des œuvres reproduites ne joue aucun rôle non plus: peuvent dès lors être reproduites les œuvres analogiques ou numériques, mais aussi les œuvres purement numériques (à savoir les publications nées numériques). Le terme «public» se réfère, dans le premier cas, aux collections *accessibles au public* (p.ex. bibliothèques, musées, collections privées) et, dans le deuxième cas, aux institutions qui sont *en mains publiques* et qui ne doivent donc pas obligatoirement être accessibles au public (p.ex. Collection d'art de la Confédération, Archives littéraires, Archives d'Etat).

L'al. 2 précise dans une liste non exhaustive, ce qu'il faut entendre par «courts extraits» pour certaines catégories d'œuvres. Pour les œuvres des beaux-arts, les œuvres photographiques et autres œuvres visuelles visées à l'al. 2, let. c, il est autorisé de présenter dans les inventaires un aperçu global de l'œuvre sous la forme d'une image de petit format à faible résolution. Il en va de même pour la couverture des œuvres recourant à la langue, ainsi que pour les œuvres musicales, cinématographiques et audiovisuelles. Compte tenu du but d'information, il est difficile de formuler des prescriptions contraignantes concernant le degré de résolution et le format: ce qui importe est que l'œuvre soit reconnaissable en tant que telle, sans pouvoir être réutilisée commercialement.

Pour les œuvres recourant à la langue visées à l'al. 2, let. a, les reproductions importantes du contenu textuel sont interdites car elles vont au-delà du but d'information. C'est pourquoi ne sont admises, en plus de la couverture, que certaines parties de l'œuvre qui remplissent ce but d'information, à savoir le titre, le frontispice, la table des matières, la bibliographie, les pages de couverture et les résumés des œuvres scientifiques disponibles (*abstracts*).

Conformément à l'al. 2, let. b, la reproduction d'extraits est aussi autorisée pour les œuvres cinématographiques, les œuvres musicales et les œuvres audiovisuelles. Dans la mesure où le titulaire des droits (p.ex. l'auteur lui-même ou les sociétés de production et les maisons d'édition) a déjà mis des extraits d'œuvres à disposition, notamment les bandes annonces de films ou les extraits de phonogrammes, les inventaires peuvent reproduire ces mêmes extraits. La reproduction d'un extrait de faible résolution (p.ex. pour les films) ou de format réduit (p.ex. pour des œuvres musicales) est également admise. Il est laissé à la pratique le soin de définir concrètement les limites de la reproduction autorisée. Dans l'état actuel des choses, la durée

<sup>105</sup> Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée le vendredi 14 juillet 1967; RS 0.231.14.

maximale pour une reproduction pourrait être de 10 % de la durée totale de l'œuvre, mais au plus 30 secondes. La reproduction d'un nombre limité de plans fixes par film serait aussi admise. Lorsqu'une œuvre audiovisuelle comprend diverses parties distinctes (p.ex. des contributions d'une émission télévisée), il serait autorisé de reproduire des extraits de chaque partie dans les inventaires.

Pour les types d'œuvres actuels ou futurs qui ne sont pas mentionnés à l'al. 2 (p.ex. des œuvres nées numériques), des considérations similaires s'appliquent. Aussi la nouvelle disposition autorise les institutions de la mémoire à confectionner des instantanés (*snapshots*) dans le but de faire connaître des pages Web archivées et de les reproduire dans les inventaires au sens d'un extrait, mais sans les fonctions visuelle ou sonore pour les œuvres audiovisuelles intégrées, auxquels s'appliquent les critères visés à l'al. 2, let. c.

#### *Art. 37a Droits de la personne qui réalise une photographie de presse*

Dans son arrêt ATF 130 III 714 (consid. 2.3), le TF a précisé que l'unicité statistique des éléments conceptuels et non pas l'unicité de l'événement ou du sujet, par exemple l'instantané d'un événement social, est le préalable pour bénéficier de la protection du droit d'auteur. En effet, le droit d'auteur vise à protéger les œuvres littéraires et artistiques (et par conséquent le processus esthétique et créatif) et non pas le sujet. Pour les photographies de presse, cet état de fait est problématique dans la mesure où elles se retrouvent sans protection, le compte rendu, et donc le sujet, étant prioritaire. La reconnaissance d'un droit voisin restreint sur la photographie de presse, aménagé en tenant compte des impératifs du droit de la concurrence, permet de combler cette lacune injustifiée.

L'al. 1 traite du droit de reproduction et de mise en circulation. Toute personne qui réalise des photographies de presse a le droit exclusif de reproduire ses photographies sous n'importe quelle forme (imprimée, sur une carte mémoire, un CD-ROM, etc.). Elle a en outre le droit de sauvegarder ses photographies sur un ordinateur et d'en confectionner des copies. Aujourd'hui, les photographies de presse existent avant tout sous forme numérique, par exemple sur la carte mémoire de l'appareil photo. La finalité de l'al. 1 est de couvrir la confection de copies physiques, mais aussi celle de copies numériques.

De plus, la personne qui réalise des photographies de presse a le droit exclusif de décider si des exemplaires de ses photographies peuvent être mis en circulation et de quelle manière. Le droit de mise en circulation comprend aussi bien l'aliénation commerciale (p.ex. vente) que non-commerciale (p.ex. donation). Proposer au public, aliéner ou mettre en circulation de quelque autre manière des photographies de presse sont des actes qui se réfèrent aussi bien à l'original qu'aux exemplaires reproduits. Le terme «mettre en circulation de quelque autre manière» inclut les actes d'aliénation électroniques, comme la distribution par le biais d'Internet.

L'énumération des droits des personnes réalisant des photographies de presse figurant à l'al. 1 est exhaustive.

S'inspirant, dans l'idée, de l'art. 28, l'al. 1 définit la validité temporelle des droits exclusifs de la personne qui réalise des photographies de presse sur la base du critère de l'actualité. Tant que les clichés sont d'actualité et donc intéressants pour la couverture médiatique, ils sont davantage exposés au risque d'être repris par des tiers. Les droits peuvent être revendiqués à compter du tirage de la photo et aussi long-

temps que celle-ci présente un intérêt pour le compte rendu d'actualité. Pendant cette période, les personnes réalisant des photographies de presse devraient bénéficier de conditions d'exploitation optimales. Dès que le critère de l'actualité n'est plus rempli, les droits d'exclusivité s'éteignent, même si, à la lumière d'autres événements, une photographie acquiert une signification nouvelle et pourrait dès lors être (à nouveau) considérée comme d'actualité. Faire revivre les droits de la personne ayant réalisé la photographie de presse dans ces cas entraînerait une insécurité juridique car la photographie serait tantôt l'objet de droits exclusifs, tantôt libre d'utilisation. Les photographies qui acquièrent un intérêt seulement quelques temps après leur tirage ne sont pas non plus protégées. La protection des personnes réalisant des photographies de presse relevant purement des droits voisins, aucuns droits moraux spécifiques allant au-delà des droits généraux de protection de la personnalité ne leur sont octroyés.

Les droits exclusifs prévus à l'al. 1 ne s'appliquent qu'aux photographies qui ne présentent aucun caractère individuel. Une photographie présentant un tel caractère serait protégée au titre d'œuvre au sens de l'art. 2. Par photographie de presse au sens de l'al. 2, on entend les photographies utilisées pour illustrer des articles journalistiques ou présenter un compte rendu photographique. Elles illustrent par l'image des informations politiques, culturelles et d'autres domaines d'intérêt général (p.ex. sport ou économie). Le rapporteur est la personne qui réalise la photographie de presse.

Le droit allemand protège également «les productions obtenues par un procédé analogue à la photographie». Les images infrarouges ou les images de rayons X, les images sur un support numérique et les images télévisées font par exemple partie de cette catégorie. La loi suisse sur le droit d'auteur est formulée de manière neutre quant aux technologies. Le fait que la photo soit numérique ou analogique, imprimée ou pas, sur un négatif ou sur un support numérique ne joue donc aucun rôle pour la protection. Les productions «analogues à la photographie» encore inconnues aujourd'hui mais envisageables à l'avenir tombent sous le coup de cette disposition, tant qu'elles remplissent le but exigé.

#### *Titre 4 Sociétés de gestion*

#### *Chapitre 1 Régime de l'autorisation et surveillance par la Confédération*

#### *Art. 40 Régime de l'autorisation*

L'al. 1 définit les personnes qui doivent être titulaires d'une autorisation de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI). Les domaines énumérés aux *let. a* et *b* correspondent aux domaines de gestion déjà soumis à la surveillance de la gestion des affaires; les droits correspondants ne peuvent être exercés que par les sociétés de gestion agréées. L'ajout dans l'al. 1, *let. c*, tient compte, sur le plan formel, des nouveaux droits à rémunération visés à l'art. 24d. Le renvoi existant englobe également les droits à rémunération pour le prêt et l'utilisation à des fins scientifiques. Les *al. 2* et *3* reprennent en substance les *al. 2* et *3* de l'art. 40 de la loi en vigueur.

#### *Art. 41 Surveillance par la Confédération*

Quiconque a besoin d'une autorisation de l'IPI est désormais soumis à la surveillance de la Confédération. Les domaines relevant de la «gestion collective obligatoire»

continuent de faire l'objet de la surveillance de la Confédération. Mais la subordination des domaines ressortissant à ce qu'on appelle la «gestion collective facultative» est nouvelle. L'art. 41 élargit par conséquent l'activité de surveillance. L'introduction d'un contrôle exhaustif conduit à un alignement du droit suisse sur les règles en vigueur dans les pays voisins (comme l'Allemagne, l'Autriche et la France). Cette solution permet un contrôle global et exhaustif des activités exercées par les sociétés de gestion. Elle est justifiée par le fait qu'une autorisation de l'Etat consolide la position des sociétés de gestion tant vis-à-vis des titulaires de droits qu'à l'encontre des utilisateurs d'œuvres. Les sociétés souhaitant bénéficier d'une autorisation étatique doivent en contrepartie se soumettre à la surveillance de la gestion des affaires par l'IPI portant sur l'ensemble de leurs activités. La surveillance sur les tarifs est exercée par la Commission arbitrale fédérale (art. 55 à 60).

## Chapitre 2    *Gestion collective facultative*

### Art. 43a

S'inspirant du modèle scandinave, l'art. 43a introduit un dispositif juridique appelé la licence collective élargie (*extended collective license*). L'utilisation du terme «gestion collective facultative» s'explique pour des raisons de systématique de la loi. En vertu de l'*al. 1*, les sociétés de gestion sont autorisées à octroyer une licence pour un grand nombre d'œuvres (au sein des catégories d'œuvres qu'elles gèrent). Le critère du «grand nombre» est apprécié au cas par cas. Il est peu aisé de définir une limite fixe, valable pour toutes les catégories d'œuvres. Dans la pratique, ce nombre est vraisemblablement plus élevé pour les livres que pour les films. Cette licence peut même s'étendre aux œuvres dont le titulaire des droits n'est pas affilié à la société de gestion. Si ce dernier ne souhaite pas que ses œuvres soient gérées au sens de l'*al. 1*, il peut le communiquer à la société de gestion (*al. 2*). Cette possibilité est ouverte pour tous les titulaires de droits. A l'instar de l'art. 22b, une cessation de la gestion au sens de l'art. 43a, *al. 2*, a des conséquences sur les faits futurs. La société de gestion ne pourra ainsi plus concéder d'autorisation en vertu de l'*al. 1* pour les nouvelles demandes d'utilisation incluant l'œuvre du titulaire de droits en cause. Dans le cas de rapports d'obligation durables, il convient également d'évaluer de bonne foi à partir de quel moment il faut mettre un terme à l'utilisation et négocier une utilisation ultérieure avec le titulaire des droits.

Conformément à l'*al. 3*, les dispositions sur les tarifs (art. 55 à 60) s'appliquent à l'art. 43a ainsi qu'aux conventions autres que les tarifs. La pratique montrera si, dans le domaine d'application de l'art. 43a, on verra majoritairement des conventions bilatérales être négociées ou si l'on privilégiera de nouveaux tarifs. Les institutions publiques opéreront probablement pour la conclusion de conventions bilatérales. En tous les cas, les solutions retenues sont soumises à l'approbation de la Commission arbitrale fédérale.

### Art. 48    *Principes de répartition*

Le nouvel *al. 1<sup>bis</sup>* prévoit que l'IPI examine un règlement de répartition qui lui est soumis sous l'angle de son équité. Il permet de tenir compte du fait qu'il existe parfois des tensions entre les diverses obligations des sociétés de gestion. Ainsi, le principe de l'égalité de traitement exige une répartition aussi précise que possible des rémunérations perçues, ce qui peut toutefois entraîner des frais administratifs

plus élevés et déboucher sur une administration moins efficace. La manière de résoudre ce genre de situation conflictuelle est laissée à l'appréciation des sociétés de gestion. Il faut cependant tenir compte de ce paramètre dans l'examen des règlements de répartition en vue de leur approbation.

#### *Art. 51*

*L'al. 1<sup>bis</sup>* vient compléter le devoir de renseigner des utilisateurs d'œuvres vis-à-vis des sociétés de gestion. Il met en œuvre la recommandation du groupe de travail AGUR12 qui est d'avis qu'il convient d'exploiter pleinement le potentiel de réduction des coûts administratifs en développant de façon systématique la gestion électronique. Pour ce faire, il faut prévoir une obligation pour les utilisateurs de fournir les renseignements nécessaires (art. 51) dans un format électronique conforme à l'état de la technique afin que les sociétés de gestion puissent les utiliser directement en vue de la répartition. Au vu de l'évolution fulgurante de la technique, il ne fait pas sens d'inscrire dans la LDA une liste des formats admis. C'est pourquoi il importe que les négociations tarifaires entre utilisateurs et sociétés de gestion portent non seulement sur les rémunérations, mais aussi sur les données nécessaires à la gestion et sur les formats électroniques admis à cet effet, qui doivent être définis dans les tarifs.

La recommandation d'AGUR12 relative au développement de la gestion électronique inclut aussi l'obligation, pour les sociétés de gestion, d'échanger entre elles les données récoltées selon l'art. 51, afin que les utilisateurs n'aient pas à déclarer plusieurs fois des données identiques. *L'al. 1<sup>er</sup>* crée la base légale à cet effet. Les sociétés de gestion peuvent l'invoquer uniquement dans les cas où ces renseignements s'avèrent indispensables pour la conduite de leur activité. Un échange de données sortant de ce cadre nécessite un motif justificatif au sens de l'art. 13 de la loi du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)<sup>106</sup>.

#### *Art. 53                    Etendue de la surveillance*

Jusqu'à présent, l'IPI se limitait, dans l'examen des décisions et des activités des sociétés de gestion, à un simple contrôle de l'application du droit. *L'al. 1* prévoit qu'il pourra aussi vérifier, à l'avenir, si l'activité des sociétés de gestion est appropriée. Cette dernière est inappropriée lorsqu'une société de gestion agit certes dans la marge du pouvoir d'appréciation qui lui est attribué, mais qu'elle l'exerce d'une manière inadéquate par rapport à ce que la situation concrète aurait exigé.

#### *Art. 62                    Action en exécution d'une prestation*

Lorsque les fournisseurs de services de communication dérivés n'observent pas leurs nouvelles obligations de *take down* et de *stay down* (art. 66b et 66c), leur inaction menace des droits d'auteur ou des droits voisins. Il importe donc que les titulaires de droits concernés puissent engager des poursuites civiles à leur rencontre. L'ajout à *l'al. 1<sup>bis</sup>* concerne la violation des obligations visées aux art. 66b et 66c. Il vise uniquement à préciser les moyens de faire respecter ces nouvelles obligations. En revanche, si les obligations sont respectées, c'est l'exclusion de responsabilité visée à l'art. 66k, al. 1, qui s'applique.

<sup>106</sup> RS 235.1

En cas de violation de leur droit d'auteur, les titulaires de droits peuvent et doivent agir contre le contrevenant. Mais les infractions au droit d'auteur sur Internet posent des problèmes particuliers. Fortement préjudiciables, elles sont susceptibles d'induire de nombreuses violations consécutives par d'autres utilisateurs d'Internet qui partagent ces contenus ou continuent de les mettre en circulation de quelque autre manière. Dans ces cas, agir au plus vite est essentiel. Les mesures recommandées par AGUR12 pour lutter contre le piratage se concentrent dès lors principalement sur la possibilité de prévenir rapidement les violations du droit d'auteur sur Internet et misent sur le soutien des fournisseurs de services de télécommunication et des fournisseurs de services de communication dérivés<sup>107</sup> (cf. art. 66b ss). Il faut éviter, dans la mesure du possible, de mettre en cause les utilisateurs privés, autrement dit les personnes utilisant le système à des fins personnelles.

Dans les réseaux pair à pair de la deuxième génération<sup>108</sup>, le logiciel se connecte directement avec d'autres utilisateurs sans nécessiter de serveur centralisé. Le fournisseur de services de télécommunication et de services de communication dérivés ne peut dès lors pas apporter son concours puisqu'il n'existe plus d'exploitant de serveur centralisé en mesure de supprimer les contenus enfreignant le droit d'auteur. Un blocage s'avérerait disproportionné étant donné qu'il faudrait bloquer l'accès à de nombreux ordinateurs individuels. Dans la majorité des cas, les utilisateurs de réseaux pair à pair ne pourraient plus recevoir de courriels, ni se procurer des informations sur Internet. Les bénéfices d'un tel blocage ne seraient pas en rapport avec les effets défavorables qu'il entraîne. C'est pourquoi il importe, en cas de violations graves du droit d'auteur, de pouvoir déroger au système prévu à l'art. 66b ss, basé sur le soutien des fournisseurs de services de télécommunication et des fournisseurs de services de communication dérivés, et agir directement à l'encontre de l'utilisateur (al. 2, let. a, ch. 1, et al. 4). Le droit ne prévoyant pas d'action civile contre inconnu, il faut pouvoir identifier l'utilisateur dont la connexion a été utilisée de manière fautive.

Avec l'identification de l'utilisateur (limitée à des cas de violation grave) dans une procédure civile, on assiste à un changement de paradigme. Selon le droit en vigueur, celle-ci est obtenue dans le cadre d'une action pénale (art. 14, al. 4, de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)<sup>109</sup>; exception : recherche d'une personne disparue, cf. art. 3 LSCPT). Les violations du droit d'auteur étant punissables (art. 67 à 70), il est dès lors possible d'identifier l'utilisateur dans le cadre d'une procédure pénale. Dans la pratique, cela a contribué à ce que les titulaires de droits d'auteur utilisent le droit d'accès au dossier de la procédure pénale dans le seul but de faire valoir des prétentions civiles.<sup>110</sup>

<sup>107</sup> S'agissant des termes «fournisseurs de services de télécommunication» et «fournisseurs de services de communication dérivés» nous renvoyons au ch.1.3.

<sup>108</sup> Dans le cas des systèmes centralisés d'échange de données de la première génération, les utilisateurs se connectent entre eux par le biais d'un serveur (hôte) centralisé. L'ensemble des données que l'utilisateur partage est indexé et géré sur un serveur centralisé. En raison de l'indexation par le serveur, il fait sens que les titulaires de droits s'adressent à l'exploitant du serveur qui pourra désactiver le serveur d'indexation centralisé. Il s'agit d'une démarche efficace comme le montre l'exemple du site d'échange de musique Napster.

<sup>109</sup> **RS 780.1**

<sup>110</sup> PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE: 15<sup>e</sup> rapport d'activités 2007/2008, p. 37.

L'alternative à l'identification des usagers dans le cadre d'une procédure civile serait de mener la procédure pénale correspondante de façon conséquente. Mais cela signifierait qu'une partie de la population devrait tolérer des perquisitions policières et la saisie d'ordinateurs et de mémoires d'ordinateurs pour assurer la conservation des preuves. Cette approche constituerait, au final, une mesure autrement plus incursive pour les internautes. Elle aurait en outre pour conséquence de considérablement surcharger les autorités de poursuite pénale. Cette solution n'est dès lors pas viable.

Le droit de l'UE ne prescrit pas l'identification de l'utilisateur dans le cadre d'une procédure civile. La Directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (Directive sur l'application des droits)<sup>111</sup> prévoit toutefois des mesures de droit civil qui seraient rendues inefficaces si l'identification de l'utilisateur, qui est le préalable à l'application des droits, n'était pas autorisée.<sup>112</sup> En Allemagne et en Autriche, l'identification de l'utilisateur est possible dans une procédure civile.

La nouvelle disposition régissant l'action en exécution d'une prestation découle de l'ATF 136 II 508 (Logistep), dans lequel le TF a observé qu'il appartenait au législateur de prendre les mesures nécessaires pour assurer une protection des droits des auteurs appropriée aux nouvelles technologies. Pour défendre les droits d'auteur par la voie civile dans le cas d'une utilisation de réseaux pair à pair, le titulaire de droits doit pouvoir identifier le détenteur de l'accès à Internet, autrement dit l'utilisateur. Pour ce faire, il a besoin de certaines données accessoires (adresse IP, date, heure et période de la mise à disposition de l'œuvre protégée) et de l'empreinte digitale électronique (valeur de hachage) des œuvres protégées par le droit d'auteur mises à disposition. Dans son arrêt Logistep, le TF a estimé qu'en l'espèce, les adresses IP étaient des données personnelles au sens de l'art. 3, let. a, LPD. L'utilisation des adresses IP dans le cadre d'une procédure civile nécessite par conséquent une base légale suffisante, qui est créée notamment avec l'art. 66j. Cet article définit sous quelles conditions un traitement des données est licite.

Le TF a en outre souligné, dans son arrêt Logistep, qu'il fallait procéder à une pesée des intérêts et qu'il ne s'agissait pas, de manière générale, de faire primer la protection des données sur la protection du droit d'auteur. Avec la limitation aux violations graves du droit d'auteur (*al. 2, let. a, ch. 1, et 4*), l'équilibre est observé. Elle permet aussi de faire en sorte que le secret des télécommunications vis-à-vis des utilisateurs privés d'Internet ne soit levé que dans des cas exceptionnels, et que les fournisseurs de services de télécommunication ne soient pas submergés par des injonctions d'identification. En vertu de l'*al. 2, let. a, ch. 1*, il suffit que les violations graves du droit d'auteur soient rendues vraisemblables. L'appréciation judiciaire de l'existence d'une violation du droit d'auteur ne peut pas faire l'objet de la procédure d'identification de l'utilisateur. Cette question relève de la procédure civile à l'encontre de l'utilisateur dont la connexion a été utilisée pour le comportement fautif.

L'*al. 2, let. a, ch. 2*, restreint le droit d'accès aux données révélant des violations commises par le biais de réseaux pair à pair.

L'exigence inscrite à l'*al. 2, let. a, ch. 3*, de l'envoi préalable de deux messages d'information (art. 66g) garantit que seuls les usagers qui n'ont pas respecté leurs

<sup>111</sup> JOCE L 157 du 30.04.2004, p. 45.

<sup>112</sup> OBERGFELL, EVA INES / HERBORT, NINA ELISABETH, Der Drittauskunftsanspruch gegen Access-Provider gemäss § 101 Abs. 1 und 2 S. 1 Nr. 3 UrhG - ein gesetzgeberisches Glanzstück oder Stückwerk, ZGE/IPJ (2013), p. 494.

obligations intentionnellement (à savoir avec conscience et volonté) soient identifiés. Cette approche permet également de pallier au fait que la personne qui porte atteinte aux droits d'auteur (autrement dit l'utilisateur du système d'échange de données) n'est pas obligatoirement l'utilisateur. Il suffit de penser à une colocation d'étudiants dans laquelle tous les locataires utilisent la même connexion à Internet, mais où seul un résident mettrait illicitement des œuvres à disposition par le biais de réseaux pair à pair. L'utilisateur reçoit un premier message d'information, puis un second si des violations graves du droit d'auteur sont constatées. Il est donc au courant que sa connexion est utilisée de façon abusive. Il a la possibilité de contrôler sa connexion, de la sécuriser et de parler avec les autres utilisateurs. S'il reste inactif, il accepte (ce qu'on appelle le *dol* éventuel) que des abus continuent d'être commis par le biais de sa connexion. En rendant les usagers en cause attentifs aux conséquences possibles de leurs agissements par le biais de deux messages d'information préalables, on leur donne la possibilité d'éviter l'identification s'ils modifient leur comportement.

L'al. 2, *let. b*, précise en outre que les fournisseurs de services de télécommunication ne sont pas tenus de conserver les données. L'identification de l'utilisateur ne peut dès lors avoir lieu que si les données correspondantes sont encore disponibles chez le fournisseur de services de télécommunication.

En présence des conditions énoncées à l'al. 2, le tribunal civil compétent ordonne l'identification de l'utilisateur dans une procédure sommaire. Le CPC est complété avec une disposition correspondante (cf. art. 251a CPC). La compétence à raison du lieu est régie par les règles en vigueur du CPC. Le requérant doit rendre vraisemblable que les conditions sont remplies. Un fait est déjà établi comme vraisemblable lorsque certains éléments parlent en faveur de son existence, même si le tribunal tient encore pour possible qu'il ne se soit pas produit (ATF 130 III 321, consid. 3.3).

En vertu de l'al. 3, les coûts occasionnés par l'identification sont à la charge de la personne lésée. Le fournisseur de services de télécommunication peut faire valoir son droit en justice. Lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le montant de l'indemnité, c'est le juge qui tranche. Les dépens sont intégralement remboursés pour autant que les coûts sont démontrés et qu'ils se situent dans un cadre usuel pour ce type d'activité. Le juge tiendra notamment compte du fait que le fournisseur de services de télécommunication est impliqué dans une procédure uniquement en raison d'une question technique.

L'al. 4 précise dans quels cas on peut parler d'une violation grave du droit d'auteur. C'est d'une part le cas lorsque des utilisateurs d'Internet proposent de très grands catalogues d'œuvres qui sont disponibles ou accessibles de manière licite en Suisse. Par offre licitement accessible en Suisse, on entend par exemple aussi une offre provenant des Etats-Unis qui peut être achetée licitement en Suisse. Il n'est donc pas exigé que le fournisseur ait son siège en Suisse. Il incombera au juge de décider au cas par cas ce qu'il faut entendre par «un grand nombre d'œuvres ou d'autres objets protégés». Le but poursuivi par la formulation retenue est de souligner que le principe de non-criminalisation des utilisateurs d'Internet ne doit pas être compromis. La disposition vise des cas comme celui qui a occupé la Suisse il y a quelques années : quelque 13 000 fichiers audio différents auraient prétendument été proposés au téléchargement à l'échelle mondiale à partir de la connexion Internet d'un particulier à un moment précis. Le critère de l'accessibilité et de la disponibilité «en Suisse» découle automatiquement du principe de territorialité applicable en droit d'auteur. D'autre part, il y a violation grave lorsque des films encore inédits, par exemple sous

forme de copies préliminaires DVD, sont proposés par le biais de réseaux décentralisés. A titre d'exemple, le film *The Hobbit* a été téléchargé plus de 2 millions de fois en deux jours à partir de sites pirates dès son apparition sous forme de version préliminaire<sup>113</sup>.

### *Chapitre 1a Obligations des fournisseurs de services de télécommunication et des fournisseurs de services de communication dérivés*

La coopération des fournisseurs de services de télécommunication et de services de communication dérivés est au cœur des mesures visant l'optimisation de la situation des artistes. La proximité au contenu joue un rôle déterminant dans l'étendue des obligations de collaborer.

Les fournisseurs de services de communication dérivés (hébergeurs au sens large) mettent de l'espace à disposition sur leurs serveurs pour que les utilisateurs puissent stocker et publier des documents, des recueils de données et des sites Internet. Il est illusoire de penser qu'ils puissent exploiter une telle offre sans que certains contenus portant atteinte à des droits d'auteur ou à des droits voisins soient rendus accessibles par le biais de leurs serveurs.

Le fournisseur de services de communication dérivés, sur le serveur ou la plateforme duquel a été stocké du contenu portant atteinte au droit d'auteur, est plus proche des contenus que le fournisseur de services de télécommunication. Il est dès lors mieux placé pour lutter contre les violations du droit d'auteur. L'obligation qui lui est faite de retirer sans délais les contenus portant atteinte au droit d'auteur faisant l'objet d'une communication ou de bloquer son accès s'inspire de l'art. 14, al. 1, let. b, de la Directive sur le commerce électronique<sup>114</sup>. L'obligation supplémentaire de veiller à ce que les œuvres concernées ne soient pas immédiatement réintroduites (ce qu'on appelle le *stay down*) reprend la recommandation d'AGUR12 et suit l'arrêt de la Cour fédérale de justice allemande dans l'affaire «Alone in the Dark»<sup>115</sup>.

Les fournisseurs de services de communication dérivés ayant siège en Suisse peuvent se libérer de l'obligation du *stay down* en s'affiliant à un organisme d'autorégulation, qui doit également avoir son siège en Suisse, et en s'engageant à ce que leur modèle commercial ne repose pas sur l'encouragement de violations systématiques du droit d'auteur (art. 66c). Dans les faits, l'affiliation à un organisme d'autorégulation devrait devenir la règle. De l'avis d'AGUR12, les cas de modèles commerciaux basés sur l'encouragement de violations systématiques du droit d'auteur sont isolés; les milieux concernés au sein du groupe de travail ont donc convenu qu'une autorégulation était en principe suffisante pour remédier au problème.

Dans le contexte d'Internet, il est essentiel que les contenus soient retirés rapidement et efficacement en raison de leur potentiel de diffusion important et de leur caractère fortement préjudiciable attribuable aux infractions consécutives. Il est toutefois difficile d'agir lorsque le fournisseur de services de communication dérivés sur le serveur duquel se trouve l'offre a son siège à l'étranger ou le dissimule. Pour pouvoir réagir dans un délai raisonnable dans ces cas également, l'auteur est tributaire de la collaboration du fournisseur de services de télécommunication (fournisseur d'accès)

<sup>113</sup> [http://www.soaktuell.ch/index.php?page=/news/oscar-verleihung-ist-jeweils-ein-segen-fuer-film-piraten\\_7557](http://www.soaktuell.ch/index.php?page=/news/oscar-verleihung-ist-jeweils-ein-segen-fuer-film-piraten_7557).

<sup>114</sup> Cf. n.62.

<sup>115</sup> Arrêt du 12 juin 2013 - I ZR 18/11.

ayant son siège en Suisse. Compte tenu de la proximité nettement moindre aux contenus, les obligations de collaborer des fournisseurs de services de télécommunication sont moins étendues. Elles se limitent à collaborer, en présence de certaines conditions strictement définies, par le blocage de l'accès aux contenus portant atteinte au droit d'auteur. Sont ciblés les sites Internet qui hébergent principalement des offres pirates (sites pirates). Ne sont pas visées les offres d'œuvres et autres objets isolés rendus accessibles de manière illicite qui se trouvent sur des sites proposant essentiellement des contenus licites.

Pour une meilleure lisibilité, les nouvelles obligations faites aux fournisseurs de services de télécommunication et aux fournisseurs de services de communication dérivés sont regroupées dans un chapitre spécifique. Dans le cadre de la rédaction du message, il faudra réexaminer et modifier la place de ces dispositions en matière de droit civil et administratif dans la systématique législative.

*Art. 66b Obligations des fournisseurs de services de communication dérivés*

Les fournisseurs de services de communication dérivés (hébergeurs Internet au sens large) sont en mesure d'apporter une contribution essentielle à la lutte contre le piratage en veillant à ce que les contenus portant atteinte au droit d'auteur soient retirés ou bloqués au plus vite, et qu'ils ne soient pas réintroduits. En cas de violations du droit d'auteur commises par leurs clients, ils sont tenus, en vertu de l'*al. 1*, de retirer les contenus désignés ou d'en bloquer l'accès (*take down*) sur communication du titulaire de droits d'auteur ou de droits voisins ou d'une autorité. Les *al. 1 à 3* codifient la procédure que la plupart des fournisseurs de services de communication dérivés appliquent déjà. Sur communication d'un titulaire de droits ou d'une autorité compétente, le fournisseur de services de communication dérivés retire immédiatement, dans un premier temps, les contenus désignés comme enfreignant un droit d'auteur ou un droit voisin ou les bloque. Il importe de transmettre rapidement au client, à savoir celui qui propose les contenus portant atteinte au droit d'auteur (le fournisseur de contenus) la communication en question. Si un fournisseur de contenu fait ensuite opposition contre le blocage ou le retrait des contenus et qu'il désigne un domicile de notification en Suisse, le blocage est levé sans délai et le contenu rendu à nouveau accessible. L'opposition ne doit pas être motivée. Il appartient au titulaire des droits, par le biais d'un accord ou d'une mesure provisionnelle ordonnée par un tribunal, de demander un nouveau blocage ou retrait du contenu, puis de tirer l'affaire au clair (devant la justice). En cas d'opposition, l'identité du fournisseur de contenus concerné lui est communiquée afin qu'il puisse introduire la procédure civile correspondante.

Lorsque les fournisseurs de services de communication dérivés ne sont pas membres d'un organisme d'autorégulation, ils sont en outre tenus, en vertu de l'*al. 4*, de veiller à ce que la violation des droits sur les œuvres concernées ne se répète pas (*stay down*). Pareille obligation ne leur est imposée que dans la mesure de ce qui peut être raisonnablement exigé d'un point de vue technique et économique et pour autant qu'elle soit proportionnée. Un contrôle complet des contenus mis à disposition par le biais du serveur d'un fournisseur de services de communication dérivés ne serait ni techniquement ni économiquement raisonnable; il n'est donc pas nécessaire. Il serait de plus difficilement compatible avec les principes de la protection des données et du droit de la personnalité. Il est en revanche possible d'exiger d'un fournisseur de services de communication dérivés des mesures de contrôle limitées, comme un contrôle global des ressources de liens et l'obligation d'identifier, par le biais de

moteurs de recherche généraux, de recherches formulées de manière appropriée ou, le cas échéant, à l'aide de robots d'exploration, s'il y a dans les contenus dénoncés des indications vers d'autres liens enfreignant le droit d'auteur.

Il est possible de faire respecter les obligations visées à l'art. 66b par la voie civile (art. 62, al. 1<sup>bis</sup>) en cas d'inobservation. La procédure est régie par le CPC. Si le fournisseur de services de communication dérivés respecte en revanche ses obligations, il ne peut pas être tenu pour responsable (art. 66k, al. 1).

*Art. 66c Autorégulation des fournisseurs de services de communication dérivés*

Les fournisseurs de services de communication dérivés ayant leur siège en Suisse peuvent s'affilier à un organisme d'autorégulation qui doit aussi avoir son siège en Suisse. L'al. 1 s'inspire de l'autorégulation telle qu'elle est prévue à l'art. 24 de la loi du 10 octobre 1997 <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19970427/index.html> - Truesur le blanchiment d'argent<sup>116</sup>. L'autorégulation relève du droit privé. De plus, l'al. 1 spécifie explicitement que le modèle commercial des fournisseurs de services de communication dérivés affiliés à un organisme d'autorégulation ne doit pas se fonder sur l'encouragement de violations systématiques du droit d'auteur.

En vertu de l'al. 2, les organismes d'autorégulation édictent un règlement définissant les obligations des fournisseurs de services de communication dérivés affiliés. Il s'agit d'un règlement d'association relevant du droit privé. Aujourd'hui, ces formes d'autorégulation existent déjà. La *Swiss Internet Industry Association* (simsa) s'est dotée par exemple d'un code de conduite régissant la procédure en cas de violations du droit d'auteur ou de droits voisins et statuant un devoir de diligence correspondant. Celui-ci est par ailleurs contraignant pour les titulaires du label de qualité simsa «*Swiss Quality Hosting*». La deuxième phrase de l'al. 2 précise que l'art. 66c s'applique comme *lex specialis* de l'art. 66b, al. 4. Les fournisseurs de services de communication dérivés affiliés à un organisme d'autorégulation doivent respecter les obligations qui leur sont imposées en application du règlement. L'obligation de *stay down* visée à l'art. 66b, al. 4 ne s'applique pas.

Outre les devoirs de diligence des fournisseurs de services de communication dérivés affiliés, le règlement doit contenir au minimum les exigences visées à l'al. 3. En vertu de cet alinéa, il doit prévoir une procédure de *take down* impliquant, sur le plan matériel, des obligations similaires à la procédure prévue par l'art. 66b, al. 1 à 3.

Etant donné que l'affiliation à un organisme d'autorégulation a des conséquences pour le fournisseur de services de communication dérivés en termes de poursuite civile (exclusion du *stay down*), il y a lieu de régler expressément les conditions relatives à l'affiliation et à l'exclusion. Pour ce faire, il faut accorder une importance particulière à l'art. 2 LCD<sup>117</sup>. Les conditions ne doivent pas influencer les relations entre les divers fournisseurs de services de communication dérivés en tant que concurrents. Il est par exemple interdit de refuser l'affiliation à un organisme d'autorégulation à un seul fournisseur de services de communication dérivés dans le but de le pénaliser par rapport à la concurrence.

<sup>116</sup> RS 955.0

<sup>117</sup> RS 241

L'al. 5 prévoit une surveillance des organismes d'autorégulation par l'IPI. Celle-ci se limite au domaine de la lutte contre les violations du droit d'auteur. Elle ne s'étend par conséquent pas à des situations dans lesquelles des aspects relevant uniquement du droit de la personnalité sont en jeu. L'examen des dispositions réglementaires ne porte que sur les normes pertinentes pour le droit d'auteur, notamment les prescriptions énumérées à l'al. 3, let. a à c. En vertu de l'art. 13, al. 1, LPI<sup>118</sup>, cette surveillance donne lieu au paiement d'une taxe.

#### Art. 66d *Blocage de l'accès aux offres*

Lorsque le fournisseur de services de communication dérivés a son siège à l'étranger ou le dissimule, un deuxième niveau d'intervention<sup>119</sup> est prévu à l'art. 66d: il impose aux *fournisseurs de services de télécommunication (fournisseurs d'accès)* ayant siège en Suisse de bloquer, dans certains cas, l'accès aux offres. Etant moins proches des contenus, ces derniers sont appelés à coopérer dans la lutte contre le piratage dans un second temps.

Le blocage de l'accès aux offres doit être proportionné au cas d'espèce, autrement dit, approprié, nécessaire et adéquat en vue d'atteindre l'objectif visé (lutte contre le piratage). Sont donc ciblés les sites Internet qui hébergent principalement des offres pirates. Si une page Web ne rend accessibles de manière illicite que quelques œuvres et autres objets protégés parmi de nombreux contenus licites, son blocage ne serait pas proportionné.

La loi ne dit rien sur l'aménagement des blocages de l'accès aux offres étant donné qu'ils sont susceptibles d'évoluer avec les développements techniques. La mesure arrêtée doit aussi être proportionnée sur le plan technique ou sur celui de l'exploitation pour le fournisseur de services de télécommunication. Dans la négative, ce dernier peut faire opposition comme prévu à l'art. 66e, al. 2, let. b. En l'état actuel de la technique, il est probable que les mesures seront principalement mises en œuvre sous la forme de verrouillage des adresses IP ou DNS.

Dans le cas du verrouillage des adresses IP, le fournisseur de services de télécommunication bloque l'accès à un serveur sous une adresse IP spécifique. Les internautes continuent donc d'accéder à Internet, mais pas au serveur bloqué. Dans le cas du verrouillage d'une adresse DNS, le serveur DNS n'attribue plus au fournisseur de services de télécommunication l'adresse IP nécessaire à l'établissement de la connexion au nom de domaine fautif. Pour l'essentiel, la décision de savoir si dans le cas concret il convient de procéder à un verrouillage IP, un verrouillage DNS ou à une combinaison des deux méthodes est fonction de l'*overblocking* que l'une ou l'autre des méthodes pourrait entraîner. Inacceptable, l'*overblocking* cause un dommage collatéral dans la mesure où les contenus licites sont bloqués parallèlement aux contenus illicites, ce qui induit une atteinte à la liberté d'opinion (art. 10 CEDH). En l'affaire Ahmet Yildirim<sup>120</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé l'application, par les autorités turques, de la décision de la justice turque de bloquer totalement l'accès à Google, bien qu'une seule page hébergée sur le site ait été visée par l'injonction de blocage, de contraire à la CEDH. Elle a en outre reproché à la justice

<sup>118</sup> RS 172.010.31

<sup>119</sup> Dans le premier niveau d'intervention, les *fournisseurs de services de communication dérivés* sont tenus de supprimer de leurs serveurs les contenus portant atteinte au droit d'auteur et de veiller à ce qu'ils ne soient pas immédiatement réintroduits (art. 66b et 66c).

<sup>120</sup> Arrêt CEDH en l'affaire Ahmed Yildirim contre la Turquie (n. 66).

turque de ne pas avoir envisagé d'autres mesures aux effets collatéraux moins incifs.

Indiqués pour entraver la recherche de contenus illicites, les blocages de l'accès aux offres constituent un moyen efficace pour lutter contre le piratage dès lors qu'il existe des alternatives légales attrayantes. Leur contournement étant cependant relativement aisé, ils n'offrent pas une protection absolue. C'est pourquoi dans le cadre de son débat sur la lutte contre le piratage, le groupe de travail AGUR12 a envisagé d'autres méthodes, notamment l'approche *follow the money*, dont l'idée est d'associer les services payants, les sociétés émettrice de cartes de crédit, ainsi que PayPal et les acteurs de la publicité en ligne, pour faire en sorte que l'exploitation de sites pirate devienne moins lucrative. Ces méthodes alternatives constitueraient certes des mesures de pareille efficacité tout en étant moins radicales<sup>121</sup>, mais elles ne sont pas encore suffisamment mûries.

Les blocages de l'accès aux offres doivent être ordonnés avec réserve et en dernier recours, car les moyens de les neutraliser sont susceptibles de compromettre la stabilité d'Internet. C'est également l'avis d'AGUR12, qui préconise de limiter cette mesure aux cas graves afin que les fournisseurs de services de télécommunication n'aient pas à y recourir de manière excessive. Les mesures de verrouillage ont aussi une fonction informative : la redirection automatique vers une page mise à disposition par l'IPI informe les internautes du blocage et les rend attentifs à l'illicéité de l'offre.

L'IPI tient une liste des offres bloquées (*al. 2*), notifiée sous la forme d'une décision de portée générale. Ce type de décision règle certes un cas d'espèce, mais s'adresse à une multitude de destinataires et permet d'ordonner, en l'occurrence, à tous les fournisseurs de services de télécommunication potentiellement concernés de bloquer l'accès aux sites Internet qui y figurent (*al. 1*).

L'IPI ordonne le blocage lorsque les conditions suivantes sont réunies (*al. 2*). L'offre d'œuvres et autres objets protégés rendus accessibles de manière manifestement illicite doit être consultable en Suisse. De plus, le fournisseur de services de communication dérivés sur le serveur duquel se trouve l'offre doit avoir son siège à l'étranger ou le dissimule. Enfin, les œuvres et autres objets protégés doivent être accessibles de manière licite ou disponibles en Suisse. Dans sa communication à l'IPI, qui est l'autorité compétente, la personne qui subit une violation de son droit d'auteur est tenue de rendre vraisemblable que ces conditions sont remplies. Si les offres sont visiblement exploitées depuis la Suisse, la personne lésée communique directement la violation au fournisseur de services de communication dérivés (conformément aux art. 66b, al. 1, ou 66c, al. 3, let. b) ou entreprend une action en cessation en vertu de l'art. 62, al. 1, let. b, si elle connaît l'identité du contrevenant.

L'offre est « manifestement illicite » au sens de *al. 2, let. b*, lorsqu'elle est exclusivement composée d'œuvres rendues accessibles de manière illicite. Tombent également sous le coup de cette disposition les cas où quelques offres licites servent d'artifice pour déguiser le véritable but du site, à savoir mettre en circulation des œuvres rendues accessibles de manière illicite.

La liste des offres bloquées devra être mise à jour régulièrement, mais il est peu aisé, à ce jour, d'évaluer la fréquence. Sur le plan pratique, il faudra trouver un équilibre

<sup>121</sup> Cf. l'arrêt britannique *Cartier, Montblanc and Richemont v BSKyB, BT, TalkTalk, EE and Virgin* (Open Rights Group intervening) [2014] EWHC 3354 (Ch).

entre les intérêts des personnes qui subissent une violation de leurs droits à une réaction aussi rapide que possible en termes de blocage et la préoccupation des fournisseurs de services de télécommunication à ne pas être submergés par les mesures de verrouillage. Pour l'heure, le Conseil fédéral estime qu'une mise à jour mensuelle de la liste constituerait un compromis acceptable.

La liste contiendra les données permettant aux fournisseurs de services de télécommunication de la mettre en œuvre sans difficulté, à savoir, en l'état les noms de domaines pour les verrouillages DNS et les adresses IP pour les verrouillages IP. Mais le contenu peut évoluer en fonction des progrès techniques.

En tant qu'autorité compétente, l'IPI n'est pas tenu de traquer les offres non autorisées sur Internet. Il appartient aux titulaires de droits lésés de demander le blocage (*al. 1*) et de rendre vraisemblable que les conditions pour le mettre en œuvre sont réunies (*al. 2*). Sur la base de la demande, l'IPI doit vérifier l'offre suspecte et décider d'approuver ou non le blocage et donc de l'intégrer ou non dans la liste des offres bloquées.

L'ouverture d'une procédure administrative relative au blocage des offres rendues accessibles de manière manifestement illicite ne signifie pas *a contrario* qu'une ordonnance judiciaire rendue au terme d'une action en cessation ou en suppression correspondante soit inadmissible.

La personne qui subit une violation doit dédommager de manière appropriée l'IPI et le fournisseur de services de télécommunication pour les coûts engendrés par le blocage (*al. 3*). Les dépens sont intégralement remboursés pour autant que les coûts se situent dans un cadre usuel pour ce type d'activité. L'IPI prélève des taxes pour la tenue de la liste des offres bloquées (art. 13, al. 1, LIPI<sup>122</sup>).

#### *Art. 66e Notification de la décision de blocage et procédure d'opposition*

La publication dans la Feuille fédérale prévue à l'*al. 1* tient lieu de notification de la décision de blocage. Les destinataires de la décision sont les fournisseurs de services de télécommunication. Bien que les fournisseurs de contenus et les fournisseurs de services de communication dérivés ne soient pas les destinataires directs de la décision de blocage, ils sont aussi concernés puisque l'accès à leur offre est bloqué. L'*al. 2* octroie un droit d'opposition à toutes les personnes concernées, lesquelles ont qualité de parties au sens de l'art. 6 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)<sup>123</sup>. Identifier le cercle de ces personnes exigerait des efforts disproportionnés et occasionnerait des frais excessifs. Il suffit de penser au site de partage Megaupload, qui hébergeait apparemment surtout des offres pirates et comptait plus de 150 millions d'utilisateurs<sup>124</sup>. De plus, un grand nombre de fournisseurs de services de communication dérivés fait en sorte de rester hors d'atteinte (en dissimulant p.ex. leur siège). Les conditions d'une notification par le biais d'une publication officielle (art. 36 PA) sont dès lors remplies et la méthode retenue justifiée. Seul un renvoi au site de l'IPI en tant qu'autorité compétente paraît dans la Feuille fédérale, la liste complète des offres bloquées étant publiée sur son site. Dès la publication de la liste, les offres qui y figurent sont bloquées. La liste est envoyée

<sup>122</sup> RS 172.010.31

<sup>123</sup> RS 172.021

<sup>124</sup> <https://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/justice-department-charges-leaders-of-megaupload-with-widespread-online-copyright-infringement>.

aux fournisseurs de services de télécommunication annoncés au sens de l'art. 4, al. 1, de la loi sur les télécommunications<sup>125</sup>. Les informer directement se justifie, selon la pratique, en raison du temps limité dont ils disposent pour faire opposition (cf. *al. 3, let. b*). Lorsque le siège d'un fournisseur de services de communication dérivés est exceptionnellement connu, il est possible de lui envoyer une copie du texte publié pour information.

La procédure d'opposition visée à l'art. 66e constitue une procédure de recours devant être introduite auprès de la même autorité qui a pris la décision. L'opposition doit donc être adressée à l'IPI, lequel a émis la décision. Les fournisseurs de contenus, les fournisseurs de services de communication dérivés et les fournisseurs de services de télécommunication n'ont aucune possibilité de donner leur version des faits avant la notification de la décision. C'est pourquoi la procédure d'opposition leur accorde a posteriori le droit d'être entendu, ce qui garantit une pesée complète des intérêts en présence.

*L'al. 2, let. a*, accorde ce droit parce qu'il est déjà arrivé par le passé que des offres rendues accessibles de manière manifestement illicite deviennent des offres licites. L'exemple le plus connu est certainement celui de Napster, l'une des premières bourses d'échange, qui a été déclarée coupable de contribuer à la violation de droits d'auteur. Par la suite, toutefois, Napster a été en mesure de négocier les licences nécessaires et est aujourd'hui un fournisseur légal. Les fournisseurs touchés par une décision de blocage sont dès lors habilités à faire opposition en tout temps, dans la mesure où les conditions relatives au blocage ne sont plus remplies. Si l'opposition est acceptée, l'offre en cause est supprimée de la liste des offres bloquées. Si elle est rejetée, la décision est confirmée et l'offre demeure sur la liste.

*L'al. 2, let. b*, habilite les fournisseurs de services de télécommunication à faire opposition contre la décision lorsque les mesures nécessaires pour bloquer l'accès aux offres nouvellement intégrées dans la liste ne répondent pas au principe de proportionnalité sur le plan technique ou sur celui de l'exploitation. Les mesures techniques à mettre en œuvre peuvent ainsi s'avérer trop compliquées ou elles sont susceptibles d'entraîner un *overblocking*. Le délai d'opposition de 30 jours commence à courir à compter de la publication de la décision de blocage dans la Feuille fédérale (*al. 3, let. b*).

En vertu de *l'al. 4*, l'opposition a un effet suspensif. L'IPI a toutefois la faculté de retirer l'effet suspensif à l'opposition lorsque des motifs importants requièrent l'exécution immédiate de la décision. Il suffit de penser à des films encore inédits (*previews*) proposés illicitement et dont il faut bloquer l'accès. Si le fournisseur fait opposition, la disponibilité des films pendant la durée de la procédure d'opposition compromettrait fortement leur exploitation et le but de la décision serait déjoué.

Si l'opposition a été valablement formée, l'IPI revoit sa décision conformément à *l'al. 5*. S'il entend faire droit aux conclusions de l'opposant, il peut soit reconsidérer la décision contestée, soit rendre une décision sur opposition. L'IPI n'est pas lié par les conclusions présentées, ce qui signifie qu'on peut même imaginer que la décision attaquée soit modifiée en défaveur de la partie qui fait opposition. Au terme de la procédure d'opposition, la saisie du Tribunal administratif fédéral par voie de re-

cours est ouverte. La procédure respecte les principes généraux de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF)<sup>126</sup> et la PA<sup>127</sup>.

*Art. 66f Information aux usagers*

Lors de blocages, les utilisateurs d'Internet ne voient pas forcément que l'accès est bloqué et pourraient penser qu'il s'agit d'un problème technique. Les questions de la clientèle à ce sujet sont susceptibles de causer une charge supplémentaire considérable au fournisseur de services de télécommunication. C'est pourquoi l'*al. 1* stipule que les blocages doivent être reconnaissables aussi pour les usagers d'Internet. L'information aux usagers figure également parmi les recommandations d'AGUR12. En l'état actuel de la technique, celle-ci aura lieu sous la forme d'une page d'arrêt, par le biais de laquelle les usagers (utilisateurs d'Internet) sont informés que l'offre en cause a été identifiée comme une offre pirate et que l'accès au fournisseur concerné a été bloqué sur ordre des autorités.

L'exploitation de la page d'information par l'autorité compétente assure l'objectivité de l'information sur le blocage et ses raisons. Dans la mesure du possible, les fournisseurs de services de télécommunication devraient par conséquent rediriger les usagers qui souhaitent accéder à l'offre bloquée vers le site de l'autorité concernée.

*Art. 66g Envoi de messages d'information*

Le nouveau système de lutte contre le piratage sur Internet n'a pas les particuliers pour cible, à l'exception de la procédure prévue contre les usagers qui portent gravement atteinte aux droits d'auteur par le biais de systèmes décentralisés d'échange de données (art. 62a). La réglementation prévue s'inscrit dans le sillage des recommandations du groupe de travail AGUR12 puisque même dans ces cas la voie judiciaire reste une exception. C'est uniquement lorsque le titulaire de droits constate que la connexion d'un utilisateur privé (autrement dit un usager) est utilisée pour porter gravement atteinte à des droits d'auteur par le biais de systèmes pair à pair que celui-ci peut obtenir les informations sur l'identité de cet usager et engager des poursuites civiles à son encontre si celui-ci ne modifie pas son comportement malgré les messages d'information (art. 62a, al. 1).

Dans un premier temps, le titulaire de droits peut exiger du fournisseur de services de télécommunication concerné qu'il envoie un message d'information à l'usager en cause (*al. 1*). Si les adresses IP utilisées permettent au titulaire de droits d'identifier le fournisseur de services de télécommunication, l'identification de l'usager est impossible. Le titulaire doit dès lors s'adresser au fournisseur de services de télécommunication compétent pour qu'il identifie l'usager par le biais des adresses IP et informe ce dernier des faits constatés, de la situation juridique et des conséquences du non-respect, ainsi que des possibilités dont il dispose. Lorsque l'usager est le contrevenant, il peut modifier son comportement et éviter la communication de son identité au titulaire de droits ainsi que l'action civile. Si l'usager n'est pas le contrevenant, il lui faudra vérifier que sa connexion est sécurisée contre l'utilisation par des tiers et s'assurer que les tiers qui utilisent la connexion avec son accord (p.ex. des membres de la famille) ne se rendent pas fautifs. Il obtient à cet effet un délai de deux mois (cf. *al. 2*). Si durant cette période le fournisseur de services de télécom-

<sup>126</sup> RS 173.32

<sup>127</sup> RS 172.021

munication reçoit d'autres communications concernant le même usager, il n'entame aucune action supplémentaire.

Si, au terme de ces deux mois, il constate, dans le cadre du traitement d'une communication, que l'utilisateur en question a déjà reçu un message d'information, il lui envoie un deuxième message d'information sous forme papier (*al. 2*) à l'adresse postale actuelle connue de l'utilisateur. AGUR12 avait recommandé l'envoi d'un message d'information aux utilisateurs. Or, de l'avis du Conseil fédéral, un seul message, généralement envoyé par voie électronique, n'est pas suffisant, car il risque de se fondre dans la masse des courriels quotidiens, d'être bloqué par le filtre de courriers indésirables ou de ne pas recevoir, pour d'autres motifs, l'attention qu'il mérite. Le projet de révision prévoit par conséquent deux messages d'information, le deuxième devant être envoyé sous forme papier pour les raisons susmentionnées.

Si une autre communication est formulée après l'expiration d'un délai de deux mois à compter de l'envoi du deuxième message d'information et pendant une période maximale de douze mois à compter de l'envoi du premier message d'information, le fournisseur de services de télécommunication informe l'auteur de la communication de l'envoi des messages d'information et de la possibilité d'identifier l'utilisateur dont la connexion a été utilisée en violation du droit. La personne qui communique peut dès lors demander à un tribunal civil d'ordonner au fournisseur de services de télécommunication d'identifier l'utilisateur (art. 62a, al. 1). Tous les titulaires de droits subséquents qui envoient une communication concernant le même utilisateur bénéficient également de la possibilité d'introduire une procédure à des fins d'identification.

Après l'expiration d'un délai de douze mois à compter de l'envoi du premier message d'information, toutes les communications concernant l'utilisateur sont effacées par la destruction des données stockées (*al. 4, let. a*).

Tous les titulaires de droits ont qualité pour déposer une demande. Dans la pratique, il s'agira avant tout des titulaires de droits dont les droits ont été gravement violés. Limiter au préalable la qualité pour déposer une demande aux personnes gravement lésées dans leurs droits ne fait pas sens étant donné qu'on ne peut pas imposer aux fournisseurs de services de télécommunication d'estimer l'étendue effective de la violation des droits. La limitation de la qualité pour agir n'intervient donc que dans le cadre de la procédure visant à identifier l'utilisateur, qui présuppose que la violation de droits d'auteur ou de droits voisins ait été rendue vraisemblable (art. 62a).

On ne peut pas exclure que dans des cas exceptionnels, on accède à des réseaux pair à pair par le biais d'une connexion autre qu'une connexion privée (par ex. une connexion d'une entreprise ou d'une école). Dans ces cas de figure, les messages d'information n'ont aucun sens. On peut supposer que les entreprises et les écoles sont au fait de la situation juridique, qu'elles ont mis en place des dispositifs de sécurité et édicté un règlement d'utilisation. Des dispositifs plus poussés impliqueraient une surveillance du comportement des collaborateurs et des élèves sur Internet qui est incompatible avec la protection de la sphère privée (art. 28 CC<sup>128</sup>) et le droit du travail (art. 328b CO et art. 26, al. 1, OLT<sup>129</sup>). Il y a donc lieu de les rejeter. Mais cela ne signifie pas pour autant que les titulaires de droits ne disposent d'aucun moyen pour défendre leurs droits. Éliminant les inconvénients, pour les utilisateurs Internet, les titulaires de droits et les autorités de poursuite pénale, du détour par la

128 RS 210  
129 RS 822.113

voie pénale, le nouveau système régleme la voie civile qui est en général privilégiée. La voie pénale reste toutefois possible dans ces cas.

En vertu de l'*al. 5*, les titulaires de droits sont tenus de dédommager de manière appropriée le fournisseur de services de télécommunication pour les coûts de l'envoi des messages d'information. Le dédommagement doit être compris au sens large. Il comprend les coûts directs de l'envoi des deux messages d'information, mais aussi les coûts indirects découlant du nouveau système, comme le surcroît de travail occasionné pour le service clientèle qui sera amené à conseiller les destinataires des messages d'information. Les dépens sont intégralement remboursés pour autant que les coûts soient démontrés et qu'ils se situent dans un cadre usuel pour ce type d'activité. Dans le cas de ce dédommagement, il s'agit d'une prétention civile.

Le système prévu se distingue considérablement des systèmes français et américain. En France, les messages sont envoyés par une autorité, la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI). L'identité de l'utilisateur est dès lors connue des autorités dès le premier signalement. En Suisse, c'est le fournisseur de services de télécommunication dont l'utilisateur est client qui envoie le message. Les adresses IP permettent d'identifier le fournisseur de services de télécommunication en cause, mais pas le client. L'identité de l'utilisateur est révélée dans le cadre d'une procédure civile et uniquement après l'envoi de deux messages d'information. Sous cet angle, le système prévu est plus proche de celui américain, dans lequel les messages sont envoyés par le *Center for Copyright Information*, un organisme commun réunissant les titulaires de droits et les fournisseurs de services de télécommunication. Le système américain se distingue cependant du système proposé au niveau des conséquences. Aux Etats-Unis, c'est le fournisseur de services de télécommunication qui prévoit des mesures (par ex. la réduction de la vitesse Internet ou la participation à un cours en ligne sur le droit d'auteur). Le système français va jusqu'à autoriser des amendes. Le projet de révision, quant à lui, ne prévoit ni mesure pénale, ni mesure de sensibilisation. Il traite davantage l'utilisateur comme un citoyen responsable qui doit assumer la responsabilité de ses actes. Ce dernier peut être identifié par un tribunal, ce qui ouvre la voie à une poursuite civile.

#### *Art. 66h Teneur des communications, messages d'information et informations*

Les communications, les messages d'information et les informations visés à l'art. 66g n'ont aucun effet juridique direct. Leur fonction est d'informer au sujet de la situation juridique et d'attirer l'attention sur les conséquences possibles. Il existe toutefois un certain potentiel de conflits entre les trois parties concernées. Les titulaires de droits ont tout avantage à ce que la procédure soit rapide et peu coûteuse. Les associations des consommateurs, quant à elles, mettent l'accent sur l'objectivité de l'information des utilisateurs Internet. Enfin, les fournisseurs de services de télécommunication ont intérêt à ce que la procédure reste limitée aux cas de violations graves de droits d'auteur et de droits voisins et à qu'ils n'aient pas à les apprécier sur le plan juridique. Afin de défendre au mieux les différents intérêts en présence, l'art. 66h prévoit que les titulaires de droits, les organisations des consommateurs et les fournisseurs de services de télécommunication définissent en commun la teneur des textes.

AGUR12 a également souligné à quel point il est essentiel d'impliquer les organisations des consommateurs, condition que les titulaires de droits ont approuvée. Par organisation des consommateurs, on entend une association d'importance nationale qui se consacre statutairement et exclusivement à la protection des consommateurs.

Non requis par AGUR12, ces critères ont été ajoutés dans la disposition en vue de prévenir la prolifération indésirable de possibilités de recours et un rapprochement à la plainte populaire. Dans les faits, les organisations des consommateurs suivantes remplissent les critères énoncés : l'*Associazione consumatrici della Svizzera italiana* (ACSI), la Fédération romande des consommateurs (FRC), le *Konsumentinnenforum Schweiz* (KF) et la *Stiftung für Konsumentenschutz* (SKS).

*Art. 66i Service de coordination*

Sur la base des expériences positives faites avec l'Observatoire des mesures techniques (OMET) créé dans le cadre de la révision partielle de la LDA en 2008 (art. 39b), il est envisagé soit d'instituer un service spécialisé similaire pour coordonner et résoudre les conflits entre les associations, les titulaires de droits, les consommateurs et les fournisseurs de services de télécommunication, soit d'étendre le champ d'activités actuel de l'OMET. Considérant la proximité des activités des deux services spécialisés, une extension du champ d'activités de l'OMET paraît pertinente.

Le service de coordination assumera les tâches qui lui sont confiées en vertu de l'al. 2. Pour l'essentiel, il coordonne la formulation commune des contenus des communications, des deux messages d'information et des informations visées à l'art. 66h.

*Art. 66j Traitement des données par la personne qui subit une violation de son droit d'auteur ou d'un droit voisin*

L'ATF 136 II 508 (Logistep) a soulevé de nombreuses questions concernant l'admissibilité du traitement des données par l'auteur qui subit une violation de ses droits. De l'avis du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), le traitement des données est admissible s'il est assuré que la collecte et l'enregistrement des données ne va pas au-delà de ce qui est absolument nécessaire pour déposer (auprès des autorités locales compétentes) une plainte pénale contre des personnes présumées avoir violé les droits d'auteur; et si les détenteurs de droits d'auteur rendent la collecte des données personnelles et le but de leur traitement aussi reconnaissables que possible pour les personnes concernées. Ils doivent à cet effet, notamment à un emplacement aisément accessible et visible sur leurs sites web, révéler en toute transparence leur manière de procéder (y compris des indications détaillées sur la nature et l'étendue des données collectées) et exprimer clairement que des actions en réparation du dommage ne seront engagées qu'envers des personnes condamnées pénalement avec force exécutoire pour violation des droits d'auteur. En outre, les fichiers doivent être enregistrés auprès du PFPDT, lorsque des données personnelles sensibles ou des profils de personnalité sont régulièrement communiqués à des tiers<sup>130</sup>.

Le nouvel art. 66j apporte la clarté souhaitée en réglementant expressément quelles données la personne lésée peut traiter pour lutter contre les violations graves de droits d'auteur ou de droits voisins par le biais de réseaux pair à pair et sous quelles conditions, conformément aux directives du PFPDT.

<sup>130</sup> PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE: 19<sup>e</sup> rapport d'activités 2011/2012, p. 48.

Le titulaire de droits est autorisé à se procurer et à traiter uniquement les données dont il a objectivement besoin pour lutter contre les violations. Il s'agit des données énumérées de façon exhaustive à l'al. 1, let. a à c. En vertu de l'al. 2, la collecte et le stockage de données ne peut pas excéder ce qui est nécessaire pour poursuivre des violations. En d'autres mots, il est par exemple interdit de collecter des données à des fins publicitaires ou de prospection du marché. La durée du stockage des données doit également être fonction de la nécessité.

L'al. 3 garantit la transparence de tout traitement des données, notamment l'obtention de celles-ci. Toute obtention de données et les traitements consécutifs doivent être facilement reconnaissables pour la personne concernée. La personne qui traite les données doit dès lors communiquer le but, le mode et l'étendue du traitement (par ex. dans une forme appropriée sur son site Internet)<sup>131</sup>.

L'al. 4 reprend le principe inscrit dans la LPD, en vertu duquel les données doivent être protégées contre le traitement non autorisé. Les personnes qui traitent les données sont donc tenues d'élaborer un concept de sécurité étendu et global (voir à ce propos les dispositions de la LPD et l'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données<sup>132</sup>).

Les dispositions de la LPD s'appliquent à l'ensemble du traitement des données selon le présent article.

#### *Art. 66k Exclusion de responsabilité*

Les fournisseurs de services de télécommunication et de services de communication dérivés ne peuvent être rendus responsables sur les plans civil ou pénal pour des dommages pouvant découler de l'exercice correct de leurs obligations selon la LDA. Les fournisseurs de services de télécommunication ne peuvent notamment pas être mis en cause lorsqu'ils communiquent, sur ordonnance judiciaire visée à l'art. 62a, l'identité du client dont la connexion a été utilisée à des fins de violation de droits. Leur clientèle ne peut en outre pas faire valoir une violation de contrat du fait qu'elle ne peut pas accéder à tous les contenus Internet en raison de mesures de verrouillage mises en œuvre de manière conforme. Enfin, les fournisseurs de services de télécommunication ne peuvent pas être tenus responsables d'une éventuelle violation des obligations extracontractuelles, lorsqu'elle dérive du respect des obligations légales. Il en va de même pour les fournisseurs de services de communication dérivés qui remplissent leurs obligations légales ou réglementaires. Les fournisseurs de services de télécommunication et de communication dérivés ne sauraient être tenus pour responsables des violations du droit d'auteur commises par leurs usagers, autrement dit leurs fournisseurs de contenu.

Dans son rapport du 9 octobre 2013 «Cadre juridique aux médias sociaux» en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29 septembre 2011, le Conseil fédéral a chargé le DFJP d'examiner la question de la responsabilité civile des fournisseurs et des exploitants de plateformes Internet. Après avoir analysé la question, un groupe de travail interdépartemental est arrivé à la conclusion qu'il n'est pas nécessaire de réglementer la responsabilité civile générale sur Internet. L'exclusion de responsabilité visée à l'art. 66k se réfère exclusivement aux prétentions des titulaires de droits,

<sup>131</sup> Cf. PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE: 19° rapport d'activités 2011/2012, p. 48.

<sup>132</sup> RS 235.11

des fournisseurs de contenus et des usagers à l'encontre des fournisseurs de services de télécommunication et de communication dérivés en lien avec des actes que ceux-ci ont dû accomplir pour respecter les nouvelles obligations qui leur sont imposées.

## 2.5 Modification d'autres actes

*Loi fédérale du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (LIPI)*<sup>133</sup>

### *Art. 13a Taxe de surveillance*

L'IPI perçoit des taxes pour les procédures de surveillance imputables individuellement à une société de gestion. Il facture ainsi les charges relatives à l'octroi de l'autorisation, à l'examen annuel des rapports d'activité et à l'approbation des règlements de répartition. Selon le droit actuel, il n'est pas possible de mettre à la charge des sociétés de gestion les dépenses générales, comme celles relatives à la formation et à la formation continue des autorités de surveillance, à l'échange d'informations et à l'élaboration d'instructions ou de prises de position. Ces coûts ne peuvent pas leur être imputés individuellement, mais uniquement en tant que groupe. Pour pouvoir répercuter les dépenses générales sur les sociétés de gestion, il faut une base légale. Le projet de révision propose l'inscription de cette base dans la loi afin que les coûts de surveillance puissent être supportés à l'avenir selon le principe de la causalité.

Des taxes sont par exemple perçues dans le domaine de la surveillance des banques et des assurances et dans celui de la surveillance des ouvrages d'accumulation et des installations atomiques. Ces réglementations se distinguent par le fait que les coûts sont intégralement supportés par les entités soumises à la surveillance. A la différence des coûts relatifs à une procédure de surveillance pour un cas précis, les coûts générés par des activités de surveillance générale ne peuvent pas être attribués individuellement à une seule société de gestion, mais seulement à toutes les sociétés soumises à la surveillance en tant que groupe. Il y a congruence entre le cercle des assujettis à la taxe et celui des personnes qui bénéficient de l'utilisation de cette taxe (équivalence collective qualifiée<sup>134</sup>), dans notre cas les sociétés de gestion. Conformément au principe de causalité, elles doivent supporter les frais occasionnés par la surveillance.

La taxe qui sera supportée par les cinq sociétés de gestion devra être déterminée chaque année en fonction des coûts de surveillance qui ne sont pas couverts par les autres taxes. La surveillance exercée par l'IPI nécessite un poste à temps plein. Le transfert de l'ensemble des coûts de surveillance représente, au total, moins d'un demi pour cent des frais administratifs des sociétés de gestion. La taxe de surveillance constitue dès lors une charge supplémentaire vraiment minime. La répartition de cette taxe proportionnellement aux recettes tarifaires permet de faire en sorte que chaque société de gestion supporte la part des coûts de surveillance correspondant à l'étendue de ses activités commerciales. Les recettes des sociétés de gestion obtenues dans les domaines non soumis au régime de l'autorisation ne sont pas déterminantes pour la répartition.

<sup>133</sup> RS 172.010.31

<sup>134</sup> Cf. JAAC 64.25, p. 355 ss.

*Art. 14 Audition de témoins*

L'art. 14 PA en vigueur ne permet pas l'audition de témoins par la Commission arbitrale fédérale. Dans le cadre des discussions portant sur la simplification de la procédure d'approbation des tarifs, le groupe de travail AGUR12 a recommandé d'étendre les moyens de preuve admis dans la procédure d'approbation des tarifs afin que la Commission arbitrale fédérale puisse également, au besoin, auditionner des témoins. La nouvelle disposition à l'art. 14 PA crée la base nécessaire à cet effet.

*Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)*<sup>136</sup>

*Art. 83 Exceptions*

Une décision du Tribunal administratif fédéral peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral. Dans le cadre des travaux d'AGUR12, les représentants des milieux intéressés, les usagers, mais aussi les titulaires de droits ont exprimé le souhait d'un raccourcissement des voies de droit. Les aspirations en vue d'une simplification de la procédure d'approbation des tarifs ont bénéficié d'un soutien global. AGUR12 a toutefois laissé ouvert les mesures à prendre à cet effet. L'ajout à l'art. 83 LTF tient compte de cette volonté. Lorsqu'une question juridique de principe est soulevée, le recours au Tribunal fédéral doit rester possible. La nouvelle let. w à l'art. 83 LTF a été formulée en conséquence. On est par exemple en présence d'une question juridique de principe lorsque la discussion porte sur l'applicabilité des tarifs à de nouvelles technologies. En revanche, la question du montant exact de la rémunération d'un tarif n'a pas une portée de principe. Il faut essentiellement que l'appréciation revête une importance particulière pour la jurisprudence en général, et pas forcément pour le recourant dans un cas d'espèce.

*Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC)*<sup>137</sup>

*Art. 250a Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins*

Le tribunal civil compétent examine dans une procédure sommaire conformément à l'art. 250a CPC si les conditions nécessaires à l'ordonnance judiciaire de l'identification des usagers au sens de l'art. 62a LDA sont remplies. Il suffit que le requérant (à savoir le titulaire de droits) rende vraisemblable que les conditions sont réunies. L'identification permet au titulaire de droits d'engager une procédure civile à l'encontre de l'utilisateur pour violation (grave) de ses droits d'auteur ou de ses droits voisins. Cette seconde affaire est jugée en procédure ordinaire, dans laquelle la vraisemblance est insuffisante: le titulaire de droits doit prouver qu'il a subi une violation de ses droits.

<sup>135</sup> RS 172.021

<sup>136</sup> RS 173.110

<sup>137</sup> RS 272

**Art. 9** *Principe de la libre consultation et délai de protection*

Les Archives fédérales ont pour mission d'archiver les documents ayant une valeur archivistique et de garantir leur libre consultation par le public. *L'al. 3* veille à ce qu'elles soient en mesure de rendre cette consultation possible, avec des moyens modernes, pour les archives protégées par des droits d'auteur également. Les Archives fédérales doivent ainsi à l'avenir avoir la possibilité, notamment, de mettre à disposition les documents archivés de quelle que manière ou forme que ce soit.

### **3 Conséquences**

#### **3.1 Conséquences pour la Confédération**

##### **3.1.1 Conséquences financières**

Les droits à rémunération liés au droit de prêt et à la restriction en faveur de l'utilisation à des fins scientifiques génèrent des coûts de gestion supplémentaires pour les bibliothèques, les archives et les instituts de recherche. La Confédération, qui exploite des bibliothèques et des archives (p.ex. la Bibliothèque nationale suisse) et cofinance les écoles polytechniques fédérales, devra supporter des coûts additionnels pour l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Les nouvelles dispositions n'ont pas d'autre impact financier pour la Confédération.

##### **3.1.2 Conséquences sur l'état du personnel**

La tenue des listes des offres bloquées (art. 66d, al. 2) entraîne des coûts correspondant à un poste à temps partiel, tout comme la création d'un service de coordination qui sert d'organisme de liaison entre les titulaires de droits, les organisations des consommateurs déterminantes et les fournisseurs de services de télécommunication (art. 66i). La liste des offres bloquées sera tenue par l'IPI. Les tâches attribuées au service de coordination seront assumées par l'Observatoire des mesures techniques (OMET). Le projet n'engendre par conséquent aucun coût pour la Confédération au niveau du personnel. En tant qu'unité administrative décentralisée de la Confédération, l'IPI tient en effet sa propre comptabilité, et ses charges sont entièrement couvertes par des taxes. Il supporte aussi les frais de l'OMET, qui lui est rattaché administrativement.

L'extension prévue de la surveillance des tarifs aux conventions contractuelles relatives à la gestion de droits exclusifs non soumis au régime de l'autorisation selon l'art. 43a (gestion collective facultative) est toutefois susceptible d'entraîner un surcroît de travail pour la Commission arbitrale fédérale. Des coûts équivalents à un poste à temps partiel pourraient survenir si, dans la pratique, il était fait un usage fréquent de la nouvelle gestion collective facultative.

## 3.2 Conséquences économiques

### 3.2.1 Nécessité et possibilité d'une intervention de l'Etat

Le marché des biens culturels présente diverses carences (partielles), lesquelles conduisent, du point de vue de la société, à un sous-appvisionnement en œuvres. Le droit d'auteur corrige ces lacunes. Il confère à l'auteur un droit de propriété sur son œuvre, qui lui permet, pendant un certain temps, d'exclure autrui de l'exploitation, de la reproduction, de la diffusion, etc. de son œuvre et d'amortir ainsi les investissements qu'il a réalisés pour sa création. Par ailleurs, l'auteur est incité à consacrer du temps et des moyens financiers à la création de nouvelles œuvres. Ainsi, grâce au droit d'auteur, les œuvres négociées sur le marché des biens culturels se voient conférer des qualités qui contribuent à faire fonctionner ce marché dans un cadre socialement souhaitable<sup>139</sup>.

Cependant, chaque intervention dans un marché (p.ex. induire intentionnellement des prix qui sont supérieurs au prix d'équilibre effectif) a pour corollaire des distorsions et des effets indésirables. Si ces prix fournissent les incitations nécessaires à la production souhaitée de biens culturels, ils provoquent aussi une perte de prospérité pour la société, puisque les consommateurs qui seraient prêts à s'offrir un tel bien au prix du marché renoncent à l'acheter à un prix artificiellement augmenté. Une intervention doit donc être conçue de façon à ce que le bénéfice, pour la société, résultant de la production et de la diffusion accrues d'œuvres soit supérieur à la perte macroéconomique, causée par exemple par les prix artificiellement élevés. Deux catégories de mesures en particulier ont pour fonction de corriger cet impact socialement négatif du droit d'auteur:

- (1) *Restrictions au droit d'auteur*: La LDA prévoit pour différents cas des dérogations, sous certaines conditions, à l'interdiction générale d'utilisation d'œuvres de tiers. Ces dérogations visent notamment à permettre des actes qui, sans cette restriction, limiteraient excessivement la production de nouvelles œuvres<sup>140</sup>. Les restrictions sont en outre judicieuses dans les cas où le droit d'auteur implique des frais de transaction prohibitifs, entravant de fait totalement la diffusion d'œuvres<sup>141</sup>.
- (2) *Gestion collective* : Dans de nombreuses situations, il serait certes possible, sur le plan théorique, de négocier individuellement une licence pour chaque utilisation d'une œuvre mais, pour des motifs économiques, cela ne fait pas sens<sup>142</sup>. Une gestion collective des œuvres est indiquée dans ces cas. Elle est en outre

<sup>139</sup> Pour davantage de littérature économique sur le droit d'auteur, cf. notamment LANDES, WILLIAM M. / POSNER, RICHARD A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, (2003), Harvard University Press; CORRIGAN, RAY / ROGERS, MARK (2005), *The Economics of Copyright*, in: *World Economics*, vol. 6, no 3, p. 153-174; LÉVÊQUE, FRANÇOIS / MÉNIÈRE, YANN, *The Economics of Patents and Copyright*, 2004, p. 61 à 81.

<sup>140</sup> Par ex. le droit de citation (cf. art. 25 LDA) est une condition indispensable à la rédaction d'articles scientifiques. Un autre exemple est celui de la restriction en faveur de l'utilisation à des fins privées (cf. art. 19 LDA).

<sup>141</sup> On peut encore mentionner l'utilisation d'œuvres dans les institutions de formation. S'il fallait acheter une licence à chaque fois que l'on copie une page de manuel, les coûts de transaction deviendraient prohibitifs et l'utilisation des œuvres serait impossible.

<sup>142</sup> Se reporter à l'exemple cité à la note 141.

mise en place lorsque les droits d'auteur ne peuvent, pour des raisons pratiques, être exercés au cas par cas<sup>143</sup>.

Toute révision du droit d'auteur vise donc à aménager les nouvelles règles de façon à maintenir l'équilibre entre coûts et utilité pour toutes les parties en présence; elle doit en fin de compte faire en sorte que les avantages sur les plans économiques et sociaux l'emportent sur les inconvénients individuels.

### **3.2.2 Conséquences pour les différents groupes de la société**

#### **Titulaires de droits**

L'introduction du droit de prêt profite aux auteurs puisqu'il devrait générer des revenus supplémentaires d'environ 1,7 million de francs, desquels il faudra déduire les frais administratifs des sociétés de gestion (cf. ch. 3.2.3). Le droit à une rémunération pour l'utilisation d'œuvres orphelines devrait également leur assurer des revenus additionnels. Les auteurs espèrent de plus que les nouvelles obligations faites aux fournisseurs de services Internet de bloquer les contenus illégaux conduiront à une augmentation des recettes. La meilleure protection des photographies de presse sert elle aussi les intérêts des titulaires de droits respectifs.

Les nouvelles dispositions concernant la redevance sur les supports vierges et la restriction en faveur des inventaires réduiront vraisemblablement les montants perçus par les auteurs, tout comme, peut-être, la nouvelle restriction en faveur de la recherche concernant la fouille de données (TDM). Dans le dernier cas, les sociétés de gestion pourront cependant exercer un droit à rémunération. Les titulaires de droits ne forment toutefois pas un groupe homogène. Il y aura donc des gagnants et des perdants; dans l'ensemble, les redistributions devraient toutefois rester modestes.

Les sociétés de gestion, représentantes des auteurs, pourront réduire leurs frais administratifs grâce à la standardisation des interfaces logicielles et à l'obligation faite aux utilisateurs d'œuvres de fournir des renseignements. De surcroît, de nouvelles formes d'exploitation s'ouvrent à elles dans le domaine de l'utilisation scientifique d'importants volumes de données textuelles et de l'utilisation d'œuvres orphelines.

#### **Intermédiaires**

A l'avenir, les hébergeurs qui ne sont pas affiliés à un organisme d'autorégulation de la branche seront tenus de bloquer l'accès aux contenus figurant dans une liste de contenus sans licence, et donc illégaux, tenue par l'IPI et d'envoyer aux usagers des messages d'information à ce sujet. Les titulaires de droits assumeront les frais occasionnés par l'envoi de ces messages.

#### **Consommateurs**

Sur le marché des biens culturels, les consommateurs se trouvent du côté de la demande. Ils ont tout intérêt à ce que l'offre soit aussi large et les prix aussi bas que possible. Comme sur tout marché, il ne peut y avoir une offre importante sur le marché des biens culturels que si les auteurs sont certains de pouvoir amortir leurs investissements par des prix couvrant au moins les coûts. Certains consommateurs oublient ce lien de causalité. C'est particulièrement vrai dans le domaine des offres numériques disponibles en ligne. S'il est vrai qu'à l'avenir, le téléchargement depuis des sources manifestement illégales ne sera plus admis, l'offre légale à moyen et à

<sup>143</sup> Par ex. en guise de compensation pour les pertes de revenu subies par l'auteur en raison de la restriction en faveur de l'utilisation à des fins privées.

long terme dans ce domaine devrait rester au niveau actuel. Les consommateurs souhaitant télécharger des œuvres à partir de telles sources recevront des messages d'information les rendant attentifs à leur comportement. Les coûts correspondants seront pris en charge par les titulaires de droits.

A l'avenir, les acheteurs de supports de données profiteront directement de l'adaptation de la base légale relative à la redevance sur les supports vierges.

Les membres de la communauté scientifique auront la possibilité d'analyser de grands volumes de texte par l'intermédiaire de moyens techniques, même lorsque ceux-ci sont protégés par des droits d'auteur. En outre, ils bénéficieront du fait que les bibliothèques seront autorisées à ajouter des pages de couverture et des tables des matières dans leurs inventaires. Enfin, ils pourront exploiter à leur avantage la disponibilité accrue d'œuvres orphelines.

### **Petites et moyennes entreprises (PME)**

De nombreux acteurs du marché des biens culturels sont des PME. Selon leur catégorie, elles seront différemment touchées par les modifications de la LDA. De manière générale, elles ont toutefois intérêt à ce que le cadre juridique soit adapté à la nouvelle donne technologique. Le train de mesures proposé est équilibré aussi bien pour les différentes parties prenantes que sur le plan macroéconomique. Les répercussions sur les PME seront donc, dans l'ensemble, plutôt minimes.

### **3.2.3 Appréciation de certaines mesures concrètes**

Les mesures et leurs implications peuvent être subdivisées grosso modo en trois catégories:

#### **Mesures dans l'intérêt des titulaires de droits**

##### *Droit de prêt*

En Suisse, l'introduction d'un droit de prêt grèvera le budget des bibliothèques. Il ressort d'une comparaison avec l'Allemagne, où le tantième des bibliothèques a déjà été introduit, qu'il faut s'attendre à des coûts d'environ 1,7 million de francs<sup>144</sup>. Cela correspond plus ou moins au montant de 1,9 million de francs (1,4 million plus renchérissement) calculé par le Conseil fédéral<sup>145</sup> et figurant dans son message de 1989 relatif à la révision du droit d'auteur<sup>146</sup>.

<sup>144</sup> En Allemagne, le tantième des bibliothèques représente environ 7 % du chiffre d'affaires de VG Wort (ou 7,5 % sans le tantième des bibliothèques), selon le rapport de gestion 2014 de VG Wort. 7,5 % du chiffre d'affaires de ProLitteris équivalent à 1,7 million de francs.

<sup>145</sup> Dans un article de blog du 26 juin 2015, Rudolf Mumenthaler, membre du comité de Bibliothèque Information Suisse (BIS), l'association nationale des bibliothèques, aboutit à un ordre de grandeur similaire. Il base ses calculs sur un tantième de 4 centimes par prêt, par analogie avec les 4 cents perçus en Allemagne. Pour 44,1 millions de prêts environ, cela représente des coûts de 1,8 million francs, qui sont supportables pour les bibliothèques de son point de vue: «En soi, le montant des tantièmes basé sur le modèle allemand ne serait pas horriblement élevé pour la Suisse [...]» (traduit de l'allemand). Il relève cependant que ce montant représenterait environ 6 % de la valeur des médias détenus par les bibliothèques publiques (hors bibliothèques universitaires).

<sup>146</sup> Cf. FF 1989 III 465, en partic. 478. Si l'on se fie à la calculatrice du renchérissement de l'Office fédéral de la statistique, le renchérissement de l'Indice suisse des prix à la consommation entre 1989 et 2013 s'élevait à 38,2 %.

### *Protection des photographies de presse*

En principe, les photographes de presse et les divers acquéreurs des clichés souhaitent établir une relation d'affaires à long terme. Au fil du temps, les deux partenaires se construisent une réputation, grâce à laquelle ils négocient des compromis acceptables pour les deux parties, indépendamment des réglementations étatiques. On peut dès lors supposer que le marché de la photographie de presse fonctionne relativement bien. Or l'émergence de la diffusion numérique de photographies a favorisé des comportements opportunistes : des règles éprouvées ne sont plus respectées et du matériel photographique actuel est utilisé sans contrepartie aux dépens d'autrui. La révision législative proposée entend juguler ces pratiques.

On ne peut guère chiffrer avec précision les conséquences financières qu'elle va avoir. Une photo de presse coûte entre 200<sup>147</sup> et plusieurs milliers de francs<sup>148</sup>. Si l'on peut s'attendre à ce que les abus cessent, par exemple que les photos de presse actuelles ne soient plus utilisées dans des blogs, il n'est pas certain que le chiffre d'affaires généré par les nouvelles photos de presse, et donc les revenus des photographes, augmenteront.

### *Autres mesures*

L'obligation faite aux utilisateurs de renseigner les sociétés de gestion implique l'utilisation de normes logicielles uniformes pour l'échange de données. De ce fait, les sociétés de gestion verront leurs coûts diminuer, et les auteurs recevront au final des paiements plus élevés. Le cas échéant, les utilisateurs d'œuvres devront adapter leurs logiciels, ce qui engendrera des coûts.

### **Mesures pour améliorer la défense des droits**

On reproche aux hébergeurs Internet de faciliter les agissements des pirates par le biais des infrastructures qu'ils mettent à disposition. La surveillance des contenus qu'ils stockent peut s'avérer onéreuse. Les connaisseurs de la branche estiment que les fournisseurs les plus importants devraient y consacrer jusqu'à 15 équivalents plein temps. Pour répondre à ces reproches, l'association des professionnels de la branche, à savoir la Swiss Internet Industry Association (SIMSA), a établi un code de conduite, auquel la plupart de ses 68 sociétés membres a vraisemblablement adhéré<sup>149</sup>. Celui-ci énonce déjà les règles prévues par la révision. Celle-ci entraînera donc uniquement des changements pour les entreprises qui ne l'ont pas encore signé (probablement quelques petites entreprises de la branche). Elles devront mettre en œuvre les nouvelles obligations de diligence, ce qui générera des frais.

Il faudra créer l'équivalent d'un poste à 60 % environ auprès de l'IPI pour l'administration de la liste des offres bloquées et la coordination des messages d'information aux usagers. Dans la mesure où l'IPI s'autofinance, le financement de ce poste se fait sans argent du contribuable.

Les titulaires de droits dédommageront les hébergeurs pour les frais occasionnés par l'envoi des messages d'information. Ils demanderont (et financeront) les messages

<sup>147</sup> Cf. la recommandation de l'association professionnelle des journalistes impressum relative aux prix minimums des photographies.

<sup>148</sup> Cf. par ex. les montants à cinq chiffres litigieux dans l'affaire «Nicolas Hayek», jugée par le Tribunal de commerce du canton d'Argovie le 29 août 2012 (cf. sic! 2013, pp. 344 ss).

<sup>149</sup> Dans le rapport annuel 2014 de la SIMSA (p. 21), il est question de 40 entreprises interrogées au sujet du code de conduite. Or, d'après le registre des entreprises et des établissements de l'Office fédéral de la statistique, la branche «Traitement de données, hébergement et activités connexes» (NOGA 631100) comprend 304 entités institutionnelles.

aussi longtemps qu'ils leur permettront d'augmenter leurs revenus au moins à hauteur des frais. Une baisse des demandes signifierait clairement un recul du piratage.

### **Mesures (restrictions) dans l'intérêt du public**

#### *Redevance sur les supports vierges*

Généralement, la musique copiée sur un support de mémoire n'est pas expressément assortie d'une licence autorisant cette reproduction. Cette forme d'utilisation des œuvres est compensée à titre collectif par une redevance sur les supports vierges. Lors de la fixation du montant de la redevance sur les supports vierges, on tient compte des téléchargements directs depuis un magasin de musique en ligne, par exemple iTunes, Amazon ou Exlibris. L'achat d'un morceau de musique sur Internet inclut en règle générale la licence pour enregistrer le fichier sur plusieurs appareils. iTunes en particulier, mais aussi Amazon permettent l'enregistrement sur plusieurs supports. iTunes représente entre 60 et 75 % du marché des téléchargements d'œuvres musicales<sup>150</sup>. La part d'Amazon s'élève à approximativement 20 %. On peut par conséquent estimer que presque 90 % des téléchargements sont assortis de licences multiples. Les copies supplémentaires font cependant aussi l'objet de la redevance sur les supports vierges. La nouvelle réglementation permettra d'éviter le paiement multiple.

Une étude au sujet du comportement des détenteurs de téléphones portables révèle que près d'un quart des données provient d'un ordinateur ou directement d'Internet<sup>151</sup>. On estime que 70 % environ de ces données sont des fichiers musicaux<sup>152</sup>. Or

<sup>150</sup> Cf. p.ex. <http://www.zdnet.de/88159483/analyst-itunes-kommt-bei-digitaler-musik-auf-einen-marktanteil-von-74-prozent/> (site consulté le 30.07.2015) ou <http://www.macprime.ch/news/article/itunes-store-hat-60-marktanteil-in-der-schweiz> (site consulté le 30.07.2015). Amazon et Exlibris sont d'autres acteurs importants du marché suisse.

<sup>151</sup> Cf. SPICHIGER-CARLSSON, PETER / IMHOF, STEPHANIE, *Aufnahmeverhalten der Besitzer von Handys*, Zurich 2011, gfs. Deux tiers des données enregistrées sur un téléphone portable sont créés par l'utilisateur lui-même (photos). Il n'est pas précisé en quoi consistent les 10 % restants.

<sup>152</sup> Il y a lieu de supposer que les données chargées sur un PC provenant de supports tels que des CD ou d'Internet sont essentiellement des fichiers musicaux. Il ressort de l'enquête (cf. note 151) que près de 70 % des données sur un PC proviennent de ces sources (40 % de CD et similaires et 30 % d'Internet). Pour une partie des fichiers, il s'agit certainement aussi de données audiovisuelles, mais la proportion exacte ne ressort pas des informations disponibles.

10 % à peine de ces fichiers sont des morceaux payés (c'est-à-dire sous licence), directement téléchargés d'Internet<sup>153</sup>.

La part de musique copiée sur un téléphone portable soumise à un double paiement représente par conséquent approximativement 8 %.

*Restriction en faveur de l'utilisation à des fins scientifiques*

Il n'est pas possible de chiffrer l'impact financier. Pour les auteurs, les implications demeureront certainement minimales, puisque le TDM autorise uniquement des actes en lien avec des œuvres acquises légalement et que leur utilisation ne sera dès lors pas entravée. En outre, le TDM ne vise pas une lecture de l'œuvre et par conséquent une jouissance de celle-ci, mais un traitement des données qu'elle contient. Les données ne sont pas protégées par le droit d'auteur; il ne s'agit pas non plus de créer, par le biais du droit d'auteur, une protection des données scientifiques allant au-delà de la protection des données d'essai dans le cadre de procédures d'autorisation de mise sur le marché de produits pharmaceutiques ou agrochimiques (cf. art. 39, al. 3, Accord sur les ADPIC). Les éventuelles pertes de revenu seront compensées à titre collectif par une rémunération devant encore être négociée. Cette restriction permet en outre un gain d'attractivité pour la place scientifique suisse. Cela vaut non seulement pour les sciences naturelles, mais aussi et surtout pour les sciences sociales<sup>154</sup>.

<sup>153</sup> Au total, près de 14 % des données transférées sur un téléphone portable le sont depuis un ordinateur et 10 % proviennent directement d'Internet. La majeure partie des données restantes est constituée de photos prises avec l'appareil lui-même. Selon les estimations, 70 % environ des données transférées depuis un ordinateur et près des 67 % des données directement téléchargées d'Internet sont de la musique. La musique représente ainsi presque 70 % des données chargées depuis Internet ou un ordinateur. Parmi celles-ci, 10 % environ proviennent directement de sources licenciées sur Internet. Admettons que pour chaque achat sur Internet on acquiert une licence autorisant cinq reproductions et que seule la première copie donnée en licence est exclue de la redevance sur les supports vierges, cela signifie que pour quatre cinquièmes de ces 10 % l'utilisateur paie une double redevance de licence. Par conséquent, la redevance sur les supports vierges devrait être adaptée pour 8 % des morceaux téléchargés directement d'Internet.

Présenté sous forme de tableau, cela donne ceci:

Source des données	En % des données provenant d'un PC ou d'Internet	Part des fichiers musicaux	Conversion en un même ordre de grandeur pour permettre une comparaison entre PC et Internet	
d'un PC : 14 %	= 58 %	70 %	70 % de 58 % = 40 %	
d'Internet : 10 %	= 41 %	67 % (46 % sans licence, 21 % sous licence)	46 % de 41 % = 20 % 21 % de 41 % = 9 %	→ 60 % sans licence → près de 10 % avec licence directe

Source: SPICHIGER-CARLSSON, PETER / IMHOF, STEPHANIE, *Aufnahmeverhalten der Besitzer von Handys*, Zurich 2011, gfs.

<sup>154</sup> Cf. p.ex. l'article «Geist unter Strom. 'Digital Humanities' und die Geisteswissenschaften» dans la NZZ du 20.07.2015, p. 35.

## *Œuvres orphelines*

Les œuvres orphelines sont des œuvres protégées par le droit d'auteur, mais dont l'auteur ne peut plus être identifié ou localisé (ou dont l'identification ou la localisation occasionnerait des frais disproportionnés). Une étude britannique<sup>155</sup> estime que la proportion d'œuvres orphelines dans les collections publiques du Royaume-Uni représente 5 à 10 %. L'ordre de grandeur est certainement plus ou moins identique en Suisse. Autrement dit, les auteurs de près de 6 millions de médias ne peuvent plus être identifiés dans les bibliothèques suisses<sup>156</sup>. Jusqu'à présent, l'utilisation des œuvres orphelines n'était possible que pour les œuvres audiovisuelles. Elle est soumise à la gestion collective. En 2012, les recettes générées par les sociétés de gestion grâce aux œuvres orphelines atteignaient 300 francs<sup>157</sup>. L'extension de la restriction en faveur des œuvres dites orphelines à l'ensemble des œuvres (ce qui inclut en particulier les livres) permet, d'une part, leur diffusion et, d'autre part, la rémunération de leur utilisation via la gestion collective. Les recettes supplémentaires devaient toutefois rester modestes : l'introduction d'une réglementation analogue en Grande-Bretagne le 29 octobre 2014 a certes ouvert l'accès à 91 millions d'œuvres<sup>158</sup>, mais fin juillet 2015, seules 276 demandes d'utilisation d'œuvres orphelines ont été reçues<sup>159</sup>.

## *Autres mesures*

La mise en œuvre des Traités de Beijing et de Marrakech n'a aucune répercussion financière sur l'économie, puisque les règles qui y sont stipulées correspondent déjà à la pratique suisse.

La restriction en faveur des inventaires permet aux bibliothèques d'ajouter dans leurs bases de données les pages de couverture et les tables des matières d'œuvres protégées, ce qui apportera une plus-value aux utilisateurs des catalogues de bibliothèques. Un catalogue plus attractif est susceptible d'accroître les prêts. La restriction en faveur des inventaires devra donc aussi profiter financièrement aux titulaires de droits.

### **3.2.4 Conséquences pour l'économie dans son ensemble**

Comme l'ont montré les analyses aux chiffres 3.2.2 et 3.2.3, le «marché des biens culturels» est très hétérogène. Il n'existe pas de statistique nationale l'appréhendant dans son ensemble. Une étude au sujet de la contribution des secteurs économiques créant une grande quantité de droits de propriété intellectuelle en Europe<sup>160</sup> publiée

<sup>155</sup> Cf. KORN, NAOMI, *In from the Cold – An Assessment of the scope of "Orphan Works" and its impact on the delivery of services to the public*, Cambridge (2009), JISC. La *British Library* estime même que 40 % des œuvres protégées par le droit d'auteur en sa possession sont orphelines (cf. *The Economist* du 02.05.2013: «Orphan works : No longer limbo», <http://www.economist.com/blogs/babbage/2013/05/orphan-works> (site consulté le 30.07.2015)).

<sup>156</sup> Dans l'ensemble, les bibliothèques suisses ont mis à disposition près de 82 millions de médias en 2013 (cf. statistique des bibliothèques de l'Office fédéral de la statistique).

<sup>157</sup> Cf. CAF (2013), décision du 19 mars 2014 concernant le Tarif commun 13, Utilisation de droits orphelins (Phonogrammes et vidéogrammes)

<sup>158</sup> Cf. <https://www.gov.uk/government/news/uk-opens-access-to-91-million-orphan-works> (site consulté le 30.07.2015).

<sup>159</sup> Cf. *Orphan works register* de l'Office britannique de la propriété intellectuelle, <https://www.orphanworkslicensing.service.gov.uk/view-register/> (site consulté le 30.07.2015).

<sup>160</sup> Cf. OEB, OHMI (2013), *Intellectual property rights intensive industries: contribution to economic performance and employment in the European Union*, p. 61 ss.

récemment estime que 4,2 % du produit national brut de l'UE peut leur être attribué. Il devrait en être de même en Suisse. Selon le *Swiss Entertainment and Media Outlook 2014-2018*<sup>161</sup>, qui donne une estimation des chiffres d'affaires actuels et un pronostic d'évolution de certains segments du marché suisse des biens culturels, l'ensemble du marché de la musique, soit un volume de 897 millions de francs (2013), devrait croître en moyenne de 1,6 % par an entre 2014 et 2018. En ce qui concerne le marché cinématographique, qui a enregistré un chiffre d'affaires de 508 millions de francs en 2013 (en diminution de 7,8 % par rapport à l'année précédente), l'étude table sur un recul annuel moyen de 0,6 % pendant la même période.

Les modifications législatives proposées n'auront pas d'incidence démontrable sur ces chiffres. En effet, elles sont, dans leur majorité, très spécifiques et concernent des segments de marché plutôt petits (p.ex. le marché des photographies de presse d'actualité). Elles contribuent toutefois à un meilleur fonctionnement des marchés concernés. Les effets sur d'autres secteurs économiques seront modestes. Par exemple, la possibilité d'analyser par des moyens techniques de grands recueils de données encore protégés par le droit d'auteur aura un impact sur l'attrait de la Suisse en tant que site de recherche.

Sachant qu'une grande partie de la création de valeur, particulièrement sur le marché des supports audio et du film a lieu hors de Suisse<sup>162</sup>, les titulaires de droits étrangers profiteront eux aussi de la nouvelle obligation de blocage des contenus et des messages d'information.

Dans l'ensemble, les amendements proposés constituent un ajustement équilibré du droit d'auteur à l'ère du numérique. Ils permettront de faire en sorte qu'à l'avenir aussi, le volume d'œuvres culturelles socialement souhaité puisse être assuré. Les avantages attendus, tout comme les coûts supplémentaires qu'ils engendrent seront répartis de manière relativement égale entre tous les acteurs du marché des biens culturels.

### **3.3 Autres réglementations entrant en ligne de compte**

L'AGUR12 s'étant clairement prononcée en faveur d'une modernisation du droit d'auteur, le statu quo n'est pas une alternative envisageable.

### **3.4 Aspects pratiques de l'exécution**

Certaines modifications proposées entraînent une charge administrative supplémentaire, qui sera principalement assumée par l'IPI en ce qui concerne les nouvelles obligations des hébergeurs Internet. En outre, les structures incitatives sont conçues de telle façon que les frais supplémentaires devront être supportés par ceux qui espèrent en tirer un avantage. Si une mesure ne devait produire aucun effet, on peut supposer qu'elle sera relativement vite abandonnée. D'autres mesures (p.ex. le droit de prêt ou la restriction en faveur de la recherche) pourront être mises en œuvre avec les infrastructures existantes des sociétés de gestion.

<sup>161</sup> Cf. PWC (2015), *Swiss Entertainment and Media Outlook 2014-2018*.

<sup>162</sup> Cf. p.ex. rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, p. 9 ss.

## **4 Relation avec le programme de la législation et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral**

### **4.1 Lien avec le programme de la législation**

Le projet n'a été annoncé ni dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législation 2011 à 2015<sup>163</sup>, ni dans l'arrêté fédéral du 15 juin 2012 sur le programme de la législation 2011 à 2015<sup>164</sup>. Il est cependant prévu dans le programme de la législation 2015 à 2019 et figure dans la ligne directrice 1, objectif 2<sup>165</sup>.

### **4.2 Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral**

L'adoption du Message culture 2016-2019 figure également dans l'arrêté fédéral sur le programme de la législation 2011 à 2015 comme mesure de réalisation de l'objectif 17<sup>166</sup>. Le Message culture (p. 42) reconnaît dans le chapitre relatif à la littérature que la numérisation comporte de nouveaux enjeux. C'est pourquoi il est important que la Suisse suive de près les progrès techniques dans ce domaine et y participe activement. Cela inclut la protection des droits d'auteur.

Le projet tient compte de ces impératifs. Il va cependant au-delà de la mesure formulée dans le Message culture, puisqu'il concerne tous les auteurs, et non uniquement les auteurs de textes et les traducteurs.

## **5 Aspects juridiques**

### **5.1 Constitutionnalité**

#### **5.1.1 Traité de Beijing et Traité de Marrakech**

S'agissant de l'approbation et de la mise en œuvre du Traité de Beijing et du Traité de Marrakech, le projet se fonde sur l'art. 54, al. 1, Cst., qui dispose que les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. D'autre part, l'art. 184, al. 2, Cst. donne au Conseil fédéral la compétence de signer des traités internationaux et de les ratifier. Enfin, l'art. 166, al. 2, Cst. délègue à l'Assemblée fédérale la compétence de les approuver, sauf si leur conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international (cf. aussi les art. 24, al. 2, LParl, et 7a, al. 1, LOGA).

#### **5.1.2 Projet de loi pour moderniser le droit d'auteur**

La modification de la loi sur le droit d'auteur se fonde sur les art. 95, 122 et 123 Cst.<sup>167</sup>.

<sup>163</sup> FF 2012 349

<sup>164</sup> FF 2012 6667

<sup>165</sup> La Suisse crée un environnement économique optimal à l'intérieur du pays et renforce ainsi sa compétitivité.

<sup>166</sup> La cohésion sociale est renforcée et les valeurs communes promues.

<sup>167</sup> RS 101

## 5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

### 5.2.1 Traité de Beijing et Traité de Marrakech

L'accord de libre-échange du 6 juillet 2013<sup>168</sup> entre la Confédération suisse et la République populaire de Chine inclut un chapitre dédié à la propriété intellectuelle (chap. 11 et annexe J). L'art. 11.3, al. 2, contient une clause dite de «*best endeavor*» selon laquelle les Parties contractantes s'appliquent à ratifier le Traité de Beijing ou à y adhérer. L'accord de libre-échange a été approuvé par l'Assemblée fédérale le 20 mars 2014<sup>169</sup>; il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2014. En ratifiant le Traité de Beijing, la Suisse remplit donc cet engagement.

Aucun accord international n'oblige la Suisse à ratifier le Traité de Marrakech. Les obligations imposées par ce traité sont conformes aux engagements pris par la Suisse sur le plan international, notamment dans le cadre de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC. Le traité prévoit en particulier un critère analogue au test des trois étapes applicable aux restrictions au droit d'auteur énoncé à l'art. 9, al. 2, de la Convention de Berne et repris dans l'art. 13 de l'Accord sur les ADPIC.

### 5.2.2 Projet de loi pour moderniser le droit d'auteur

Les modifications proposées n'ont aucune incidence sur les engagements internationaux de la Suisse.

## 5.3 Forme de l'acte à adopter

Conformément à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 1 à 3, Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum dans les cas de figure suivants : lorsqu'ils sont d'une durée indéterminée et non dénonçables (ch. 1), qu'ils prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2) ou qu'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3).

Les deux traités de l'OMPI sont dénonçables à tout moment. La résiliation prend effet un an après la date à laquelle le directeur général de l'OMPI a reçu la notification (art. 28 BTAP et 20 du Traité de Marrakech). Tout Etat membre de l'OMPI peut devenir partie à ces traités (art. 23 BTAP et 15 du Traité de Marrakech). 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. Les ch. 1 et 2 de l'art. 141, al. 1, let. d, Cst. ne s'appliquent donc pas à ces deux traités.

Selon le ch. 3 de l'art. 141, al. 1, let. d, Cst., un traité international est également soumis au référendum s'il contient des «dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales». Conformément à l'art. 22, al. 4, de la loi sur le Parlement, sont réputées «fixer des règles de droit» les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. On entend par dispositions importantes celles qui, en vertu de l'art. 164, al. 1, Cst., devraient être édictées sous la forme d'une loi fédérale en droit interne. Aux termes de l'art. 164, al. 1, let. c,

<sup>168</sup> RS 0.946.292.492

<sup>169</sup> Cf. arrêté fédéral du 20 mars 2014 (RO 2014 1315).

Cst., les dispositions fondamentales relatives aux droits et aux devoirs des personnes appartiennent à cette catégorie.

Le Traité de Beijing étend essentiellement aux acteurs la protection accordée par le WPPT aux artistes interprètes ou exécutants. Allant plus loin que ce qui était requis à l'époque pour transposer le WPPT en droit suisse, le législateur suisse avait accordé la même protection aux acteurs et aux artistes interprètes ou exécutants, supprimant ainsi au niveau national l'inégalité de traitement instaurée au niveau international. Bien que la ratification du Traité de Beijing n'appelle aujourd'hui aucune modification du droit suisse, le traité contient des dispositions importantes fixant des règles de droit édictées sous la forme d'une loi fédérale. Il prévoit non seulement des dispositions générales, mais aussi des dispositions auto-exécutives (p.ex. art. 5 et 10 BTAP). Par conséquent, l'arrêté fédéral relatif à l'approbation de sa ratification est sujet au référendum facultatif.

Le Traité de Marrakech prévoit pour l'essentiel des obligations adressées au législateur des Parties contractantes. Le droit suisse contient aujourd'hui déjà une restriction en faveur des personnes handicapées (cf. art. 24c) dont le champ d'application s'étend notamment aux aveugles, aux malvoyants et aux personnes présentant d'autres difficultés de lecture. Bien que cette disposition couvre la plupart des obligations du traité, une modification s'impose afin de permettre l'importation d'exemplaires en format accessible (cf. explications au ch. 2.4.1). Le Traité de Marrakech contient donc des dispositions nécessitant la forme d'une loi fédérale. De plus, il convient de préciser la portée de la restriction conformément au traité. Comme celui-ci contient des dispositions importantes fixant des règles de droit, l'arrêté fédéral relatif à l'approbation de sa ratification est sujet au référendum facultatif.

## 5.4 Frein aux dépenses

Les critères pour la majorité qualifiée visée à l'art. 159, al. 3, Cst. ne sont pas remplis. Le mécanisme du frein aux dépenses ne s'applique donc pas.

## 5.5 Délégation de compétences législatives

L'art. 66i attribue au Conseil fédéral la compétence de régler par voie d'ordonnance l'organisation de l'autorité de conciliation et ses procédures. La délégation tient compte de la marge de manœuvre que la LOGA<sup>170</sup> confère au Conseil fédéral en matière d'organisation des unités administratives (art. 8 LOGA).

Le nouvel art. 13a, al. 3, LPI donne au Conseil fédéral le pouvoir de définir les modalités de calcul de la taxe de surveillance. Il s'agit notamment de fixer la base de calcul. La délégation au Conseil fédéral allège la loi et se justifie par le fait qu'il est mieux à même de tenir compte des circonstances concrètes et de réagir avec souplesse aux changements.

<sup>170</sup> RS 172.010

## **5.6 Protection des données**

L'art. 66j précise l'admissibilité du traitement des données dans le cadre de la lutte contre la violation de droits d'auteur et de droits voisins par le biais de réseaux pair à pair. La disposition s'applique sans préjudice des droits et obligations découlant de la loi sur la protection des données (LPD)<sup>171</sup>.

La mise en œuvre du Traité de Beijing et du Traité de Marrakech n'a aucune incidence en matière de protection des données.

<sup>171</sup> RS 235.1