

Explications sur les modifications de l'ordonnance révisée sur le droit d'auteur (ODAu)¹

1 Situation initiale

En date du 5 octobre 2007, le Parlement a adopté les modifications de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA)², ainsi que l'arrêté relatif à l'approbation des deux traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)³.

Il est prévu que l'arrêté fédéral et la loi sur le droit d'auteur révisée entrent en vigueur au 1er juillet 2008. L'entrée en vigueur de la loi sur le droit d'auteur révisée exige une modification de l'ordonnance sur le droit d'auteur.

Les nouvelles dispositions, qui aménagent l'observatoire sur les mesures techniques sur la base de l'article 39b LDA⁴, constituent le point central du projet d'ordonnance (P-ODAu). Il est vrai que des modifications qui concernent la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins (Commission arbitrale) sont proposées en parallèle. En dehors d'une nouvelle disposition de procédure, relative au traitement des demandes de tarifs dont la base légale est contestée, il s'agit cependant principalement d'adaptations à de nouveaux décrets juridiques qui concernent l'organisation et les taxes de la Commission arbitrale.

2 Modifications qui concernent la Commission arbitrale

2.1 Organisation

Art. 2 al. 1 Statut

L'ordonnance du 3 juin 1996 sur les commissions extraparlimentaires, les organes de direction et les représentants de la Confédération (Ordonnance sur les commissions)⁵ remplace l'ordonnance du 2 mars 1997 réglant les fonctions de commissions extra-parlementaires, d'autorités et de délégations de la Confédération qui est mentionnée à l'article 2 alinéa 1 ODAu. Par conséquent, la disposition précitée doit faire un nouveau renvoi à l'Ordonnance sur les commissions.

La mention de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1973 sur les indemnités versées aux membres des commissions, aux experts et aux personnes chargées d'assumer un autre mandat devient également sans objet. Elle a été remplacée par l'ordonnance du 12 décembre 1996 sur les indemnités journalières et sur les autres indemnités versées aux membres des commissions extraparlimentaires⁶. Il n'est cependant pas nécessaire de mentionner cette dernière, car l'article 17 alinéa 2 de l'Ordonnance sur les Commissions s'y réfère déjà expressément.

Art. 4 al. 1^{bis} Secrétariat

La loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération⁷ a remplacé le statut des fonctionnaires, de sorte que l'article 4 alinéa 1^{bis} ODAu doit être modifié. A cet égard, selon le nouveau droit, un renvoi général à la législation sur le personnel de la Confédération est suffi-

¹ RS 231.11

² FF 2007, 6753

³ FF 2007, 6805

⁴ FF 2007, 6807, 6808

⁵ RS 172.31

⁶ RS 172.311

⁷ RS 172.220.1

sant, comme on le trouve par exemple à l'article 24 alinéa 2 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence⁸ ou à l'article 7 alinéa 2 du règlement interne du 6 novembre 1997 de la Commission de la communication⁹.

Art. 5 Information

Cette disposition, qui porte sur la manière dont la Commission arbitrale informe sur sa pratique, est adaptée aux moyens d'information modernes. Elle s'inspire de l'article 21 alinéa 2 du règlement de l'autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision¹⁰.

2.2 Procédure

Art. 9 al. 4 (nouveau) Dépôt de la demande

La nouvelle disposition règle le dépôt d'une demande relative à des tarifs, dont la négociation n'a pas eu lieu ou ne s'est pas faite dans les détails, étant donné que la base légale est contestée. Dans ce cas, la Commission arbitrale doit préalablement vérifier la base légale et, si celle-ci existe, donner la possibilité aux parties de poursuivre les négociations sur le tarif. Afin d'éviter les retards inutiles, dus à cette manière de procéder, la décision incidente correspondante ne peut cependant pas faire l'objet d'un recours indépendant.

Art. 11 Décision par voie de circulation

Selon la dernière phrase de l'article 11 ODAu, les décisions incidentes sont rendues par voie de circulation. La décision de la Commission arbitrale concernant la base légale d'un tarif, au sens de l'article 9 alinéa 4 P-ODAu, interviendra cependant régulièrement dans le cadre d'une négociation orale et non pas par voie de circulation. Par conséquent, l'article 11 ODAu *in fine* prévoit que les décisions incidentes sont « *en principe* » rendues par voie de circulation.

2.3 Taxes

Le chapitre 4 de l'ordonnance sur le droit d'auteur, dans lequel sont réglées les taxes de la Commission arbitrale et de l'autorité de surveillance, est abrogé. Avec l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004¹¹, l'environnement des taxes dans l'administration a été réglé, de telle sorte que le règlement des taxes de l'autorité de surveillance, par des dispositions juridiques spéciales, est devenu inutile. De ce fait, dans le cadre de la révision du droit d'auteur, l'article 52 alinéa 2 LDA, qui constitue la base légale des articles 21d, 21e et 21f ODAu, a déjà été tracé. Ces dispositions doivent par conséquent également être abrogées.

En principe, les taxes de la Commission arbitrale sont aussi régies par l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004. Dans ce cas, il est cependant nécessaire d'y apporter un complément par des dispositions juridiques spéciales, qui doivent être reprises dans le chapitre 1 de l'ordonnance sur le droit d'auteur sous une nouvelle section 3 sur les taxes.

Art. 16a (nouveau) Taxes et débours

Cette disposition correspond à l'article 21a ODAu. Le premier alinéa a été adapté à la version révisée de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative¹². Un autre besoin d'adaptation est apparu à l'alinéa 2 lettre a, parce que l'ordonnance du 1^{er} octobre 1973 sur les indemnités versées aux membres des commissions, aux experts et

⁸ RS 251

⁹ RS 784.101.115

¹⁰ RS 784.409

¹¹ RS 172.041.1

¹² RS 172.041.0

aux personnes chargées d'assumer un autre mandat, a été remplacée par l'ordonnance du 12 décembre 1996 sur les indemnités journalières et sur les autres indemnités versées aux membres des commissions extraparlimentaires¹³.

Art. 16b (nouveau) Personnes astreintes au paiement

Cette disposition correspond à l'article 21*b* ODAu. Elle a cependant été partagée en trois alinéas.

Art. 16c (nouveau) Echéance et délai de paiement

Cette disposition n'a pas non plus été modifiée, mais uniquement déplacée. Elle correspond, à la lettre, à l'article 21*c* ODAu. Elle s'écarte de l'article 12 alinéa 1 lettre a de l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004 qui prévoit que les émoluments sont échus dès l'entrée en force d'une décision¹⁴. Dans le cas de la Commission arbitrale, les sociétés de gestion doivent en effet s'acquitter des émoluments quelque soit l'issue du tarif. La règle qui s'écarte de l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004, selon laquelle l'émolument est exigible dès la notification, est ainsi justifiée.

3 Observatoire des mesures techniques

Avec l'arrêté relatif à l'approbation des deux traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, une protection des mesures techniques est introduite dans le droit d'auteur (article 39*a* LDA). En parallèle, l'article 39*b* LDA prévoit qu'un observatoire observe les effets des mesures techniques sur les restrictions au droit d'auteur et qu'il doit rendre compte au Conseil fédéral à ce sujet. Par ailleurs, en tant qu'organisme de liaison entre les utilisateurs et les consommateurs, d'une part, et les utilisateurs de mesures techniques, d'autre part, il a la tâche d'encourager la recherche de solutions communes.

Conformément à l'article 39*b* les tâches et l'organisation de cet observatoire doivent être concrétisées par voie d'ordonnance, autrement dit dans l'ordonnance sur le droit d'auteur. Le projet d'ordonnance prévoit à ce sujet un nouveau chapitre 1*a*, qui contient trois dispositions (article 16*d* à 16*f* P-ODAu).

Art. 16d (nouveau) Compétence

Selon le message, l'observatoire des mesures techniques peut être confié à l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle ou à la Commission arbitrale¹⁵. S'il est aménagé auprès de la Commission arbitrale, se pose la question de savoir dans quelle composition elle doit assumer les tâches de l'observatoire. La formation d'une Chambre arbitrale, au sens de l'article 57 LDA, ne peut pas être prise en considération pour deux raisons. La compétence restreinte à la surveillance des tarifs, de même que la composition inadaptée de ce comité pour les tâches de l'observatoire s'y opposent. On pourrait néanmoins envisager d'attribuer cette compétence supplémentaire au président de la Commission arbitrale. Dans ce cas, il faudrait cependant clarifier le fait que la présidence est soutenue dans cette tâche par le secrétariat.

Le fait que l'activité d'organisme de liaison de l'observatoire au sens de l'article 39*b* alinéa 1 lettre *b* LDA représente une sorte de médiation, pour laquelle une instance judiciaire telle que la Commission arbitrale possède en soi un meilleur préalable qu'une autorité administrative telle que l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, plaide en faveur de cette solution. D'un autre

¹³ RS 172.311

¹⁴ RS 172.041.1

¹⁵ FF 2006, 3299

côté, il existe toutefois un risque que l'activité d'observatoire remette en question l'indépendance, respectivement l'impartialité, de la présidence et du secrétariat de la Commission arbitrale. Dans son domaine de compétence originaire de la surveillance des tarifs, la Commission arbitrale doit répondre à l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 30 alinéa 1 Cst. de même que de l'article 6 CEDH (sic ! 10/2007, ATF 133 II 263). Si on lui attribue en même temps les tâches de l'observatoire, la prise en charge de ces activités pourrait éveiller, dans un cas ou dans l'autre, l'apparence de partialité. Dès lors qu'avec la présidence et le secrétariat cette apparence toucherait des organes tout à fait centraux de la Commission arbitrale, il serait également difficile de régler ce problème dans un cas particulier par des mesures d'organisation (récusation).

De ce point de vue, il ne semble pas opportun d'attribuer les tâches de l'observatoire à la Commission arbitrale. En effet, cela aurait pour résultat que les organes de la Commission arbitrale seraient affaiblis en relation avec la prise en charge de la tâche principale de la surveillance des tarifs qui leur est attribuée. Par conséquent, l'article 16d alinéa 1 P-ODAu prévoit que l'observatoire des mesures techniques est aménagé auprès de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle. Par ailleurs, l'article 2 alinéa 2 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (LIPI)¹⁶ prévoit expressément que le Conseil fédéral peut attribuer de nouvelles tâches à l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle.

Conformément à l'alinéa 2, l'observatoire ne doit pas prélever de taxes pour son activité cela vaut également lorsqu'il sert d'organisme de liaison entre les utilisateurs et les consommateurs, d'une part, et les utilisateurs de mesures techniques, d'autre part, afin d'encourager une solution commune au sens de l'article 16e P-ODAu. Dès lors que l'observatoire n'a pas de compétence décisionnelle dans ce cadre (cf. article 16e alinéa 3 P-ODAu) – ne rend donc pas de décision – et qu'il n'existe pas non plus de prétention à la prestation d'un service à son égard, son activité ne tombe ni sous le coup de l'article 2 de l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004¹⁷, ni de l'article 13 et 14 LIPI, selon lesquels l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle prélève des taxes pour des activités relevant de la souveraineté de l'Etat et fixe des rémunérations pour des prestations de service.

Art. 16e (nouveau) Prise en charge des tâches

Cette disposition prévoit comment l'observatoire doit prendre en charge les tâches que la loi lui attribue (article 39b alinéa 1 lettre a et b LDA). Il fonctionne en première ligne en tant qu'organe professionnel qui observe en permanence l'utilisation des mesures techniques et mesure leurs effets sur les restrictions au droit d'auteur contenues dans la loi sur le droit d'auteur. Si à la suite de ses propres observations ou sur la base d'annonces de personnes concernées, des indices d'une utilisation abusive de mesures techniques apparaissent, conformément à l'alinéa 1, il doit clarifier s'il existe effectivement un abus.

Selon le texte de l'article 39b LDA et le message du Conseil fédéral, l'utilisation d'une mesure technique doit être considérée comme abusive lorsqu'elle empêche l'exercice d'une restriction au droit d'auteur, de sorte à porter atteinte à des intérêts publics¹⁸. L'observatoire devra néanmoins établir sa pratique sur la base de ses propres observations.

Si, lors de ses clarifications, l'observatoire parvient à la conclusion qu'une mesure technique est utilisée abusivement, il doit procéder selon l'alinéa 1. Dans ce cas, par une médiation entre les parties concernées, il doit essayer de provoquer une solution. S'il n'y parvient pas, sur la base de l'alinéa 3, il l'inscrira dans son compte rendu périodique au Conseil fédéral. En tous les cas,

¹⁶ RS 172.010.31

¹⁷ RS 172.041.1

¹⁸ FF 2006, 3298, 3299

il lui demandera de lui attribuer une compétence de donner des instructions plus efficace pour lutter contre les abus, comme l'article 39b alinéa 2 LDA le prévoit, lorsque l'intérêt public l'exige. Il en découle que le compte rendu réglée dans l'alinéa 3 ne concerne pas uniquement l'activité d'observation en tant que telle, mais notamment aussi la question de savoir si l'activité de médiation suffit en tant que catalyseur, pour des mesures d'autorégulation, destiné à combattre toutes sortes d'abus. La question de savoir dans quel délai l'observatoire doit rendre compte au Conseil fédéral a été laissée volontairement ouverte. En tous les cas, il n'est pas exclu qu'un compte rendu annuel s'avère insuffisant pour juger de l'activité de l'observatoire. L'alinéa 3 prévoit que l'observatoire informe également de manière appropriée la collectivité publique sur son activité – par exemple avec un site Internet propre. Par ailleurs, il est expressément indiqué que l'observatoire n'a pas le pouvoir de prendre des décisions, ni de donner des instructions.

Art. 16f (nouveau) Annonce

Quand bien même l'observatoire est tenu d'observer l'utilisation des mesures techniques par lui-même, le fait d'accorder expressément, aux personnes concernées par les mesures techniques, la possibilité d'annoncer des abus supposés, paraît sensé. Conformément à l'alinéa 2, l'observatoire est dans ce cas tenu de vérifier l'état de fait annoncé et d'orienter l'auteur de l'annonce sur le résultat de sa vérification (alinéa 3).