



# **Rapport d'activité de l'OMET** (période du 1<sup>er</sup> juillet 2008 au 30 juin 2011)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Le Conseil fédéral a pris acte du rapport le 24 novembre 2011. La version publiée sur la homepage de l'OMET contient des modifications rédactionnelles pour préserver la protection des données.



## 1. Situation initiale

### 1.1 Bases juridiques

L'interdiction de contournement des mesures techniques (MT) telles les contrôles d'accès et les dispositifs anticopies a été introduite lors de la révision partielle du 22 juin 2007 de la loi sur le droit d'auteur (LDA)<sup>2</sup>. La finalité de celles-ci est d'empêcher que les oeuvres ou prestations protégées par le droit d'auteur existant sous la forme numérique soient utilisés de manière illicite. Le problème est qu'elles sont aussi susceptibles d'entraver les utilisations expressément autorisées par la loi, par exemple la confection de copies d'oeuvres pour l'usage privé<sup>3</sup>.

C'est pourquoi l'art. 39b LDA<sup>4</sup> institue un observatoire des mesures techniques (OMET), qui a pour tâche d'observer les effets des MT, au sens de l'art. 39a, al. 2, LDA, sur les restrictions au droit d'auteur. Dans les cas où l'OMET constate qu'une MT empiète sur une utilisation licite, sa fonction consiste à proposer sa médiation en vue de favoriser des solutions entre ceux qui ont recours aux MT et les utilisateurs de contenus protégés<sup>5</sup>.

L'OMET n'a ni pouvoir de décision, ni pouvoir d'instruction. En tant qu'organisme de liaison, son rôle se limite à observer les MT et à initier et soutenir un processus d'autorégulation entre les utilisateurs et les consommateurs. Si cela devait s'avérer nécessaire dans l'intérêt public, le Conseil fédéral est toutefois habilité à lui attribuer, par voie d'ordonnance, la compétence de prendre des mesures concrètes<sup>6</sup>.

L'OMET s'acquitte de ses tâches de manière autonome, mais est rattaché administrativement à l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI)<sup>7</sup> qui supporte également les coûts de l'observatoire<sup>8</sup>. Le présent rapport se fonde sur l'art. 16f, al. 3, ODAu<sup>9</sup>, en vertu duquel l'OMET est tenu de rendre périodiquement compte de son activité au Conseil fédéral.

### 1.2 Organisation et finances

L'OMET se compose d'un observateur nommé par le Conseil fédéral; son mandat a pris effet le 1<sup>er</sup> juillet 2008 et court jusqu'à la fin de la législature en cours. Son rattachement administratif à l'IPI a été concrétisé par un accord réglant notamment la mise à disposition d'un secrétariat et la prise en charge des coûts par l'IPI.

L'OMET établit un budget annuel pour ses dépenses selon les directives de l'IPI. Celui-ci doit être approuvé par la Direction de l'IPI et se situer dans un ordre de grandeur de 75 000 francs. L'exercice de l'OMET s'étend du 1<sup>er</sup> juillet au 31 juin, ce qui correspond à l'exercice de l'IPI mais pas à une année civile.

---

<sup>2</sup> Art. 39a LDA

<sup>3</sup> Art. 19, al. 1, LDA

<sup>4</sup> RS 231.1

<sup>5</sup> Art. 39b, al. 1, let. b, LDA en relation avec art. 16f, al. 2, ODAu

<sup>6</sup> Art. 39b, al. 2, LDA

<sup>7</sup> Art. 16e, al. 2, ODAu

<sup>8</sup> Art. 16e, al. 3, ODAu

<sup>9</sup> Ordonnance sur le droit d'auteur, RS 231.11

## 2. Aperçu des activités

Le présent rapport couvre la période allant du 1<sup>er</sup> juillet 2008 au 31 juin 2011 et rend donc compte de l'activité de l'OMET durant ses trois premières années d'existence. Eu égard au volume de travail modeste que l'observateur est en mesure d'accomplir au cours d'un exercice étant donné qu'il exerce sa fonction avec un taux d'emploi de 20 %, il a renoncé à remettre un rapport annuel<sup>10</sup>.

Depuis le début de son activité, l'OMET a examiné sept cas d'utilisations de MT qui lui ont été annoncés soit par des consommateurs, soit par des organisations de défense des consommateurs<sup>11</sup> en vertu de l'art. 16g ODAu. L'objet de ces annonces était l'entrave à la restriction au droit d'auteur en faveur de l'usage privé qui autorise l'utilisation d'œuvres ou de prestations protégées par des droits d'auteur à des fins privées<sup>12</sup>. A une exception près<sup>13</sup>, l'OMET a pu apporter son aide aux utilisateurs et aux consommateurs. Ses examens ont permis de conclure que les dispositifs anticopies en cause n'avaient pas un effet absolu et qu'ils laissaient la possibilité d'utiliser les œuvres conformément aux restrictions au droit d'auteur. Il en est toutefois ressorti que l'accès aux informations nécessaires à cet effet était difficile pour les utilisateurs et les consommateurs. L'OMET a attiré l'attention des utilisateurs de MT sur ce problème, ce qui a contribué, dans certains cas, à améliorer la situation.

Abstraction faite des annonces mentionnées, l'OMET a dû s'occuper d'une demande de rapport qui n'était pas liée à l'observation des MT, mais à la surveillance des tarifs des sociétés de gestion. A cette occasion, il a établi une délimitation entre son domaine d'attribution et celui de la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins (Commission arbitrale)<sup>14</sup>.

L'OMET exerce d'office sa fonction d'observatoire. Il ne peut dès lors se limiter à examiner les annonces écrites émanant d'utilisateurs ou de consommateurs, mais doit prendre des initiatives propres en vue de déceler les éventuelles entraves aux restrictions au droit d'auteur découlant de l'usage de MT. Dans ce contexte, il a en particulier examiné si l'utilisation de dispositifs anticopies par les magasins en ligne entraînait une double taxation des consommateurs. Les codes régionaux des DVD, le cryptage des signaux de la télévision numérique sur les réseaux câblés et l'utilisation de MT dans le domaine de la diffusion électronique du savoir<sup>15</sup> ont également fait l'objet d'éclaircissements. Au niveau des examens conduits d'office, l'OMET n'a constaté aucune entrave grave aux restrictions au droit d'auteur attribuable aux MT. Il faut cependant relever que les clarifications dans le domaine important de la diffusion des savoirs scientifiques et universitaires en sont encore à un stade initial. Il est donc encore trop tôt pour tirer des conclusions définitives.

En vertu de l'ODau<sup>16</sup>, l'OMET peut aussi faire appel à des mandataires qui ne font pas partie de l'Administration fédérale pour exercer ses attributions. Se fondant sur cette disposition, il a demandé en juin 2009 un avis au professeur Christoph Beat Graber<sup>17</sup> en vue d'établir un premier bilan au terme du premier exercice et de déterminer la nécessité d'agir pour de futurs examens. Il ressort de cet avis publié avec l'accord de l'OMET<sup>18</sup> que les problèmes analysés par l'observatoire dans le domaine de l'industrie du divertissement sont moins graves qu'on l'avait craint<sup>19</sup>. Des études menées à l'étranger semblent démontrer que l'utilisation des MT s'avère probléma-

<sup>10</sup> Le volume de travail effectif correspondait toutefois à un taux d'occupation de 30 %.

<sup>11</sup> Davantage à ce sujet sous ch. 3.

<sup>12</sup> Art. 19, al. 1, let. a, LDA

<sup>13</sup> Voir ch. 3.6

<sup>14</sup> Voir ch. 5

<sup>15</sup> Davantage à ce sujet sous ch. 4.

<sup>16</sup> Art. 16e, al. 4, ODAu

<sup>17</sup> Professeur ordinaire de droit de la communication et de la culture, de droit international économique et de sociologie du droit à l'Université de Lucerne.

<sup>18</sup> Voir sic! 5/2010, p. 329 ss

<sup>19</sup> En amont de la révision partielle de la LDA, les utilisateurs et les milieux des consommateurs notamment avaient exprimé la crainte de voir la protection contre le contournement des MT constituer une grave entrave aux restrictions au droit d'auteur.

tique principalement dans le domaine scientifique. Il importe dès lors d'effectuer une analyse en Suisse également afin d'évaluer l'impact des MT sur certaines utilisations d'oeuvres dans le domaine de la science et de la recherche autorisées aux termes de la LDA. Ces investigations constituent actuellement le point fort des activités de l'OMET<sup>20</sup>.

Parallèlement à sa fonction d'observatoire, l'OMET a participé à diverses consultations des offices dans les domaines du droit d'auteur et du droit des télécommunications. En outre, il a fourni à maintes reprises des renseignements juridiques aux autorités, aux particuliers et aux médias. Enfin, il a suivi les développements juridiques sur les plans national et international en participant aux entretiens sur le droit d'auteur de l'IPI, aux séances du SCCR<sup>21</sup> de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et à divers symposiums sur le droit d'auteur.

### **3. Examens conduits en réponse à une annonce écrite**

#### **3.1 Réclamation relative à un dispositif anticopie**

La première annonce est parvenue à l'OMET en décembre 2008 et concernait le dispositif anticopies utilisé à l'époque par un groupe industriel pour son magasin en ligne. Ce dispositif n'autorisait en effet qu'un nombre limité de reproductions. Les consommateurs ont donc réagi craignant de ne plus avoir accès à la musique achetée après un certain nombre de transactions sur de nouveaux appareils (PC, lecteurs MP3, etc.).

Il est ressorti des examens conduits par l'OMET que cette inquiétude n'était pas justifiée dans la mesure où le vendeur de musique en ligne avait mis en place un système d'autorisation spécial pour neutraliser la protection anticopies dans le cadre de transferts de musique sur de nouveaux appareils. Or la clientèle avait apparemment de la peine à se familiariser avec ce système et à l'utiliser correctement. Du point de vue des consommateurs, le système n'était dès lors pas vraiment praticable.

En vertu de l'art. 16f, al. 1, ODAu, l'OMET est tenu de vérifier, lorsqu'il reçoit une annonce, s'il existe des indices d'une utilisation abusive de MT. Le contrôle n'est toutefois pas exhaustif; il se limite au cadre donné par l'art. 39b, al. 1, let. a, LDA. En vertu de celui-ci, l'OMET ne doit observer que les effets des MT sur les restrictions au droit d'auteur. Vu sous cet angle, il n'y avait rien à redire contre la protection anticopies du vendeur de musique en ligne.

Le dispositif ne déployant pas un effet absolu puisqu'il autorisait un certain nombre de copies, il ne constituait en aucun cas un obstacle direct à l'utilisation à des fins privées. On pourrait tout au plus voir une entrave indirecte à la restriction au droit d'auteur en faveur de l'usage privé dans le fait que le système d'autorisation permettant la copie de morceaux de musique achetés sur de nouveaux appareils n'était pas vraiment praticable.

L'utilisation de protections anticopies ayant posé, à maints égards, des problèmes aux magasins de musique en ligne, le groupe industriel a décidé, entre-temps, d'abandonner cette pratique. L'OMET n'a dès lors pas eu à intervenir en faveur d'une optimisation du système d'autorisation du vendeur de magasin en ligne pour défendre les intérêts des consommateurs.

#### **3.2 Réclamation relative à un livre audio**

En février 2009, l'OMET a reçu une autre réclamation. Il s'agissait d'un livre audio que l'auteur de ladite réclamation avait acheté sous forme de CD. L'acheteur dénonçait le fait qu'il ne pouvait pas enregistrer ledit livre audio sur son lecteur MP3. L'OMET a donc contrôlé si un dispositif anticopies était bien à l'origine du problème empêchant l'acheteur de copier le livre audio alors qu'il s'agit d'un acte de reproduction autorisé en vertu de l'usage privé.

---

<sup>20</sup> Voir ch. 4.4

<sup>21</sup> Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes

Or, il est ressorti de ses vérifications que l'enregistrement du livre audio sur le lecteur MP3 n'avait pas fonctionné à cause d'une erreur de manipulation de l'acheteur, et non pas à cause d'un dispositif anticopies. Grâce aux instructions demandées à l'éditeur, l'acheteur est finalement parvenu à confectionner la copie souhaitée. Le traitement de cette annonce par l'OMET a donc connu une issue positive.

### **3.3 Réclamation relative à une offre de téléchargement de musique**

Un fabricant de téléphonie mobile propose un service permettant aux acheteurs d'un téléphone mobile, capable de fonctionner également comme lecteur de musique, de télécharger gratuitement et de façon illimitée des titres depuis son magasin de musique en ligne sur leur PC et leur appareil pendant 12 mois. En septembre 2009, une organisation de défense des consommateurs a signalé ce service du fabricant à l'OMET, l'utilisation de musique étant limitée par un dispositif anticopies. Le fait que le fabricant n'attire pas l'attention de sa clientèle sur cette restriction dans le cadre des informations relatives à son offre de musique en ligne a paru particulièrement choquant.

Lors de son examen, l'OMET a constaté que le dispositif anticopies du fabricant de téléphonie mobile entravait l'utilisation de musique dans le cadre de l'usage privé autorisé par la loi dans la mesure où les titres achetés sur le magasin de musique en ligne dudit fabricant ne pouvaient être écoutés que sur un téléphone mobile de la marque et pas sur un appareil de la concurrence ou un lecteur MP3. Liée à l'utilisation d'une protection anticopies, cette entrave à l'exercice de la restriction au droit d'auteur en faveur de l'usage à des fins privées<sup>22</sup> est toutefois attribuable au besoin légitime de la firme de téléphonie mobile de limiter la validité de son offre gratuite « notre offre de téléphonie mobile vient avec de la musique » aux détenteurs d'un téléphone mobile lecteur de musique de sa marque. L'OMET est donc parvenu à la conclusion qu'en l'espèce l'utilisation de la MT ne pouvait pas être considérée comme abusive. Il est néanmoins intervenu pour faire en sorte que le fabricant améliore l'information à la clientèle et indique expressément que l'utilisation de la musique achetée par le biais de cette offre promotionnelle était limitée aux détenteurs de téléphones mobiles lecteurs de musique de la marque.

Dans le rapport rendu sur ce cas, l'OMET a précisé que le dispositif anticopies du fabricant de téléphonie mobile ne faisait pas partie des MT protégées par l'interdiction de contournement visée à l'art. 39a LDA. Celle-ci s'applique en effet uniquement aux MT servant à la protection des œuvres et d'autres objets protégés par le droit d'auteur contre les utilisations illicites. Ce n'est pas le cas du dispositif anticopies du fabricant en question, lequel sert exclusivement à limiter la validité de l'offre gratuite de musique à la clientèle de la marque. Il ne s'agit dès lors pas d'une MT au sens de l'art. 39a, al. 2, LDA et tombant dans le champ d'application défini à l'art. 39b, al. 1, let. a, LDA<sup>23</sup>.

### **3.4 Réclamation relatif à un décodeur d'un câblo-opérateur**

Une autre annonce, parvenue à l'OMET en octobre 2009, concernait la télévision numérique. Le motif de la réclamation résidait dans le fait que le câblo-opérateur bloquait le branchement du décodeur sur des appareils d'enregistrement empêchant ainsi l'enregistrement d'émissions TV sur des supports de mémoire externes. Etant donné que la LDA autorise expressément toute utilisation de l'œuvre – par conséquent aussi l'enregistrement d'émissions – dans le domaine privé et personnel, l'OMET a examiné si le verrouillage en cause constituait une intervention abusive dans les restrictions légales au droit d'auteur<sup>24</sup>.

L'examen a abouti au constat que les points de raccordement du récepteur sur des appareils externes n'étaient pas bloqués, mais que le logiciel de commande pour la transmission des si-

<sup>22</sup> Art. 19 LDA

<sup>23</sup> Voir à ce sujet les remarques au ch. 6.

<sup>24</sup> Art. 19 à 28 LDA

gnaux numériques n'existait pas encore. Il s'est avéré toutefois qu'il est tout à fait possible d'enregistrer des émissions TV sur des supports de mémoire externes par le biais de raccordements analogiques. L'OMET a rendu l'auteur de l'annonce attentif à cette possibilité tout en soulignant que la restriction aux techniques analogiques ne permet pas de conclure à une entrave abusive à l'usage privé.

### **3.5 Réclamation relative à des offres d'un fournisseur de services de télécommunication**

En février 2010, un abonné TV d'un fournisseur de services de télécommunication a signalé à l'OMET que son enregistreur vidéo ne pouvait pas être connecté au décodeur dudit fournisseur, ce qui l'empêchait donc d'enregistrer des émissions. Le fournisseur lui a expliqué que l'offre plus coûteuse était mieux appropriée aux fins d'enregistrement. L'abonné a malheureusement dû se rendre à l'évidence que cette deuxième offre ne permettait pas non plus l'enregistrement d'émissions TV sur son appareil.

Après avoir examiné le cas, l'OMET en a conclu qu'en soi le fournisseur n'utilise aucune MT pour empêcher ses abonnés TV d'enregistrer des émissions. De plus, il ressort de la prise de position de ce fournisseur que ses décodeurs disposent de plusieurs possibilités de connexion à des appareils permettant la fixation d'émissions TV sur des supports de mémoire externes (disques dur d'un enregistreur vidéo, cassettes vidéo ou DVD). Les possibilités d'enregistrement sont toutefois restreintes d'un point de vue technique puisque les sorties du décodeur ne peuvent transmettre que des signaux analogiques. Il n'existe par conséquent aucun obstacle direct à l'usage à des fins privées.

L'OMET a toutefois constaté que les descriptions des deux offres TV du fournisseur pouvaient prêter à confusion. En filigrane de celles-ci s'inscrit manifestement une stratégie de marketing visant à donner au consommateur l'impression erronée qu'il ne peut pas enregistrer des émissions avec l'offre de base et qu'il a donc besoin de l'offre plus onéreuse. L'OMET a prié le fournisseur de lever le malentendu en décrivant de manière claire les caractéristiques de ses offres. Celui-ci a refusé arguant qu'une meilleure information sur ses offres TV serait préjudiciable aux ventes de l'offre plus coûteuse. De toute évidence, la société préfère mettre en avant les avantages de cette offre par rapport à l'offre de base moins coûteuse plutôt que de privilégier une information transparente à la clientèle.

Si l'OMET a pu expliquer à l'auteur de l'annonce les différences entre les deux offres TV du fournisseur, il ne lui a malheureusement pas été possible de convaincre l'opérateur d'adopter une attitude plus respectueuse vis-à-vis des consommateurs.

### **3.6 Réclamation relative à un programme de mise à jour pour une console de jeux**

En avril 2010, un fabricant de consoles de jeux a mis à la disposition de sa clientèle un programme de mise à jour pour une de ses consoles offrant de nouvelles possibilités d'utilisation, notamment la lecture de disques Bluray. L'actualisation avec ce nouveau micrologiciel entraînait toutefois la perte de certaines fonctions, possibles jusqu'alors, notamment l'utilisation de logiciels libres permettant d'installer sur la console de jeux des services de messagerie et des programmes Office.

Sur les conseils d'une organisation de défense des consommateurs, plusieurs utilisateurs se sont adressés à l'OMET à ce sujet. L'examen des diverses annonces a confirmé le fait que la mise à jour de la console désactive la fonction permettant d'installer d'autres systèmes d'exploitation. Le fabricant de la console a expliqué que la fonction en cause était souvent utilisée abusivement pour installer sur la console des jeux téléchargés illégalement ou des copies piratées de contenus protégés par le droit d'auteur. La MT faisant l'objet de la réclamation permettait de réduire le risque de hacking et, par conséquent, de rendre plus sûre la plate-forme hardware proposée avec la console de jeux pour les fabricants de jeux et d'autres programmes. La suppression de fonctions en cause paraît justifiée, du moins du point de vue du droit d'auteur, dans

la mesure où elle prévient les utilisations illégales de contenus protégés, même si elle est susceptible de faire obstacle à l'utilisation d'œuvres garantie par une restriction au droit d'auteur.

Dans sa prise de position concernant cette suppression de fonctions sur les consoles litigieuses résultant de l'installation du micrologiciel de mise à jour, le fabricant de consoles a requis la confidentialité. Ses arguments et les explications y relatives n'ont dès lors pas pu être portés à la connaissance des utilisateurs, ce qui est regrettable puisqu'il laisse passer ainsi la chance d'accroître leur acceptation de la suppression de fonctions portée à la connaissance de l'OMET.

### **3.7 Réclamation relative à une carte d'accès à un réseau câblé**

À la fin mai 2010, une organisation de défense des consommateurs a soumis à l'OMET une annonce déplorant le fait que les cartes d'accès, introduites par un câblo-opérateur pour décrypter les données numériques des programmes télévisés en guise d'alternative au décodeur, étaient assorties d'un dispositif anticopies empêchant l'enregistrement d'émissions.

Il est ressorti de l'examen conduit par l'OMET que le dispositif anticopies lié à la carte d'extension avait été principalement mis en place dans le but d'empêcher les utilisations illicites des œuvres audiovisuelles proposées par le biais de services payants (télévision payante et vidéos à la demande). La carte d'extension étant proposée avant même l'existence du logiciel de commande de la protection anticopies dynamique, le dispositif empêchait également l'enregistrement d'émissions télévisées faisant partie de l'offre de base et constituait par conséquent une entrave involontaire, mais injustifiée à l'exercice de la restriction au droit d'auteur en faveur de la confection de copies à des fins privées. Cette entrave de nature technique n'a toutefois été que de courte durée : une fois le logiciel de commande du dispositif anticopies dynamique livré, ce dernier ne s'appliquait plus qu'aux contenus protégés disponibles par le biais des services payants. De plus, le câblo-opérateur avait informé sa clientèle qu'un blocage anticopies général affecterait provisoirement la carte d'extension.

L'entrave à l'usage privé pointée par l'organisation de défense des consommateurs est par conséquent supprimée. L'OMET a toutefois été prié de garder un œil sur les dispositifs anticopies dynamiques dans le domaine de la télévision câblée afin de prévenir les utilisations abusives.

## **4. Examens d'office**

### **4.1 Effets des dispositifs anticopies sur les offres de musique en ligne**

Désireux de vérifier une hypothèse<sup>25</sup> formulée dans la littérature spécialisée, l'OMET a tiré au clair la question de savoir si les magasins en ligne proposaient les morceaux de musique non munis d'une protection anticopies à un prix plus élevé que les titres protégés par un tel dispositif. Dans l'affirmative, cette pratique aurait pour conséquence une double taxation des internautes, qui s'acquittent déjà d'une rémunération pour la reproduction d'œuvres par le biais de la redevance sur les supports vierges perçue en vertu de l'art. 20, al. 3, LDA<sup>26</sup>. La protection anticopies étaiérait dans ce cas un modèle économique discutable. L'entrave à l'usage privé résultant du recours à un tel dispositif ne se justifie en effet que si elle a pour but d'empêcher les utilisations non autorisées d'œuvres.

Les examens conduits par l'OMET ont toutefois permis d'invalider les craintes concernant l'utilisation abusive par les magasins de musique en ligne des protections anticopies pour fixer leurs prix. Puisque désormais il n'est plus possible de proposer des titres de musique munis d'une protection anticopies, il semble que le risque d'un recours abusif à des MT dans ce domaine

---

<sup>25</sup> *Sic!* 10/2007, 735, troisième colonne

<sup>26</sup> RS 231.1

soit écarté pour le futur.

## 4.2 Effets de l'encodage des DVD sur les restrictions au droit d'auteur

L'industrie du cinéma a, en collaboration avec les fabricants de magnétoscopes, encodé les DVD de sorte qu'il n'est généralement pas possible de visionner les disques optiques produits pour une certaine région sur les lecteurs qui n'ont pas le même code de région ou de pays. Pour le consommateur, cette restriction technique le mettra peut-être dans l'impossibilité de lire sur son magnétoscope les DVD qu'il a achetés directement ou via Internet à l'étranger. Ainsi, un DVD en provenance des Etats-Unis ne peut, en général, pas être lu sur un lecteur européen pour cause d'incompatibilité des codes.

Sous l'angle du droit d'auteur, cette réalité constitue en principe une entrave à l'utilisation à des fins privées, une restriction que peut faire valoir l'acheteur souhaitant voir le film gravé sur le DVD. Aussi l'OMET a-t-il examiné si la nécessité d'un régime de protection pour les œuvres audiovisuelles justifiait l'encodage des DVD et, par voie de conséquence, cette entrave au droit d'auteur en faveur de l'usage privé. Si l'industrie du cinéma encode les DVD, c'est pour préserver sa cascade d'exploitation selon laquelle les œuvres audiovisuelles sont d'abord projetées dans les salles de cinéma avant d'être proposées en tant que DVD et, finalement, de passer à la télévision. La LDA prend en compte cette cascade d'exploitation puisqu'elle prévoit une dérogation au principe de l'épuisement international pour les exemplaires d'œuvres comme les DVD qui contiennent des œuvres audiovisuelles. En vertu de cette dérogation, les producteurs peuvent interdire l'importation de DVD dans un pays aussi longtemps que l'œuvre y est projetée dans les salles obscures<sup>27</sup>.

A la différence de l'interdiction légale d'importation de DVD, qui a pour but de protéger l'exploitation cinématographique de l'œuvre, le code régional conduit dans les faits à un cloisonnement indéterminé du marché des vidéos puisque les magnétoscopes ne permettent pas de lire les DVD importés parallèlement. Dans une certaine mesure, il est donc en contradiction avec le principe de l'épuisement international prévu par le droit d'auteur, qui s'applique justement aussi aux DVD au terme de l'exploitation de l'œuvre dans les salles de cinéma. L'entrave à l'utilisation à des fins privées résultant de l'usage du code de région a beau se justifier dans la perspective de protéger l'exploitation dans les cinémas, elle n'en demeure pas moins problématique en ce sens qu'elle ne disparaît pas une fois l'exploitation dans les salles obscures terminée. Outre l'entrave à l'usage privé du consommateur, le code régional présente un risque d'abus car, en empêchant les importations parallèles, il permet de fixer des prix différents.

L'encodage régional des DVD a donc, à plusieurs égards, des effets excessifs par rapport au but premier visé, à savoir la protection de l'exploitation cinématographique. Devant limiter son examen à l'impact de cette MT sur les restrictions au droit d'auteur, l'OMET a conclu que les effets pouvaient être qualifiés de faibles. Le fait que l'usage d'un code régional restreigne la lecture d'un DVD sur des magnétoscopes ayant le même code constitue, d'une certaine façon, une entrave à la jouissance de l'œuvre et à la restriction au droit d'auteur en faveur de l'usage privé. Mais l'encodage régional se justifie dans une large mesure puisqu'il sert à protéger l'exploitation cinématographique; cet obstacle de nature technique ne concerne d'ailleurs en réalité que les DVD achetés aux Etats-Unis et au Canada. De plus, les consommateurs peuvent aujourd'hui se procurer des lecteurs sans code permettant la lecture de tous les DVD, peu importe leur code régional. Il ressort de cet examen conduit d'office par l'OMET que l'encodage régional des DVD a pour fonction de protéger les œuvres audiovisuelles contre les utilisations illicites et que l'entrave à la restriction au droit d'auteur qui en découle n'est pas abusive et ne nécessite pas une intervention de la part de l'organisme de liaison au sens de l'art. 39b, al. 1, let. b, LDA<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Art. 12, al. 1bis, LDA

<sup>28</sup> RS 231.1



### 4.3 Télévision numérique : cryptage de l'offre de base sur les réseaux câblés

Lors du traitement de la motion Sommaruga « Réseau câblé numérique. Cryptage de décodeurs » et des travaux préparatoires en relation avec la révision partielle de la loi sur la radio et la télévision, il a été envisagé d'introduire l'interdiction du cryptage des chaînes librement accessibles dans l'offre de base des câblo-opérateurs. Or le projet du Conseil fédéral du 17 septembre 2010 mettant en œuvre la motion ne comportait qu'une règle de compétence qui aurait permis de garantir le libre choix du décodeur des signaux numériques au moyen d'une disposition inscrite dans l'ordonnance. L'idée d'interdire aux fournisseurs de services de télécommunication de crypter leurs signaux numériques avait donc été abandonnée au nom de leur liberté économique. Le Conseil des Etats a toutefois refusé d'entrer en matière sur le projet du Conseil fédéral, et le Conseil national lui a emboîté le pas le 11 avril 2011. En d'autres termes, le législateur a décidé de ne pas légiférer en matière de cryptage de la télévision numérique par les fournisseurs de services de télécommunication.

Dans le cadre de la consultation des offices sur le projet du message concernant la révision partielle de la loi sur la radio et la télévision, l'OMET a soutenu les organisations de défense des consommateurs qui avaient demandé une interdiction du cryptage de l'offre de base de la télévision numérique diffusée via les réseaux câblés. Cette requête faisait d'ailleurs aussi l'objet de la motion Sommaruga modifiée par le Parlement. La revendication ne visait pas une prohibition générale du cryptage, que le Conseil fédéral avait rejeté au nom de la liberté économique des fournisseurs de services de télécommunication, mais uniquement l'interdiction du cryptage, par les câblo-opérateurs, des chaînes de télévision librement accessibles en raison du risque d'abus à l'égard des abonnés du câble. Les câblo-opérateurs qui exploitent les réseaux numériques pourraient en effet faire passer leurs abonnés deux fois à la caisse en leur demandant de s'acquitter, en plus du prix de l'abonnement qui couvre la diffusion de l'offre de base, un montant pour un dispositif de décryptage somme toute inutile.

Du point de vue du droit d'auteur, le cryptage de chaînes de télévision librement accessibles contenues dans l'offre de base des réseaux câblés constitue une entrave à l'utilisation des œuvres à des fins privées. Le champ d'application de cette restriction s'étend à tout usage d'œuvres dans le domaine privé, donc également à la réception d'émissions distribuées par un câblo-opérateur à ses abonnés. Une telle entrave au libre usage des œuvres peut se justifier si elle résulte de l'effet excessif d'une MT visant la protection des œuvres et d'autres produits contre les utilisations illicites. Or, si les câblo-opérateurs distribuent simultanément et sans les modifier des programmes proposés par les organismes de diffusion de manière non codée, la protection des émissions et des œuvres diffusées contre un usage illicite ne peut pas servir de justification au cryptage.

La nécessité pour les fournisseurs de services de télécommunication de protéger des offres supplémentaires comme la télévision payante ou les plates-formes de vidéos à la demande contre un accès non autorisé peut cependant motiver le cryptage de la télévision numérique distribuée par le biais des réseaux câblés. Elle n'existe toutefois pas s'agissant de la diffusion de chaînes de télévision librement accessibles parce que l'utilisation des réseaux câblés et de l'offre de base peut être contrôlée au moyen des raccordements. Ainsi, bon nombre de petits et moyens câblo-opérateurs proposent leur offre de base sous une forme numérique mais non codée et ne cryptent que les services additionnels payants.

Le cryptage de la télévision numérique pratiqué par certains diffuseurs ne se limite pas aux services additionnels, mais concerne aussi l'offre de base et entrave ainsi l'accès de ses abonnés aux chaînes de télévision librement accessibles. Le cryptage n'ayant pas pour but de protéger les droits d'auteur, il ne peut être assimilé à une MT dont le contournement est interdit en vertu de l'art. 39a LDA. Il ne relève donc pas du domaine d'attribution de l'OMET, qui se limite à l'observation de l'impact des MT protégées par le droit d'auteur (cf. art. 39b, al. 1, let. a, LDA). L'avis commandé par l'OMET pour procéder à une appréciation des examens qu'il a conduits

dans le domaine de la télévision numérique parvient à la même conclusion<sup>29</sup>. L'organisme de liaison n'est par conséquent pas légitimé à agir en médiateur entre les câblo-opérateurs et les consommateurs sur la question du libre accès à l'offre de base de la télévision numérique.

#### 4.4 Application de MT dans le domaine de la diffusion électronique du savoir

Ce sont les réserves à l'encontre de la protection de MT formulées notamment par la Conférence des Recteurs des Universités Suisses, le Fonds national suisse et la Fédération des utilisateurs de droits d'auteurs et voisins (DUN) qui sont à l'origine de cet examen, encore en cours. Lors de la révision partielle de la LDA en 2007, ces organisations avaient fait part de leurs craintes de voir les MT, à l'aide desquelles les éditeurs scientifiques protègent leurs offres en ligne, faire obstacle aux importantes restrictions au droit d'auteur en faveur de l'enseignement et de la recherche.

Après analyse de ces inquiétudes, l'avis<sup>30</sup> mandaté par l'OMET a établi la nécessité d'agir pour tirer au clair les incidences des MT sur la diffusion du savoir. Son auteur se réfère à une étude publiée en mai 2009 par l'Université de Cambridge<sup>31</sup> selon laquelle les MT compromettent les utilisations licites non seulement dans les domaines de la formation et de la recherche, mais aussi par les bibliothèques. Si cette étude ne dit rien sur la situation en Suisse, elle donne néanmoins à penser qu'il existe des problèmes similaires dans notre pays et qu'un examen par l'OMET s'avère opportun.

L'organisme de liaison a donc contacté plusieurs hautes écoles pour y trouver le soutien indispensable à la conduite d'un examen empirique des effets de MT sur la diffusion électronique du savoir dans le domaine universitaire. Mais pour l'heure, les efforts déployés en vue de convaincre les universités à participer activement à ce projet n'ont pas débouché sur un résultat concret. Ils ont toutefois déjà permis de sensibiliser la Conférence des bibliothèques universitaires suisses au problème des MT et d'entrouvrir la porte vers une collaboration entre l'OMET et les bibliothèques universitaires.

Dans un deuxième temps, il faudra constituer un groupe de travail avec les personnes de contact indiquées par les bibliothèques, lequel sera chargé de tirer au clair si l'usage de MT a des incidences sur la diffusion électronique du savoir dans le domaine bibliothécaire et, dans l'affirmative, lesquelles. Ces travaux devraient permettre de découvrir si des MT qui sont de nature à entraver les restrictions au droit d'auteur en faveur de la recherche, de la science et de l'enseignement sont utilisées dans la diffusion électronique de publications scientifiques.

Si le groupe de travail formé avec les bibliothèques universitaires devait constater l'existence d'entraves aux restrictions au droit d'auteur résultant de MT, il faudra que l'OMET examine si elles sont attribuables à un usage abusif de ces dernières. Dans l'affirmative, il devra jouer le rôle d'intermédiaire entre les utilisateurs concernés et ceux qui ont recours aux MT en vue de trouver une solution concertée. Il pourrait par exemple inciter un éditeur scientifique qui protège sa revue scientifique consultable en ligne au moyen d'un dispositif anticopies absolu à l'assouplir de sorte à autoriser un certain nombre de reproductions.

Les examens de l'OMET relatifs à l'impact des MT sur la recherche, la science et l'enseignement se concentrent pour l'heure sur les bibliothèques. Mais l'organisme de liaison a toujours l'intention de compléter ses vérifications par une enquête empirique réalisée en collaboration avec une université afin de réunir davantage d'informations et de données sur ce domaine sensible.

---

<sup>29</sup> Voir *sic!* 5/2010, p. 333

<sup>30</sup> Voir *sic!* 5/2010, p. 329 ss

<sup>31</sup> P. Akester, *Technological Accommodation of Conflicts Between Freedom of Expression and DRM : the First Empirical Assessment*; Centre for Intellectual Property and Information Law, Faculty of Law, University of Cambridge, May 2009.

## 5. Délimitation du domaine d'attribution de l'OMET

La DUN a demandé à l'OMET de rédiger un rapport sur la mise en œuvre de l'art. 19, al. 3bis, LDA. Aux termes de cet article, les reproductions confectionnées lors de l'achat en ligne d'œuvres doivent être exemptées des droits à rémunération perçus pour l'usage privé. Cette disposition légale a pour but d'éviter une double taxation des consommateurs qui téléchargent les œuvres achetées sur Internet sur un support de mémoire sur lequel est déjà perçue une redevance. La DUN pensait apparemment – à tort – qu'il était du ressort de l'OMET de mettre en œuvre cette disposition légale.

Il ressort du commentaire<sup>32</sup> de la loi que les reproductions visées à l'art. 19, al. 3bis, LDA sont exemptées de la redevance obligatoire sur les supports vierges prévue à l'art. 20, al. 3, LDA parce que les supports de mémoire utilisés pour fixer les reproductions privées permettent aussi d'enregistrer les œuvres téléchargées par le biais de services à la demande. La disposition visée par la DUN se rapporte à la redevance sur les supports vierges, dont l'application se fait par le biais de la surveillance des tarifs. L'application n'est donc pas du ressort de l'OMET, mais de la Commission arbitrale, qui vérifie et approuve les tarifs. La rédaction d'un rapport sur la mise en œuvre de l'art. 19, al. 3bis, LDA ne fait dès lors pas non plus partie du domaine d'attribution de l'OMET.

## 6. Conclusions

L'OMET tire un bilan généralement positif de son activité à ce jour : il n'a en effet observé aucune entrave grave aux restrictions au droit d'auteur découlant de l'usage de MT. Par ailleurs, ses vérifications ont la plupart du temps permis de trouver des explications aux problèmes. Cet état des lieux est aussi remarquable en cela que les compétences de l'OMET telles qu'elles sont définies dans la LDA<sup>33</sup> ne sont en réalité pas suffisamment étendues, vu qu'elles se limitent à l'utilisation de MT destinées à protéger des contenus relevant du droit d'auteur. Les examens conduits par l'OMET ont cependant révélé que les MT poursuivant un autre but pouvaient elles aussi avoir pour effet de faire obstacle aux restrictions au droit d'auteur, ce qui appelle des explications ou des justifications.

Même si une MT ne visait pas à protéger une œuvre contre un usage illicite, l'OMET a poursuivi ses investigations sur son impact, partant de l'hypothèse que, dans ces cas aussi, il existait un intérêt légitime à trouver des réponses à la question de savoir si le recours à la MT était abusif et avait pour effet d'entraver l'application des restrictions au droit d'auteur. Or, s'il devait servir d'organisme de liaison au sens de l'art. 39b, al. 1, let. b, LDA<sup>34</sup> dans ces cas, il aurait à vrai dire les mains liées. Son impossibilité d'action dans ce contexte est toutefois insignifiante étant donné qu'il ne peut obliger personne, même dans son domaine d'attribution, à s'engager dans une médiation ou à mettre en application une solution concertée. L'OMET ne possédant ni pouvoir de décision, ni pouvoir d'instruction, son rôle se limite en effet à soutenir un processus d'auto-régulation.

Si le Conseil fédéral devait toutefois faire usage de sa prérogative et décider de le doter d'un pouvoir de décision et d'instruction, les compétences restreintes de l'OMET s'avèreraient plus problématiques. Quoi qu'il en soit, l'organisme de liaison ne pourrait exercer ses pouvoirs que dans son domaine d'attribution légal. Mais pour l'heure, l'OMET n'a pas constaté d'entraves aux restrictions au droit d'auteur et donc à l'intérêt public qui justifieraient une action du Conseil fédéral visant à habiliter l'OMET à prendre des mesures concrètes.

---

<sup>32</sup> Voir 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.

<sup>33</sup> L'art. 39b, al. 1, let. a, LDA limite les compétences de l'OMET aux MT visées à l'art. 39a, al. 2, LDA.

<sup>34</sup> RS 231.1