



Rapport d'activité de l'OMET pour la période 2012 – 2015



Table des matières

1. Généralités	3
1.1. Compétence	3
1.2. Organisation et finances	3
2. Aperçu de la deuxième période administrative	4
3. Examen des annonces parvenues	5
3.1. Réclamations relatives à des offres en ligne	5
3.2. Réclamations relatives au domaine de la TV	7
4. Examens d'office	8
4.1. Application de MT dans le domaine de la diffusion électronique du savoir	8
4.1.1 Introduction	8
4.1.2 Résultats de l'enquête auprès des bibliothèques	9
a) Importance des publications électroniques	9
b) Coexistence des médias électroniques et imprimés	10
c) Achat de médias électroniques	10
d) Accès aux médias électroniques des bibliothèques	10
e) Restrictions d'accès et d'utilisation	10
4.1.3 Analyse des résultats de l'enquête	11
a) Evaluation des restrictions d'accès	12
b) Evaluation des mesures de protection anticopies	12
4.2. Télévision numérique : cryptage des programmes TV	13
4.2.1 Introduction	13
4.2.2 Effets du cryptage sur l'art. 22 LDA	14
4.2.3 Effets du cryptage sur l'art. 19 LDA	15
4.2.4 Récapitulatif des résultats de l'examen	17
5. Bilan de la période administrative 2012 - 2015	17
6. Perspectives	19



1. Généralités

1.1 Compétence

A son art. 39a, la loi sur le droit d'auteur (LDA)¹ formule une interdiction de contourner les mesures techniques (MT) tels les contrôles d'accès et les dispositifs anticopies visant à protéger, dans le domaine des technologies numériques et notamment sur Internet, les œuvres et les prestations protégées par le droit d'auteur contre les utilisations illicites. Le recours aux MT dont le contournement est interdit peut, dans ces certains cas, entraver des utilisations d'œuvres expressément autorisées par la loi dans le cadre des restrictions au droit d'auteur. C'est pourquoi un organisme a été institué pour observer les effets des MT sur les restrictions au droit d'auteur et, si nécessaire, pour servir d'intermédiaire entre les usagers et consommateurs, d'une part, et les utilisateurs de MT, de l'autre, afin d'encourager la recherche de solutions communes (cf. art. 39b LDA).

Cette réglementation a été approuvée dans le cadre de la révision partielle de la LDA du 22 juin 2007. En même temps que la décision de mise en vigueur, le Conseil fédéral a nommé l'observateur des MT sur la base de l'art. 16e de l'ordonnance sur le droit d'auteur (ODAu)² avec effet à partir du 1^{er} juillet 2008 jusqu'au 31 décembre 2011. En vertu de l'art. 16f, al. 3, ODAu, l'Observatoire des mesures techniques (OMET) est tenu de fournir périodiquement au Conseil fédéral un rapport sur son activité. Par décision du 24 novembre 2011, ce dernier a pris connaissance du premier rapport de l'OMET pour la période du 1^{er} juillet 2008 au 30 juin 2011. Le présent rapport au Conseil fédéral rend compte de la deuxième période administrative (1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2015).

1.2. Organisation et finances

L'OMET s'acquitte de ses tâches de manière autonome, mais est rattaché administrativement à l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (Institut/IPI) qui supporte également ses coûts.

L'accord qui concrétise le rattachement à l'IPI et régleme notamment la prise en charge des coûts par celui-ci en vertu de l'art. 16e, al. 2 et 3, ODAu, a subi une modification : le taux d'occupation de l'observateur a été augmenté, sur la base des expériences faites pendant la première période, de 20 à 30 %.

Le budget annuel établi par l'OMET selon les directives de l'Institut pour couvrir ses dépenses est d'environ 75 000 CHF et doit être approuvé par l'IPI. L'exercice de l'OMET s'étend du 1^{er} juillet au 30 juin, à l'instar de celui de l'IPI.

¹ Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins, dans sa version du 1^{er} juillet 2008; RS 231.1.

² Ordonnance du 26 avril 1993 sur le droit d'auteur et les droits voisins, dans sa version du 1^{er} juillet 2008; RS 231.11.

2. Aperçu de la deuxième période administrative

Durant sa première période d'activité, l'observateur a été principalement occupé par l'examen des annonces selon l'art. 16g ODAu, qui portaient sur les effets de l'application de MT sur la restriction au droit d'auteur en faveur de l'usage privé. Si l'OMET a également reçu toute une série de réclamations de ce type durant sa deuxième période administrative, ce sont deux examens approfondis, réalisés à son initiative, qui ont constitué le point fort de son activité. Ceux-ci avaient pour objet d'observer l'impact de l'application de MT sur les restrictions au droit d'auteur dans le domaine du système des prêts bibliothécaires et dans celui de la télévision numérique.

Les annonces parvenues durant la deuxième période administrative se référaient principalement aux offres de musique et de films en ligne et à la réception de programmes TV. Les investigations menées par l'OMET ont révélé que les entraves annoncées aux restrictions au droit d'auteur ne sont généralement pas imputables à l'application de MT au sens de l'art. 39a LDA, mais à d'autres motifs tels des problèmes techniques ou des erreurs de manipulation. Dans les cas où l'application de MT a effectivement fait obstacle à l'exercice des restrictions, l'intervention s'est avérée proportionnée et donc justifiée compte tenu des intérêts en jeu. La plupart du temps, il s'agissait de systèmes de protection anticopies visant à lutter contre la piraterie. Conformément à la pratique de l'OMET, il n'y a rien à objecter lorsque ces systèmes n'excluent pas entièrement la possibilité de confectionner des copies à des fins privées³. Les annonces concernaient cependant parfois aussi l'application de MT pour lesquelles l'OMET n'est pas compétent, car elles ne tombent pas sous l'interdiction de contournement inscrite à l'art. 39a LDA et ne relèvent par conséquent pas de son domaine d'attribution⁴.

En dehors de son activité d'observation, l'OMET a également participé à plusieurs consultations des offices. Dans ce contexte, il s'est notamment intéressé au projet de révision de la loi sur le droit d'auteur qui a été envoyé en consultation en décembre 2015. Son attention a porté surtout sur les nouvelles restrictions au droit d'auteur, qui devaient être examinées sous l'angle de l'application de MT et pour lesquelles il a formulé des propositions constructives de modification.

L'OMET a en outre fourni des renseignements juridiques à des particuliers et à des autorités. Il a étudié de surcroît la jurisprudence relative à la protection des MT et a constaté que seules deux décisions en la matière avaient été rendues depuis l'entrée en vigueur de l'art. 39a LDA au 1^{er} juillet 2008. Il s'agit de deux ordonnances pénales prononcées par le procureur du canton d'Uri, en vertu desquelles offrir et utiliser un système de *card sharing* pour le décryptage non autorisé de programmes de télévision encodés payants a été considéré comme une infraction à l'interdiction de contourner les MT au sens de l'art. 69a, al. 1, let. a, LDA. L'application de cette norme pénale présuppose, d'une part, que l'acte de contournement porte sur une MT qui est destinée et propre à prévenir une atteinte aux droits d'auteur et, d'autre part, que la MT a été contournée dans l'intention de commettre une infraction au droit d'auteur.

³ Voir rapport d'activité de l'OMET pour la période du 1^{er} juillet 2008 au 30 juin 2011, ch. 3.1, quatrième paragraphe (http://www.btm.admin.ch/dam/data/btm/taetigkeitsberichte/ber_btm_2008_2011-f.pdf).

⁴ Voir également ch. 4, deuxième paragraphe.

Un contrôle d'accès dont la principale fonction est d'empêcher la réception gratuite de la télévision par abonnement (télévision payante) peut relever de l'interdiction de contournement visée à l'art. 39a LDA dans la mesure où il protège aussi l'organisme de diffusion contre une violation de ses droits d'auteur. Or, en l'occurrence, le contournement du cryptage au moyen d'un système de *card sharing* a été fait dans le but de désactiver le système de paiement du fournisseur de services et non pas dans l'intention de commettre une infraction au droit d'auteur. Les conditions pour une condamnation selon l'art. 69a LDA n'étaient par conséquent pas réunies. C'est davantage l'art. 150^{bis} CP, lequel sanctionne la fabrication et la mise sur le marché d'équipements servant à décoder frauduleusement des services cryptés, qui s'applique au contournement d'un contrôle d'accès de la télévision par abonnement.

3. Examen des annonces parvenues

En vertu de l'art. 16g, al. 1, ODAu, quiconque suppose que des MT sont utilisées de manière abusive peut l'annoncer par écrit à l'OMET, qui est tenu d'examiner les annonces qui lui parviennent (cf. art. 16g, al. 2, ODAu). De 2012 à 2015, l'OMET a reçu 20 annonces au total. Dans deux cas, il s'est déclaré non compétent. Dans la première annonce, il s'agissait de cyberharcèlement, et la seconde signalait l'utilisation soi-disant non autorisée de logiciels Office dans une entreprise. Dans sept cas, il s'est avéré que les réclamations portaient sur des restrictions d'utilisation qui n'étaient pas imputables à l'application de MT au sens de l'art. 39a, al. 2, LDA. En général, le fait que l'OMET ait pu expliquer aux consommateurs concernés l'origine du problème constituait déjà en soi une aide.

Onze annonces avaient pour objet des restrictions d'utilisation attribuables à l'usage de MT. Pour trois d'entre elles, les fournisseurs de contenus protégés par le droit d'auteur avaient toutefois recours aux MT non pas pour protéger des droits, mais pour faire respecter un modèle commercial. De telles MT (par ex. les contrôles d'accès pour protéger des services de paiement) tombent sous le coup de l'interdiction de contournement visée à l'art. 39a LDA uniquement si elles ont aussi pour effet de faire obstacle à une violation des droits d'auteur. En revanche, les mesures dont la fonction est de protéger des conditions de vente ne lient pas les fournisseurs, même ceux de contenus protégés par les droits d'auteur, aux restrictions au droit d'auteur. Elles ne sont par conséquent ni protégées contre le contournement, ni soumises au contrôle des utilisations abusives de l'OMET. Ce dernier encourage néanmoins une application des MT aussi équitable et transparente que possible⁵ même dans cette situation.

Au final, huit annonces seulement portaient sur des MT au sens de l'art. 39a LDA et devaient être examinées par l'OMET conformément à l'art. 39b LDA quant à leur impact sur les restrictions au droit d'auteur. Les vérifications visant à constater si le recours à la MT aboutit ou non à un usage abusif (cf. art. 16f, al. 1, ODAu) concernaient dans cinq cas des réclamations relatives au domaine en ligne et dans trois cas des réclamations relatives à la télévision numérique.

3.1. Réclamations relatives à des offres en ligne

Les annonces concernaient tant les services en ligne qui proposent des œuvres musicales et audiovisuelles en téléchargement que les services de streaming. Dans le streaming, le fournisseur met gratuitement ou contre paiement son répertoire de musique et de films à la disposition des consommateurs pour une certaine durée, alors que dans le téléchargement, les

⁵ Voir *Rapport d'activité 2008 – 2011*, ch. 6.

fichiers de musique ou de films appartiennent aux consommateurs. Pour les services en ligne, les MT, qui sont appliquées sous forme de contrôle d'accès et de dispositifs anticopies, sont susceptibles de compromettre l'utilisation de contenus protégés par le droit d'auteur, notamment dans le cadre de l'exception en faveur de l'usage à des fins privées inscrite à l'art. 19 LDA.

Dans le cas du téléchargement de musique contre paiement, les dispositifs anticopies ne sont plus d'actualité⁶. Il existe certes encore des restrictions d'utilisation dans ce domaine, mais elles ne sont plus imputables à l'application de dispositifs anticopies; elles sont dues à d'autres causes. L'une des annonces déplorait le fait qu'un morceau acheté sur iTunes ne pouvait pas être téléchargé. Dans un autre cas, le client ne pouvait pas écouter le morceau téléchargé contre paiement. Dans ces deux cas, des problèmes techniques étaient à l'origine des dysfonctionnements, qui ont pu être éliminés grâce aux vérifications de l'OMET. On ne pouvait dès lors pas parler de recours abusif à des MT visant à protéger des œuvres contre des utilisations non autorisées. Il s'est plutôt avéré que les offres en ligne ne sont pas toujours compatibles avec les appareils utilisés par les consommateurs et que la convivialité est parfois reléguée au second plan en raison de l'évolution fulgurante des technologies de la communication.

A la différence des offres de téléchargement, les offres de streaming utilisent souvent des dispositifs anticopies pour les films, mais aussi pour la musique. La technologie du « flux direct » permet la lecture d'un flux audio ou vidéo à mesure qu'il est diffusé, sans nécessiter un téléchargement. Elle autorise le stockage des fichiers sur les appareils des clients, mais ces fichiers sont automatiquement effacés après l'expiration de l'abonnement. Certains consommateurs s'en sont plaint à tort, pensant qu'il s'agissait d'une entrave à l'utilisation de l'œuvre garantie par la restriction au droit d'auteur en faveur de l'usage privé. L'OMET a pris position comme suit :

- Si le dispositif anticopies des services de streaming entrave une des restrictions au droit d'auteur en rendant impossible la confection de copies d'œuvres pour l'usage privé autorisée par l'art. 19 LDA, il répond au besoin légitime des fournisseurs de streaming de délimiter leur modèle d'affaires (qui correspond à une cession du droit d'usage) par rapport au modèle commercial du téléchargement. Dans ces conditions, on ne peut pas leur demander de s'inspirer de l'ancienne pratique des services de téléchargement pour leurs dispositifs anticopies et d'autoriser ainsi la confection de copies pour l'usage privé.
- L'achat de musique ou de films par le biais de services de streaming ne donne pas droit au téléchargement et à la conservation des œuvres mises à disposition pour un temps limité. Un tel droit serait contradictoire avec le service proposé. La restriction au droit d'auteur en faveur de l'usage privé exclut certes la sphère privée de la protection conférée par le droit d'auteur, mais elle n'oblige personne à proposer au consommateur des contenus protégés de telle sorte qu'il puisse les copier ensuite pour son usage privé. L'interdiction de contournement inscrite à l'art. 39a LDA n'empêche toutefois pas le consommateur de contourner la protection d'un service de streaming dans le but de confectionner une copie privée (cf. art. 39a, al. 4, LDA).

S'agissant des offres en ligne, l'OMET a aussi reçu deux réclamations relatives au domaine audiovisuel. Elles concernaient des films proposés au téléchargement ou en streaming non

⁶ Voir Rapport d'activité OMET 2008 – 2011, ch. 4.1.

pas en définition standard (version SD), mais dans la technologie plus coûteuse HD⁷ qui est généralement munie du système de cryptage HDCP⁸. Les vérifications de l'OMET ont montré que le recours à cette technique cryptographique pour protéger les films d'utilisations illicites va, dans certaines circonstances, au-delà du but visé et qu'il est susceptible d'entraver l'usage conforme des films via téléchargement ou streaming. Un client d'iTunes, par exemple, n'était pas en mesure de visionner en famille ou avec des amis un film acheté en version HD, car la haute définition ne peut être, semble-t-il, que lue sur des écrans TV et des vidéoprojecteurs compatibles avec le cryptage HDCP. Un consommateur s'est plaint de ne pas pouvoir lire un film HD acheté sur iTunes alors même qu'il possédait un appareil Apple.

Les investigations menées ont toutefois révélé que les restrictions d'utilisation incriminées des films HD sont imputables à des causes techniques, autrement dit à l'absence d'interopérabilité entre la technologie HDCP et les appareils de lecture, et non à un recours abusif au système de cryptage. L'OMET est d'avis qu'il faille réagir à ce problème par une meilleure information. Le client qui achète un film HD sur son PC trouve une remarque sur le site d'iTunes l'avertissant que pour pouvoir lire cet article en HD, il est nécessaire d'avoir un ordinateur et un écran qui prenne en charge la technologie HDCP. Aucune information ne semble par contre être donnée lors d'un achat via iPhone, iPad ou iPod touch. C'est pourquoi l'OMET a invité le magasin en ligne d'Apple à combler cette lacune d'information.

3.2. Réclamations relatives au domaine de la télévision

Le système de cryptage HDCP conçu par Intel pour protéger le transfert de fichiers audio et vidéo est déjà la norme en Europe pour la télévision haute définition. Il vise, d'une part, à contrôler le flux de contenus protégés entre émetteurs et récepteurs et, d'autre part, à restreindre le stockage et l'enregistrement de contenus protégés comme le ferait un dispositif anticopies, ce qui est susceptible d'empiéter sur la liberté d'utilisation à laquelle les consommateurs ont droit en vertu de l'exception en faveur de l'usage privé lorsqu'ils réceptionnent des émissions. Dans trois annonces, l'OMET a été prié d'examiner si les entraves résultant du dispositif anticopies du système de chiffrement HDCP étaient proportionnées ou abusives.

Une consommatrice a notifié à l'OMET qu'elle ne pouvait pas graver les émissions de télévision enregistrées sur le disque dur de son appareil d'enregistrement sur un DVD. Après vérifications, l'OMET a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une erreur de manipulation. Le problème résidait plutôt dans le fait que cette fonction n'était pas disponible sur l'enregistreur de Samsung et que le vendeur avait apparemment mal informé la cliente à ce sujet. Or on pourrait imaginer que l'impossibilité de graver les émissions enregistrées sur un DVD ne soit pas imputable à la MT inhérente à l'enregistreur en cause, mais au dispositif anticopies du système HDCP. L'appartenance d'une MT aux technologies de transmission ou d'enregistrement n'est en tous les cas pas un facteur à prendre en compte dans l'examen de l'impact d'une MT sur les restrictions au droit d'auteur.

La restriction au droit d'auteur en faveur de l'usage à des fins privées est générale. Elle ne fait pas de distinction entre enregistrement d'émissions sur la mémoire d'un enregistreur vidéo pour réception différée et confection de copies externes sur un DVD. Ces deux actions sont autorisées dans le cercle privé. Le dispositif anticopies n'a beau entraver aucunement l'utilisation d'un enregistreur vidéo pour une réception différée et empêcher seulement le gravage de supports de données numériques, il s'agit d'une intervention dans la restriction en

⁷ Technologie haute définition offrant une meilleure qualité d'image.

⁸ High-band with Digital Content Protection (HDCP), en français : système de protection du contenu numérique à large bande passante.

faveur de l'usage privé. En revanche, elle ne peut pas être qualifiée d'abusives. En empêchant les reproductions sur des supports de mémoire externes, la MT est en effet aménagée de sorte à offrir aux titulaires de droits une protection efficace contre le piratage tout en donnant au consommateur final une marge de manœuvre suffisante pour utiliser les émissions à des fins privées grâce à la possibilité de les réceptionner en différé. Dans ces conditions, l'intervention dans la restriction au droit d'auteur résultant de l'application d'un système anticopies HDCP est tout à fait proportionnée⁹.

Les deux autres annonces dans le domaine de la télévision numérique portaient aussi sur la limitation des possibilités d'enregistrement lors de la réception d'émissions TV diffusées en qualité HD. Comme expliqué plus haut, le dispositif anticopies inclus dans le système de cryptage HDCP utilisé à des fins antipiratage ne peut pas être considéré comme abusif. Du fait que cette MT empêche uniquement la confection de copies sur des supports de mémoire externes sans entraver l'utilisation d'enregistreurs vidéo pour la réception différée, elle tient compte de la restriction au droit d'auteur en faveur de l'usage privé de façon appropriée. L'OMET est aussi arrivé à cette conclusion dans son examen officiel de la télévision numérique¹⁰.

4. Examens d'office

4.1. Application de MT dans le domaine de la diffusion électronique du savoir

4.1.1. Introduction

On peut lire dans le rapport d'activité relatif à la première période administrative que l'OMET a entamé un examen sur l'application de MT dans le domaine de la diffusion électronique du savoir.¹¹ Cet examen vise à déterminer si les MT qui permettent de contrôler l'accès et l'utilisation de médias électroniques (livres et journaux électroniques et bases de données) compromettent l'exercice des restrictions au droit d'auteur en faveur de l'enseignement et de la recherche.

Dès l'introduction de la protection des MT dans le cadre de la révision partielle de la LDA en 2007, les institutions de formation et de recherche avaient fait part de leurs inquiétudes, lesquelles ont été confirmées par un avis mandaté par l'OMET¹² dans le sens où des problèmes similaires ont déjà été observés à l'étranger. Des membres du groupe de travail sur le droit d'auteur (AGUR12) institué par la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga estimaient, eux aussi, que certaines restrictions au droit d'auteur, tel le droit de citation dans le domaine en ligne, qui revêtent une grande importance pour les milieux scientifiques ne sont plus garanties du fait que l'application de MT peut faire obstacle à leur exercice. Selon le rapport final présenté par AGUR12 fin 2013¹³, il y aurait même lieu d'examiner s'il ne convient pas d'interdire le recours aux MT lorsque celles-ci compromettent des utilisations licites¹⁴.

⁹ Selon la pratique de l'OMET, une MT destinée à lutter contre le piratage qui restreint l'enregistrement d'émissions à certaines technologies ne constitue pas une entrave abusive à l'usage privé (cf. Rapport d'activité de l'OMET 2008 – 2011, ch. 3.4).

¹⁰ Voir ch. 4.2.4, troisième paragraphe.

¹¹ Voir Rapport d'activité OMET 2008 – 2011, ch. 4.4.

¹² Voir sic! 5/2010, p. 329 ss.

¹³ Voir https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/Rapport_final_AGUR12_du_28_novembre_2013_F.pdf.

¹⁴ Voir ch. 9.5.3 du rapport final d'AGUR12.

Afin de tirer au clair les incidences de MT sur la diffusion électronique du savoir en Suisse, l'OMET a souhaité conduire un examen empirique dans le domaine universitaire. Il n'est cependant pas parvenu à convaincre les universités de participer à ce projet de recherche. Ce refus laisserait supposer que l'application de MT ne pose guère de problème dans le domaine universitaire. Il convient cependant de relativiser cette hypothèse puisque l'avis susmentionné a montré que, dans le domaine de la formation et de la recherche, les MT à l'origine de restrictions d'utilisation des médias électroniques ne sont pas remises en question quant à leurs incidences sur l'exception au droit d'auteur en faveur de la diffusion du savoir.

Grâce au soutien des bibliothèques universitaires, qui ont accepté de collaborer quant à elles, l'OMET a pu tout de même examiner de manière plus approfondie l'impact des MT sur la diffusion électronique du savoir dans le domaine des prêts bibliothécaires. Un questionnaire, qui s'inspire d'une étude similaire réalisée par l'Université de Cambridge¹⁵, a été élaboré à cet effet avec le soutien d'un groupe de travail composé de représentants des bibliothèques universitaires. Cinq des huit bibliothèques impliquées dans l'enquête ont répondu au questionnaire.

Il y a lieu de relativiser les résultats de l'enquête menée par l'OMET dans le sens où le questionnaire ne repose pas sur les bases de la recherche sociale empirique. Pour obtenir des informations vraiment fiables et représentatives, il aurait fallu que l'enquête soit réalisée par des spécialistes possédant des compétences méthodologiques empiriques démontrées. L'enquête de l'OMET devrait cependant permettre d'identifier des indicateurs montrant dans quelle mesure l'usage de MT pour protéger les publications électroniques empiète sur l'exercice des restrictions au droit d'auteur.

4.1.2. Résultats de l'enquête auprès des bibliothèques

a) Importance des publications électroniques

Les bibliothèques universitaires utilisent des publications électroniques (journaux électroniques, livres électroniques et bases de données spécialisées électroniques) à grande échelle; la part des médias électroniques ne cesse de croître par rapport aux médias imprimés. Il s'agit presque exclusivement de publications en ligne. Il est par contre rare que les bibliothèques universitaires achètent des supports de données électroniques. Les publications numériques sont très courantes avant tout dans les sciences naturelles et l'ingénierie, informatique incluse, ainsi que dans les sciences des matériaux, de l'agro-alimentaire et de la terre, l'architecture, la médecine et la pharmacie. On observe toutefois une hausse permanente des publications électroniques aussi dans le domaine des sciences humaines et sociales.

Dans les bibliothèques des écoles polytechniques, les dépenses consenties pour les livres électroniques équivalent entre-temps à celles pour les livres conventionnels. S'agissant des bibliothèques universitaires, les dépenses consacrées aux livres électroniques semblent nettement moins importantes, mais elles augmentent continuellement. Au niveau des revues, la part de publications électroniques est particulièrement élevée dans les bibliothèques des écoles polytechniques (entre cinq et dix fois supérieure à celle des médias sur papier) et joue un rôle beaucoup plus important que dans les bibliothèques universitaires.

¹⁵ 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, mai 2009.

b) Coexistence des médias électroniques et imprimés

Les maisons d'édition proposent en général tous leurs produits sous forme tant électronique qu'imprimée, même si leurs stratégies sont fonction de leur spécialisation. Les arguments en faveur de l'achat de versions électroniques sont multiples. Les périodiques, par exemple, sont souvent disponibles plus tôt sous cette forme. De plus, la version électronique présente plusieurs avantages sur le plan de l'accès : en plus d'être indépendant du temps et du lieu, il est possible pour plusieurs utilisateurs en parallèle. A cela s'ajoute le fait qu'elle permet la navigation et la recherche dans les contenus des médias électroniques, qui incluent souvent des hyperliens et des médias audiovisuels.

Pour les œuvres standards, les deux versions sont achetées en principe, notamment en raison de leur complémentarité. La version imprimée devient la propriété de la bibliothèque, qui est autorisée à la conserver ou à la prêter à des utilisateurs externes. Elle permet en outre la confection de copies pour les utilisateurs de la bibliothèque (livraison de documents par les bibliothèques¹⁶) et à des fins d'archivage.

c) Achat de médias électroniques

C'est principalement le Consortium des bibliothèques universitaires suisses¹⁷ qui acquiert les licences pour les journaux électroniques et les bases de données, alors que les livres numériques sont souvent achetés directement auprès des maisons d'édition ou par l'intermédiaire d'agrégateurs¹⁸. Outre le Consortium, sont également mentionnés l'« AG elektronische Medien » et l'« E-Medienstelle » comme services de coordination pour l'achat de médias en ligne. Le critère déterminant dans l'achat de publications électroniques est la demande, mais la pertinence scientifique et technique et le prix jouent aussi un rôle important. Les bibliothèques privilégient les offres libres de DRM¹⁹.

d) Accès aux médias électroniques des bibliothèques

Les sites Web des bibliothèques et leurs catalogues répertorient les médias électroniques disponibles. L'accès en ligne aux publications électroniques, qui se fait par le biais des adresses IP des bibliothèques, est en général possible avec n'importe quel type d'appareil (PC/client léger). Les bibliothèques universitaires mettent à la disposition des universitaires divers systèmes d'accès à distance. Les autres utilisateurs (*walk-in user*) ont accès aux médias électroniques uniquement aux postes de travail aménagés par les bibliothèques et doivent donc être physiquement présents.

e) Restrictions d'accès et d'utilisation

Le téléchargement des contenus provenant de publications en ligne est admis et autorisé uniquement par extraits, et les bibliothèques exigent parfois que l'accès simultané aux médias électroniques soit restreint à un certain nombre de personnes. Le prêt de publications électroniques entre bibliothèques est en outre interdit; l'échange d'informations scientifiques s'en trouve donc limité.

S'agissant des livres numériques et des bases de données, des restrictions sont mises en place sous la forme de DRM ou de MT tels les dispositifs anticopies, alors que pour les jour-

¹⁶ La question de savoir si la pratique de la « livraison de documents » par les bibliothèques est admise sous l'angle des droits d'auteur a été longtemps controversée et les tribunaux ont dû trancher (cf. ch. 4.1.3, deuxième paragraphe).

¹⁷ <http://www.consortium.ch/?lang=fr>; le consortium coordonne l'ensemble du processus de négociation de licences de ressources électroniques pour les hautes écoles suisses.

¹⁸ Prestataire de services qui rassemble des contenus numériques, les prépare et les classe par catégories.

¹⁹ Gestion numérique des droits.

naux électroniques, on a recours avant tout à des restrictions de type contractuel. Ces restrictions concernent principalement le téléchargement. Ainsi, il n'est possible d'imprimer que certains chapitres pour les e-books et certains articles pour les périodiques. En collaboration avec les fournisseurs, les bibliothèques recherchent des solutions plus conviviales. Elles publient les limites d'utilisation et évitent d'acheter des publications électroniques assorties de conditions d'utilisation trop strictes.

Les offres coûteuses avec DRM ne sont pas intéressantes pour les bibliothèques. Ces dernières excluent les offres comprenant uniquement une autorisation de lecture sans possibilité de reproduction ou celles qui attribuent aux bibliothèques la responsabilité du respect des restrictions d'utilisation par les utilisateurs. De manière générale, les restrictions d'utilisation sont considérées comme contre-productives, car elles ont pour résultat que certaines publications électroniques ne sont pas du tout disponibles dans les bibliothèques.

Les restrictions d'utilisation qui ont recours à des systèmes de DRM sont monnaie courante, particulièrement pour les e-books et les manuels, ainsi que pour les bases de données. Les MT permettent de restreindre les possibilités de confectionner des copies, l'accès simultané par plusieurs personnes et le temps d'accès. Il semblerait que les utilisateurs des bibliothèques font preuve de peu de compréhension face à ce type de limitations. De leur point de vue, elles constituent une entrave à la diffusion du savoir.

4.1.3. Analyse des résultats de l'enquête

Il est ressorti de l'enquête auprès des bibliothèques universitaires que la diffusion du savoir a lieu toujours plus par voie numérique, notamment dans les domaines scientifique et technique. Du fait que tant les fournisseurs de médias électroniques que les bibliothèques et leurs utilisateurs souhaitent profiter des opportunités qu'offre la technologie numérique, les structures de diffusion du savoir fondées sur les médias imprimés traditionnels sont remises en cause. Les éditeurs développent de nouveaux modèles pour commercialiser leurs produits en ligne, qu'ils protègent à l'aide de systèmes de DRM. Parallèlement, les bibliothèques s'efforcent de faciliter la recherche d'information à leurs utilisateurs grâce à des services proposés en ligne, ce qui aboutit parfois à des conflits qui ont déjà donné lieu à des litiges de droits d'auteur. La question centrale était de savoir dans quelle mesure les droits d'auteur détenus par les maisons d'édition peuvent être restreints par des exceptions que les bibliothèques peuvent faire valoir lorsqu'elles utilisent des publications protégées.

C'est justement cette question que le Tribunal fédéral a dû trancher dans le cadre d'un litige qui a opposé éditeurs et bibliothèques concernant les services de livraison électronique de documents. Il s'agissait de déterminer si les bibliothèques sont aussi autorisées, comme les maisons d'édition scientifiques, à proposer des services de livraison de documents par le biais de portails en ligne. Il a été statué en première instance que les bibliothèques ne doivent pas concurrencer les services de livraison de documents des éditeurs au risque d'empiéter sur une exploitation des droits d'auteur réservée à ces derniers. Le Tribunal fédéral a cependant annulé cet arrêt²⁰ arguant que l'exception en faveur de l'usage à des fins privées inscrite à l'art. 19, al. 2, LDA n'exclut pas l'envoi de copies par les bibliothèques, indépendamment du fait qu'elle crée une situation de concurrence entre les éditeurs et les bibliothèques²¹. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'intérêt général en matière d'information protégé par l'exception en faveur de l'usage privé brise le monopole d'exploitation dont se prévalent les maisons d'édition.

²⁰ Arrêt du Tribunal commercial du canton de Zurich du 7 avril 2014.

²¹ ATF 140 III 616.

Avec cette décision, le Tribunal fédéral a mis un terme au différend concernant l'interprétation de la restriction au droit d'auteur en faveur de l'usage privé en relation avec la diffusion du savoir par les bibliothèques. Il a en outre créé les conditions pour une évaluation approfondie des effets des MT utilisées par les éditeurs dans le but de protéger leurs publications électroniques contre l'usage par des tiers.

Dans le cadre des travaux préliminaires en vue de la révision partielle de la LDA, on se posera certainement aussi la question de savoir si les exceptions au droit d'auteur en vigueur offrent suffisamment de marge de manœuvre aux bibliothèques dans la gestion des supports d'information protégés par le droit d'auteur. A ce propos, il faut relever qu'en 1992 le législateur a répondu à cette question en ce qui concerne les médias imprimés et la pratique qui y est liée de la copie à des fins d'information et de documentation. Il importe en tous les cas d'examiner *de lege ferenda* si cet équilibre des intérêts défini pour l'environnement analogique est respecté dans celui numérique ou s'il convient de le réajuster.

a) Evaluation des restrictions d'accès

L'enquête a permis d'établir qu'il existe diverses pratiques dans ce domaine, telles la limitation du nombre de personnes ayant simultanément accès à une publication électronique dans une bibliothèque ou la limitation du temps d'accès. De plus, l'accès à distance aménagé pour les bibliothèques universitaires est restreint au corps enseignant et aux étudiants. L'OMET n'est tenu de contrôler les incidences de ces restrictions d'accès sur les exceptions au droit d'auteur que si elles résultent de MT destinées à protéger les publications électroniques contre des utilisations illicites²². Il n'est par contre pas compétent pour les MT mises en place dans le commerce électronique dans le but de faire respecter un modèle commercial, même lorsque l'offre se réfère à des contenus protégés par le droit d'auteur. Il n'est pas aisé de savoir si les contrôles d'accès protègent simplement un modèle commercial (comme un service de paiement) ou si leur fonction est de faire obstacle à une infraction au droit d'auteur. Cette question ne se pose toutefois pas ici dans la mesure où les restrictions d'accès en cause n'occasionnent aucune entrave aux exceptions.

Dans un environnement analogique (médias imprimés), les bibliothèques ne peuvent pas donner un accès simultané à leurs stocks à tous les utilisateurs, ni un accès illimité dans le temps. Si les médias électroniques sont eux aussi soumis à des limites pratiques, les technologies numériques ont permis d'optimiser notablement les possibilités à ce sujet. La mise en place de systèmes de contrôle pour restreindre l'accès endigue certainement la diffusion du savoir par les bibliothèques, mais aussi longtemps que les restrictions au droit d'auteur que peuvent faire valoir les bibliothèques ou leurs utilisateurs lors de l'utilisation de médias électroniques ne sont pas menacées, l'OMET ne peut rien trouver à y redire. Il en va de même s'agissant de la restriction de l'accès à distance aux médias électroniques à un cercle d'utilisateurs déterminé des bibliothèques. L'OMET ne peut pas sommer les maisons d'édition de mettre leurs publications électroniques à la disposition des bibliothèques sans restrictions d'accès pour la simple raison que cela faciliterait la diffusion du savoir.

b) Evaluation des mesures de protection anticopies

Les MT qui restreignent la confection de copies de contenus protégés par le droit d'auteur tirés de publications électroniques sont destinées à protéger les titulaires de droit contre les atteintes illicites à leurs droits de reproduction et de mise en circulation. Elles tombent par conséquent sous le coup de l'interdiction de contournement des MT définie dans la LDA à

²² Voir Emanuel Meyer / Carlo Govoni, *SIWR II/1*, p. 416, n. 1203.

son art. 39a. En vertu de l'art. 39b LDA, elles sont par conséquent soumises à la surveillance de l'OMET, qui est tenu d'examiner leurs effets sur les restrictions au droit d'auteur. Selon la pratique de l'OMET, il n'y a rien à objecter contre les dispositifs anticopies lorsqu'ils ne déploient pas un effet absolu et qu'ils laissent une certaine marge de manœuvre pour l'exercice des restrictions au droit d'auteur.

Il ressort de l'enquête que les dispositifs anticopies dont sont munies les publications électroniques sont conçus de sorte à permettre la confection de copies d'extraits. Il est ainsi possible de copier certains chapitres pour les e-books et certains articles pour les périodiques numériques. Du point de vue de l'OMET, il reste suffisamment de latitude pour la confection de copies en bibliothèque ou par les bibliothèques comme l'autorise la restriction pour l'usage privé, qui tient compte de l'intérêt public à un accès aussi large que possible à l'information (art. 19, al. 2 et 3, LDA).

Ces dispositifs anticopies n'empêchent en outre pas la mise à disposition des utilisateurs, en ligne ou hors ligne, de copies de contributions issues de revues spécialisées ou d'autres extraits de publications électroniques par les bibliothèques. Ils ne peuvent donc pas faire l'objet d'une réclamation, ce que confirme d'ailleurs l'arrêt du Tribunal fédéral sur les services de livraison de documents. Le risque que l'on pourrait imaginer est que les maisons d'édition tentent d'empêcher cette prestation des bibliothèques par le recours à des MT. Il est cependant probable que les bibliothèques considéreraient cette manière de procéder comme une entrave abusive à la restriction en faveur de l'usage privé et qu'elles le notifieraient à l'OMET. En cas d'usage abusif de MT, celui-ci sert d'organisme de liaison entre les parties impliquées et encourage la recherche de solutions communes (cf. art. 39b, al. 1, let. b, LDA en relation avec l'art. 16f, al. 2, ODAu). L'interdiction de contournement et donc le système de contrôle qui y est lié concerne uniquement les MT qui sont destinées et propres à prévenir les atteintes aux droits d'auteur. Ainsi, si des éditeurs utilisaient des MT dans le but d'empêcher les utilisations licites d'œuvres protégées par le droit d'auteur par les bibliothèques, ils ne seraient pas soumis au contrôle de l'OMET, mais ne pourraient pas non plus faire valoir l'interdiction de contournement de ces mesures techniques inscrite à l'art. 39a LDA.

4.2. Télévision numérique : cryptage des programmes TV

4.2.1. Introduction

Depuis quelques temps, diverses chaînes privées étrangères, dont les programmes sont diffusés en Suisse par le biais de réseaux câblés, de réémetteurs et de réseaux IP, émettent leurs signaux en qualité SD, mais aussi en qualité HD (haute définition). Les signaux SD ne sont pas cryptés; les signaux HD, quant à eux, le sont. Sur la base de ce cryptage, il est possible de lier à des conditions la diffusion des signaux HD par les rediffuseurs, conditions qui sont susceptibles de concerner aussi l'utilisation de programmes d'émission par les abonnés de ces rediffuseurs. Cette situation a poussé l'OMET à conduire un examen. Il s'agissait de vérifier si et, le cas échéant, dans quelle mesure le cryptage des signaux HD par les chaînes privées empiète sur les restrictions au droit d'auteur relatives à la retransmission d'émissions et à leur utilisation dans le domaine privé.

L'examen s'est déroulé en plusieurs étapes puisqu'il fallait tenir compte de différents aspects relatifs aux restrictions au droit d'auteur mises en cause par le cryptage. La question s'est alors posée de savoir dans quelle mesure le cryptage ou les contrats correspondants portent atteinte aux utilisations soumises à la gestion collective et qui font donc l'objet de tarifs. Un conflit juridique sur la portée de la restriction en faveur de l'usage privé qui autorise les fournisseurs

de services, en vertu du Tarif commun 12, à mettre des capacités de mémoire à la disposition de leurs clients pour qu'ils puissent enregistrer des programmes d'émission souligne la pertinence de cette question. Le cryptage des signaux HD a aussi fait l'objet de critiques sous l'angle du principe de la neutralité technologique postulé par la loi sur le droit d'auteur.

4.2.2. Effets du cryptage sur l'art. 22 LDA

L'art. 22 LDA définit une restriction au droit d'auteur qui soumet, dans certaines conditions, l'exercice du droit de retransmission à la gestion collective. Seules les sociétés de gestion agréées peuvent faire valoir ce droit vis-à-vis des câblodistributeurs et des exploitants d'installations techniques similaires qui retransmettent des programmes simultanément et sans modification en se basant sur un tarif approuvé par la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins (CAF). Cette réglementation s'applique aussi aux programmes retransmis par des chaînes privées allemandes pouvant être captés en Suisse par le biais des signaux SD²³. Les tarifs communs 1, 2a et 2b qui réglementent de manière exhaustive la retransmission de programmes de radio et de télévision dans des réseaux câblés, avec des réémetteurs et via des réseaux IP sont par conséquent aussi valables pour ces programmes. C'est pourquoi les exploitants d'installations de ce type ont refusé de conclure un contrat supplémentaire avec les chaînes privées pour la reprise des programmes en qualité HD²⁴. De leur point de vue, le cryptage des signaux HD constitue une entrave non autorisée à la possibilité de retransmettre des programmes d'émission sur la base de l'exception inscrite à l'art. 22, al. 1, LDA et des tarifs y relatifs.

Dans sa première prise de position, l'OMET a constaté que le cryptage des signaux HD par les chaînes privées ne constituait pas, dans les circonstances données, une atteinte à la réglementation édictée par le législateur à l'art. 22 LDA, qui prévoit une exception pour la retransmission d'émissions par le biais de réseaux câblés. En effet, les exploitants d'installations de ce type demeurent libres de diffuser les programmes des chaînes privées par le biais de signaux SD non codés. D'autres vérifications ont confirmé que le cryptage des signaux HD n'entrave l'exercice du droit de retransmission défini dans la loi et les tarifs ni sur un plan quantitatif, ni sur un plan qualitatif.

On pourrait à la rigueur voir une entrave à la qualité dans le fait que les câblodistributeurs disposent, sous forme non codée, uniquement de signaux SD. Il convient toutefois de relever que ni la restriction de l'art. 22, al. 1, LDA, ni les tarifs qui se réfèrent à la retransmission de programmes de radio et de télévision ne permettent de déduire un droit à diffuser des programmes d'émission en qualité HD. Un tel droit ne procède pas non plus du principe de la neutralité technologique en vertu duquel la technologie utilisée ne joue aucun rôle dans l'appréciation d'une utilisation²⁵. Ce qui est pertinent pour l'application de l'art. 22, al. 1, LDA est de savoir si un programme de radio ou de télévision peut être capté en Suisse; la technologie utilisée (SD ou HD) est par contre sans importance. En vertu du principe de la neutralité technologique, les signaux HD seraient soumis à la même réglementation, même s'ils étaient émis sans cryptage.

²³ SDTV est l'abréviation pour standard-definition television; elle définit des normes de résolution d'images qui sont usuelles dans la télévision analogique.

²⁴ HDTV est l'abréviation pour high-definition television, soit la télévision haute définition, qui se caractérise par une meilleure résolution.

²⁵ Voir ATF 140 II 616, consid. 3.4.1; Barrelet / Egloff, Urheberrecht, 3^e éd., art. 10, n 7a.

Les organismes de diffusion utilisent différentes technologies et sont libres de crypter leurs programmes afin de les protéger contre des utilisations illicites²⁶ ou de les proposer sous forme de télévision par abonnement. En vertu de l'art. 22, al. 3, LDA, les programmes d'émission cryptés qui ne peuvent pas être captés librement en Suisse ne tombent pas sous le coup de la restriction prévue à l'al. 1 dudit article. Grâce au cryptage, les chaînes privées ont exclu leurs programmes en qualité HD du champ d'application de l'art. 22, al. 1, LDA. Les tarifs de retransmission continuent néanmoins de s'appliquer aux programmes émis sans cryptage en qualité SD et pouvant être captés par des ménages privés. Le cryptage des signaux HD ne porte dès lors pas atteinte à l'exception prévue à l'art. 22, al. 1, LDA en faveur de la retransmission simultanée et sans modification de programmes d'émission captés en Suisse.

Dans l'intervalle, les chaînes privées semblent s'être mises d'accord avec les câblodistributeurs concernant la diffusion de programmes d'émission en qualité HD. Sur la base de la disposition pénale de l'art. 70 LDA (exercice illicite de droits), il conviendrait éventuellement de vérifier si les chaînes privées font valoir des droits de retransmission, sur la base de ce contrat, qui ont déjà été indemnisés par les fournisseurs de services par le biais des tarifs de retransmission. En vertu de l'art. 73 LDA, cet examen ne relève toutefois pas de la compétence de l'OMET, mais de celle de l'IPI.

4.2.3. Effets du cryptage sur l'art. 19 LDA²⁷

La technique cryptographique liée aux signaux HD se compose de plusieurs éléments. Il s'agit d'un système dynamique ayant la double fonction de contrôler et l'accès au signal, et l'utilisation de programmes d'émission par l'utilisateur final. Lorsque les câblodistributeurs diffusent les programmes de chaînes privées en qualité HD cryptée, l'enregistrement d'émissions par les abonnés au câble est restreint à un système fermé de récepteurs et de supports de mémoire harmonisés. De plus, le cryptage exclut la possibilité de masquer les blocs publicitaires lors de la lecture d'enregistrements (et donc le zapage de la publicité).

Dans la mesure où le cryptage empêche de sauter et rechercher une piste lors de la lecture d'enregistrements et donc de zaper la publicité, il ne vise pas à prévenir des utilisations illicites d'émissions ou d'autres contenus protégés par le droit d'auteur. Son but est plutôt d'empêcher le masquage de la publicité afin de protéger le modèle d'affaires des chaînes privées basé sur les recettes publicitaires. Ce type de cryptage ne tombe par conséquent ni sous le coup de l'interdiction de contournement visée à l'art. 39a LDA, ni sous celui du contrôle de l'OMET, qui se limite aux MT protégées par cette même interdiction (cf. art. 39b, al. 1, let. a, LDA). Selon les critères d'évaluation de l'OMET, on ne peut pas reprocher à une MT de porter atteinte à la restriction au droit d'auteur en faveur de l'usage privé (dont peut se prévaloir un abonné au câble lors de l'utilisation d'émissions) pour la simple raison qu'elle empêche de masquer la publicité contenue dans l'émission lors de son enregistrement.

Les systèmes de cryptage comprennent cependant aussi un dispositif anticopies qui a pour effet que l'abonné au câble peut utiliser les programmes transmis en qualité HD des chaînes privées uniquement dans un système fermé d'appareils d'enregistrement. Ce type de mesures de protection contre la copie, que les organismes de diffusion utilisent pour se protéger contre l'utilisation illicite de contenus protégés par le droit d'auteur²⁸, est soumis à l'interdiction de contournement inscrite à l'art. 39a LDA. Ses effets sur les restrictions au droit d'auteur doivent

²⁶ Les chaînes privées financées par la publicité craignent une mise en circulation incontrôlée de leurs programmes via Internet, ainsi que l'exploitation d'émissions coûteuses alors même qu'elles doivent renoncer à la publicité (cf. Spiegel Online « Insider packen aus : Warum verschlüsseln die Privatsender? »).

²⁷ L'art. 19 LDA régit la restriction en faveur de l'utilisation à des fins privées.

²⁸ Dans certaines circonstances, ils y sont même contraints en raison d'accords de licence avec l'industrie du cinéma.

dès lors faire l'objet d'un examen en vertu de l'art. 39b LDA. Dans le cas présent, le dispositif exclut certes certaines technologies d'enregistrement, mais il donne aux abonnés au câble la possibilité d'enregistrer des émissions en réception différée. Dans ces conditions, cette protection contre les copies liée au système de cryptage de la chaîne privée n'induit pas une entrave abusive à la restriction en faveur de l'usage privé dont peut se prévaloir l'abonné au câble.

Dans le domaine de la télévision câblée, ce sont avant tout les fournisseurs de services qui, en lien avec la fourniture de programmes télévisés, mettent à la disposition de leurs abonnés l'infrastructure technique nécessaire à l'enregistrement d'émissions ou de programmes en se fondant sur l'art. 19, al. 2, LDA, qui autorise, à certaines conditions²⁹, la participation de tiers dans la reproduction à des fins privées. Les fournisseurs de services doivent verser à cet effet une indemnité aux titulaires de droits³⁰ qui est basée sur le Tarif commun 12 (Redevance pour la mise à disposition de set-top-boxes avec mémoire et de vPVR³¹) et échelonnée en fonction de l'intensité d'utilisation des offres (enregistrements relatifs à des œuvres ou enregistrements relatifs à des programmes).

Il est ressorti des vérifications de l'OMET que les dispositifs anticopies des chaînes privées ne constituent pas un obstacle à la mise à disposition usuelle dans le domaine de la télévision câblée de supports de mémoire pour enregistrer les contenus protégés de programmes télévisés. Il n'y a dès lors rien à redire non plus contre les câblodistributeurs qui autorisent la réception en différé dans le cadre de la restriction du droit d'auteur en faveur de l'usage privé et paient donc la redevance prévue à cet effet dans les tarifs.

La mise à disposition de supports de médias pour enregistrer des émissions TV telle que pratiquée par les fournisseurs de services tombe-t-elle sous le coup de la restriction du droit d'auteur en faveur de l'usage privé ? Cette question importante pour l'appréciation des effets du dispositif anticopies a longtemps fait l'objet de controverses. La CAF l'a confirmé dans son arrêt du 17 décembre 2012 concernant l'approbation du tarif 12³², mais la décision a été attaquée. Dans son arrêt du 27 juin 2014, le Tribunal administratif fédéral a confirmé indirectement l'interprétation du droit de la CAF puisqu'il n'est pas entré en matière sur les recours interjetés contre la décision d'approbation et que cette dernière est entrée en force.

4.2.4. Récapitulatif des résultats de l'examen

L'objet de cet examen était la pratique des chaînes privées en matière de cryptage de leurs signaux HD afin de les mettre à la disposition de câblodistributeurs et d'exploitants d'installations techniques similaires pour la retransmission à leurs abonnés avec l'obligation de maintenir le dispositif anticopies. L'examen réalisé en plusieurs étapes a permis de conclure qu'il n'y a rien à redire contre cette pratique quant à ses effets sur les restrictions au droit d'auteur, pour autant qu'elle concerne réellement des MT au sens de l'art. 39a LDA.

L'exception inscrite à l'art. 22, al. 1, LDA soumet le droit de retransmission relatif à la diffusion simultanée et sans modification de programmes d'émission captés en Suisse à la gestion collective. Cela signifie que les fournisseurs de tels programmes sont autorisés à les retransmettre à leurs clients sur la base des tarifs correspondants. Ces tarifs couvrent aussi les programmes des chaînes privées dans la mesure où ils sont diffusés non codés par le biais de

²⁹ Voir art. 19, al. 3, LDA.

³⁰ Voir art. 20, al. 2, LDA.

³¹ *Virtual Personal Video Recorder, soit des enregistreurs numériques virtuels.*

³² *Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la CAF doit examiner à titre préjudiciel les questions juridiques qui se posent dans le cadre d'une procédure d'approbation des tarifs.*

signaux SD et donc captés en Suisse. Les organismes de diffusion sont toutefois libres de crypter leurs programmes et de les soustraire en faveur du droit de retransmission (cf. art. 22, al. 3, LDA). Le cryptage des programmes diffusés en qualité HD ne constitue dès lors pas une MT par laquelle les chaînes privées porteraient abusivement atteinte au champ d'application de l'exception prévue à l'art. 22, al. 1, LDA et aux tarifs y relatifs.

Le système de cryptage mis en place par les chaînes privées inclut un dispositif anticopies qui s'applique lors de la retransmission des programmes en qualité HD. Cette protection contre la copie a été examinée sous l'angle de ses incidences sur la restriction en faveur de l'usage privé. L'examen a montré que bien qu'elle exclue certaines technologies d'enregistrement, elle laisse suffisamment de marge de manœuvre pour l'enregistrement de contenus protégés en réception différée. Elle n'empêche pas non plus le fournisseur de services de mettre à la disposition de ses clients l'infrastructure nécessaire à cet effet sur la base de l'art. 19, al. 2, LDA. Dans ces conditions, il n'y a rien à reprocher au dispositif anticopies utilisé par les chaînes privées en vue de prévenir l'utilisation illicite de contenus de leurs programmes diffusés en qualité HD. Il ne peut pas être qualifié d'abusif au seul motif qu'il pose certaines limites à l'autorisation en vertu de l'art. 19 LDA d'utiliser des œuvres à des fins privées³³.

5. Bilan de la période administrative 2012 – 2015

L'examen des annonces (peu nombreuses) parvenues à l'OMET a montré que seules quelques-unes d'entre elles portaient réellement sur l'usage de MT. Dans la plupart des cas, il s'agissait de problèmes techniques ou alors l'information fournie à la clientèle par les fournisseurs était lacunaire, empêchant les consommateurs d'utiliser des contenus protégés par le droit d'auteur conformément aux restrictions légales prévues. Dans les rares cas où l'OMET a identifié une forme d'entrave imputable à l'usage de MT, il s'est toutefois avéré qu'elle était justifiée compte tenu de sa finalité et qu'elle ne pouvait donc pas être considérée comme abusive. Cela vaut également pour les MT mises en place par les fournisseurs de services non pas pour protéger des droits d'auteur mais pour faire respecter leur modèle commercial. Ce type de mesures ne tombe pas sous le coup de l'interdiction de contournement inscrite à l'art. 39a LDA, et n'est pas non plus soumis au contrôle des abus par l'OMET.

Les vérifications conduites à l'initiative propre de l'OMET ont, elles aussi, invalidé les craintes de voir l'application de MT visant à protéger des contenus protégés par le droit d'auteur entraver sérieusement l'exercice des restrictions aux droits d'auteurs. Tant dans le domaine de la diffusion du savoir par les bibliothèques que dans celui de la télévision numérique, les systèmes de cryptage posent un certain nombre de problèmes, mais dans la mesure où ils font obstacle à l'utilisation illicite de contenus protégés par le droit d'auteur, l'entrave qui en résulte s'est avérée proportionnée. Leur fonction est en outre de faire respecter les nouveaux modèles commerciaux aménagés par les éditeurs de publications électroniques et les organismes de diffusion. Ils se situent donc hors du champ d'application de l'interdiction de contournement inscrite dans le droit d'auteur et donc hors du domaine d'attribution restreint de l'OMET.

Si une MT ne tombe pas sous le coup de l'interdiction de contournement visée à l'art. 39a LDA, cela ne signifie pas pour autant qu'elle n'est pas susceptible de faire obstacle à une uti-

³³ Selon la pratique de l'OMET, une MT destinée à lutter contre le piratage qui restreint l'enregistrement d'émissions à certaines technologies ne constitue pas une entrave abusive à l'usage privé (cf. Rapport d'activité de l'OMET 2008 – 2011, ch. 3.4).

lisation licite garantie par les restrictions au droit d'auteur. C'est pourquoi l'OMET a déjà souligné, dans son premier rapport d'activité, que dans l'intérêt des utilisateurs et des consommateurs, il ne limitait pas son examen des annonces à l'application de MT protégées par l'interdiction de contournement. L'usage de MT pour faire respecter un modèle commercial est toutefois légitime, quels que soient les effets sur les restrictions au droit d'auteur. En effet, lorsqu'un fournisseur de services définit son modèle d'affaires, il n'est pas lié aux restrictions au droit d'auteur ni dans l'environnement analogique, ni dans celui numérique. L'OMET s'engage néanmoins à ce que les restrictions d'utilisation résultant de l'application d'une MT en vue de protéger des modèles commerciaux soient transparentes, identifiables pour la clientèle et communiquées de façon claire et compréhensible.

Or, dans la pratique, il est souvent malaisé de cerner la finalité d'une MT. Dans certains cas, elle poursuit un double but, celui de protéger à la fois des droits d'auteur et un modèle commercial. Ainsi, le système de cryptage d'un fournisseur de musique en ligne protège, d'une part, son service de paiement et, d'autre part, les œuvres proposées contre une utilisation illícite. Dans l'appréciation de l'impact d'une telle MT sur les restrictions au droit d'auteur, l'OMET doit tenir compte de cette double fonction.

Il convient en outre de préciser que l'application de MT est susceptible d'entrer en conflit avec les restrictions qui soumettent une utilisation déterminée à la gestion collective. Il est ressorti de l'examen du cryptage de programmes HD des chaînes privées que dans un tel cas de figure, il peut y avoir exercice illícite des droits au sens de l'art. 70 LDA. En vertu de l'art. 73 LDA, la poursuite de telles infractions est du ressort de l'IPI et non de l'OMET.

Enfin, il faut relever que l'OMET ne peut pas juger, ou alors seulement avec des réserves, les effets des MT sur les restrictions au droit d'auteur lorsque la portée de la restriction en question est controversée. Il a ainsi dû attendre à deux reprises une clarification de la question par les tribunaux. Dans les deux cas, il s'agissait d'interpréter la restriction en faveur de l'usage privé en lien avec la possibilité de mandater des tiers pour la confection de copies. Lorsque l'OMET a vérifié l'application des MT dans le domaine des publications en ligne, il y avait désaccord sur la question de savoir si l'envoi électronique de copies des bibliothèques était couvert par cette exception. Et dans l'examen du système de cryptage des chaînes privées, la question s'est posée de savoir quelle aide les fournisseurs de services sont autorisés à fournir à leurs abonnés au câble dans l'enregistrement d'émissions à des fins privées.

Dans son premier rapport d'activité, l'OMET a déclaré ne pas avoir observé d'entraves aux restrictions au droit d'auteur qui justifieraient, sur la base de l'art. 39b, al. 2, LDA, une action du Conseil fédéral visant à l'habiliter d'un pouvoir de décision et d'instruction. Cette situation n'a pas changé. Durant sa deuxième période administrative, l'OMET a aussi contribué à résoudre des conflits découlant de l'utilisation de MT entre les utilisateurs et les fournisseurs de contenus protégés par le droit d'auteur. Les réclamations concernaient cependant en majorité des problèmes de consommateurs dans le domaine en ligne et celui de la télévision qui n'étaient pas imputables à l'usage de MT au sens de l'art. 39a, al. 2, LDA et qui ne relevaient dès lors pas de la compétence de l'OMET.

Il ressort également des deux enquêtes conduites par l'OMET dans le domaine de la diffusion numérique du savoir et de l'information que l'application de MT pour protéger les droits d'auteur sont plutôt inoffensives quant à leur impact sur les restrictions au droit d'auteur. Le fait que l'OMET n'a pas eu une seule fois, depuis le début de son activité en juillet 2008, à intervenir en tant qu'organisme de liaison au sens de l'art. 39b, al. 1, let. b, LDA en vue de prévenir des utilisations abusives est révélateur à cet égard.

6. Perspectives

Compte tenu de l'évolution fulgurante des technologies numériques, il n'est pas possible de conclure, sur la base des observations actuelles, que l'application de MT ne causera pas de problèmes notables à l'avenir. Selon les indications actuelles, tout laisse cependant à penser que le législateur a fortement surestimé le risque d'abus inhérent aux MT lors de la révision partielle de la LDA de 2007. Dans ces conditions, il faudrait même, *de lege ferenda*, envisager la suppression de l'OMET.

Or le projet de révision partielle de la LDA que le Conseil fédéral a envoyé en consultation en décembre 2015 ne prévoit pas l'abrogation de l'art. 39b LDA, en vertu duquel le Conseil fédéral institue un observatoire pour observer les effets des MT sur les restrictions au droit d'auteur, mais envisage plutôt la possibilité d'élargir le champ d'activités de l'OMET en lui confiant les tâches de coordination et de résolution des conflits en lien avec les nouvelles mesures de lutte contre le piratage sur Internet. Le commentaire de la disposition correspondante évoque la pertinence d'une extension du domaine d'attribution de l'OMET eu égard à la proximité de ces tâches avec ses activités actuelles³⁴.

Cette solution présenterait l'avantage de créer un service plus grand chargé d'accomplir des tâches diversifiées et qui serait à même de mieux compenser les fluctuations du volume de travail (que connaît actuellement l'OMET), tout en conservant la possibilité, pour les utilisateurs et les consommateurs, de se tourner vers un observatoire au cas où l'application de MT devait poser des problèmes à l'avenir. Il faut en outre tenir compte du fait que la révision partielle actuelle de la LDA définit de nouvelles restrictions au droit d'auteur. Le projet de loi prévoit notamment une exception en faveur de l'utilisation d'œuvres à des fins scientifiques, auquel l'usage de MT est susceptible de faire obstacle. Le contenu et l'orientation du projet de révision parlent plutôt en faveur d'une extension de l'OMET, pour lequel il serait plus aisé de recruter du personnel vu la nature plus complexe et attrayante des tâches à accomplir.

³⁴ Cf. rapport explicatif relatif à deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et à la modification de la loi sur le droit d'auteur, p. 79, art. 66i (https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/modernisierung_urheberrecht_2015_f/Erlaeutender_Bericht_FR.pdf).