

## ALAI Dublin 2011

### Questionnaire – réponses du groupe suisse

#### 1. Objet de la protection – Œuvres

- 1.1 Selon l'art. 2 al. 2 litt. a de la loi fédérale sur le droit d'auteur (LDA), les œuvres littéraires sont celles qui recourent à la langue, y compris les œuvres scientifiques. Les œuvres sont protégées dès leur création, indépendamment d'une fixation quelconque (à moins que par leur nature, elles ne puissent prendre naissance qu'ensuite d'une fixation). Une œuvre littéraire n'a donc pas besoin d'être mise par écrit pour bénéficier de la protection. Ses conditions de protection sont celles applicables à toute œuvre (il doit s'agir d'une création de l'esprit qui possède un caractère individuel).
- 1.2 Les œuvres telles que les titres d'un journal, formules (slogans, notamment), titres de livres sont en soi accessibles à la protection légale, mais on leur dénierait le plus souvent tout caractère individuel.
- 1.3 La loi suisse exige de l'œuvre qu'elle soit une création de l'esprit, appartenant au domaine littéraire ou artistique, et qui possède un caractère individuel (art. 2). Mais elle ne définit pas ce qu'est le domaine artistique. Elle ne fait que donner une liste d'exemples (les œuvres musicales et autres œuvres acoustiques ; les œuvres des beaux-arts, en particulier les peintures, les sculptures et les œuvres graphiques ; les œuvres à contenu scientifique ou technique, tels que les dessins, les plans, les cartes ou les ouvrages sculptés ou modelés ; les œuvres d'architecture ; les œuvres des arts appliqués ; les œuvres photographiques, cinématographiques et les autres œuvres visuelles ou audiovisuelles ; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes).
- 1.4 A ma connaissance, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la protection par le droit d'auteur des différents types ou formes d'expression artistique contemporains (surveillance art, installations, collage ; art performance ; art conceptuel).
- 1.5 Les tribunaux suisses n'ont pas eu à trancher la question de la protection des parfums par le droit d'auteur. Il existe diverses opinions dans la doctrine. Certaines sont favorables à leur protection. A mon avis, vouloir justifier l'exclusion des parfums par le fait que l'odorat serait un sens trop imprécis et subjectif constitue une explication un peu courte. On ne peut non plus nier l'existence d'une démarche artistique dans la création de parfums (les "nez" composent les parfums grâce à leur connaissance des fragrances et leur mémoire olfactive ; ils les préconçoivent dans leur esprit avant de les exprimer puis de les tester). Enfin, il paraît difficile de dénier un caractère original à tous les parfums. A mon sens, l'exclusion des parfums du droit d'auteur doit être recherchée ailleurs : les parfums sont l'expression olfactive d'une formule chimique ; cette formule est plus ou moins complexe, mais elle demeure une formule exclue du droit d'auteur (au titre de l'exclusion des idées). Si dès lors on protégeait le parfum comme phénomène olfactif, on protégerait du même coup sa formule, ce qui serait incohérent au regard du principe de l'exclusion des idées (dont les formules chimiques font incontestablement partie).

1.6 Il n'existe pas de jurisprudence relative à la protection des événements sportifs. La doctrine unanime<sup>1</sup> leur dénie la protection du droit d'auteur.

## 2. Création – Critère d'originalité

2.1 La loi ne définit pas le niveau d'originalité requis. Elle mentionne simplement l'exigence d'un caractère individuel. Les travaux préparatoires de la loi (adoptée en 1992) indiquent que ce critère d'individualité ne doit pas être compris dans le sens que l'œuvre devrait comporter la marque de la personnalité de l'auteur<sup>2</sup> (une telle exigence étant considérée comme excessive). Quant à la jurisprudence<sup>3</sup>, elle se réfère volontiers au critère de l'unicité statistique<sup>4</sup> (pour être individuelle, l'œuvre doit être unique, c'est-à-dire se différencier des autres créations du même genre et de ce qui aurait pu être créé à l'identique par un tiers ; le deuxième terme de la comparaison repose sur des probabilités, et c'est pourquoi ce critère est celui de l'unicité « statistique »<sup>5</sup>), mais la jurisprudence exige en plus que l'œuvre ne soit pas le résultat d'un simple travail de routine, et qu'elle ne soit pas banale. Ainsi, il a été jugé que des lettres commerciales type étaient banales et donc dénuées de caractère individuel au sens de la loi sur le droit d'auteur, même si elles étaient uniques statistiquement (selon les lois de la probabilité, on ne pouvait pas imaginer qu'un tiers ait pu les recréer à l'identique)<sup>6</sup>.

2.2 Selon une formule employée par le Tribunal fédéral (la plus haute juridiction du pays), il y aurait lieu de se satisfaire d'un moindre degré d'originalité lorsque la liberté de création de l'auteur était réduite<sup>7</sup> (cela vaut pour les œuvres ayant une fonction utilitaire, telles que les œuvres d'architecture). En revanche, pour ce qui est des créations de l'art appliqué, la jurisprudence a souvent affirmé que s'il existe un doute sur la question de savoir si l'on est en présence d'une simple création du design (dessin ou modèle) ou d'une véritable œuvre des arts appliqués, on doit trancher dans le sens qu'il s'agit d'une simple création du design<sup>8</sup> (qui ne peut alors être protégée qu'en application de la loi sur les designs, ce qui suppose un dépôt). Sinon, ni la loi ni la jurisprudence n'imposent un critère d'originalité différent en fonction du genre de l'œuvre.

2.3 Pour les compilations/collections, le critère est le même que celui prévu pour les autres œuvres : elles doivent posséder un caractère individuel dans le choix ou la disposition de leur contenu (art. 4 LDA).

2.4 Les grilles de programmes et les annuaires pages jaunes/pages blanches ne sont pas protégés, faute de caractère individuel. La jurisprudence considère qu'il s'agit de créations banales<sup>9</sup>. Ainsi, dans un arrêt récent<sup>10</sup>, le Tribunal fédéral a jugé que le

---

<sup>1</sup> A l'exception d'une thèse de doctorat, celle de Osterwalder, Uebertragungsrechte an Sportveranstaltungen, thèse Berne 2004.

<sup>2</sup> Feuille fédérale 1989 III 507.

<sup>3</sup> Cf. not. Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse (ATF) 130 III 714.

<sup>4</sup> Critère élaboré par Kummer, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Berne 1968.

<sup>5</sup> Ainsi, lorsqu'une création parallèle paraît possible selon les lois de la probabilité, on doit dénier tout caractère individuel à l'œuvre.

<sup>6</sup> Blätter für zürcherische Rechtssprechung 78 (1979) N° 80 (Zurich, Obergericht).

<sup>7</sup> Récemment encore ATF 136 III 225.

<sup>8</sup> ATF 113 II 197, avec réf. À l'ATF 105 II 299.

<sup>9</sup> Pas de protection pour les grilles de programmes : ATF 107 II 87.

compendium suisse des médicaments (ouvrage décrivant chaque médicament dont la vente est autorisée en Suisse, à la manière d'une notice d'utilisation) devait être vu comme une réalisation banale, non protégée par le droit d'auteur.

### 3. Accès des déficients visuels

- 3.1 La révision du 5 octobre 2007 a introduit un art. 24c, qui a la teneur suivante : « *Si la forme sous laquelle une œuvre est publiée ne permet pas ou rend difficile la perception de celle-ci par les personnes atteintes de déficiences sensorielles, il est permis de reproduire cette œuvre sous une forme qui la leur rende accessible. Ces exemplaires de l'œuvre ne peuvent être confectionnés et mis en circulation que pour l'usage par des personnes atteintes de déficiences sensorielles et sans poursuite d'un but lucratif. L'auteur a droit à une rémunération pour la reproduction et la mise en circulation de son œuvre sous une forme accessible aux personnes atteintes de déficiences sensorielles, à l'exception des cas où seuls des exemplaires isolés sont confectionnés. Le droit à rémunération ne peut être exercé que par une société de gestion agréée* ». Cette disposition concerne les personnes atteintes de déficiences sensorielles. La confection d'exemplaires de l'œuvre ne doit poursuivre aucun but lucratif, et l'auteur a droit à une rémunération, qui ne peut être perçue que par une société de gestion agréée, c'est-à-dire soumise à une surveillance officielle (exigence d'un agrément, surveillance de la gestion, contrôle des tarifs).
- 3.2 La formulation du texte légal ne vise pas uniquement les œuvres littéraires, même si l'on pense avant tout à de telles œuvres.
- 3.3 Cette exception est limitée à la reproduction et à la mise en circulation d'exemplaires. Les autres droits ne sont donc pas visés par cette exception.

### 4. Accès à Internet en tant que droit de l'homme

- 4.1 L'accès à Internet n'est pas défini comme étant un droit particulier, mais il ressort d'une réponse du Conseil fédéral (Gouvernement) au Parlement qu'une coupure de l'accès à Internet est ressentie comme une mesure disproportionnée (cf. ch. 6.1 ci-dessous).

### 5. Œuvres orphelines

- 5.1 Pour les œuvres orphelines (dont les titulaires de droits sont inconnus ou introuvables), la révision du 5 octobre 2007 a introduit un art. 22b, qui prévoit que les droits nécessaires à l'exploitation de phonogrammes ou de vidéogrammes ne peuvent être exercés que par une société de gestion agréée<sup>11</sup> dans la mesure où l'exploitation concerne « *des stocks d'archives accessibles au public et des archives des organismes de diffusion* », et à la condition encore que « *les phonogrammes ou les vidéogrammes destinés à l'exploitation [aient] été produits*

---

<sup>10</sup> ATF 134 III 166.

<sup>11</sup> C'est-à-dire soumise à une surveillance officielle, en particulier quant à sa gestion, avec un contrôle de ses tarifs.

*ou reproduits en Suisse et que dix ans au moins se [soient] écoulés depuis leur production ou leur reproduction ».*

- 5.2 Cette disposition ne concerne que les phonogrammes et les vidéogrammes produits ou reproduits en Suisse, à la condition que dix ans se soient écoulés depuis leur production ou leur reproduction. Elle ne peut être invoquée que pour permettre l'exploitation de stocks d'archives accessibles au public ou d'archives d'un organisme de diffusion. Elle ne s'applique pas pour d'autres exploitations. Par le renvoi de l'art. 38, cette disposition concerne aussi les prestations protégées au titre des droits voisins (et donc aussi celle des artistes interprètes).
- 5.3 Cette disposition ne fait pas disparaître le droit exclusif, mais prévoit l'obligation de recourir à la gestion collective. C'est donc seule une société de gestion soumise à surveillance qui peut exercer les droits exclusifs des titulaires de droits qui sont inconnus ou introuvables.

## 6. **Lois ou accords prévoyant une réponse graduée**

- 6.1 Dans le contexte particulier des échanges de fichiers d'œuvres audiovisuelles ou d'enregistrements sonores par des systèmes *peer-to-peer*, la loi suisse ne prévoit pas de dispositions comportant une réponse graduée. Une motion a été déposée au Parlement fédéral, pour demander au gouvernement de rendre un rapport sur la question. Le Conseil fédéral (Gouvernement) y a répondu comme suit : *« Au terme d'intenses discussions, le Parlement a renoncé à restreindre la licence légale pour l'usage privé, estimant qu'une telle restriction était non proportionnelle et incompatible avec la protection de la sphère privée. Elle aurait également pour effet indésirable une criminalisation des consommateurs à grande échelle. Ce sont les mêmes motifs qui s'opposent à l'introduction d'une réglementation analogue à l'arsenal légal français, qui prévoit de couper la connexion à Internet des particuliers qui se rendent coupables de récidives. Cette absence de réglementation ne signifie toutefois pas que l'ayant droit n'est pas protégé. Conformément au droit d'auteur, celui-ci a la possibilité d'engager des poursuites judiciaires aussi bien contre les fournisseurs d'accès à Internet que contre les exploitants de plates-formes de partage de fichiers. Cette approche paraît préférable, notamment pour des raisons d'économie procédurale. Au lieu d'engager des poursuites contre tous les utilisateurs d'une plate-forme, il semble en effet plus judicieux d'attaquer en justice l'exploitant de la plate-forme en cause. Il serait également envisageable de trouver une solution avec les exploitants de plates-formes qui prévoirait que ces derniers concluent des accords de licence régissant le partage de fichiers par leurs utilisateurs »*. On notera que cette réponse n'est pas entièrement satisfaisante, en particulier dans la mesure où elle se réfère à des « plates-formes » qui seraient gérées par un exploitant, alors que les logiciels P2P ne requièrent aucune infrastructure centralisée. Un rapport détaillé devra être établi par le Conseil fédéral dans le courant de cette année.
- 6.2 Il n'existe pas de jurisprudence sur l'application éventuelle des techniques de blocage ou de filtrage par un FAI.
- 6.3 Il n'existe pas d'accords privés entre titulaires de droits et fournisseurs d'accès à Internet qui fonctionneraient à la manière des mesures de réponse graduée.

7. **Accords privés et contenus générés par l'utilisateur**

- 7.1 A ma connaissance, il n'existe pas d'accords relatifs au filtrage des contenus mis sur les sites.
- 7.2 Rien ne devrait faire obstacle à ce que des injonctions judiciaires soient dirigées contre l'hébergeur d'un site qui contiendrait des œuvres illicitement mises en ligne, mais il n'y a pas de jurisprudence publiée sur ce point à ma connaissance.

Ivan Cherpillod, 17.01.11