



Chapitre de livre

2009

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Langues et droit d'auteur: perspectives de Suisse

de Werra, Jacques

How to cite

DE WERRA, Jacques. Langues et droit d'auteur: perspectives de Suisse. In: Langues et droit d'auteur / Language and Copyright. Y. Gendreau / A. Drassinower (Ed.). Montréal : Editions Yvon Blais, 2009. p. 97–122.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:5067>

Langues et droit d'auteur : perspectives de Suisse

Jacques de Werra

Résumé / Summary	97
I. Introduction	99
A. Le cadre constitutionnel du plurilinguisme en Suisse	99
B. La langue et l'interprétation des lois en droit suisse sur le plan général.	101
II. L'impact de la langue sur la protection du droit d'auteur sur le plan du droit matériel	104
A. Les notions d'œuvres protégées et d'auteurs	105
B. Les droits exclusifs conférés (particulièrement le droit moral)	107
C. Les exceptions et limites aux droits exclusifs	110
III. La langue et la gestion collective des droits d'auteur et droits voisins en Suisse.	114
A. Conflits de compétence entre sociétés de gestion collective selon la langue des œuvres concernées	114
B. Répartition des redevances selon la langue	117
IV. Conclusion	118

Résumé

En dépit du multilinguisme de la Suisse et de sa localisation géographique entre deux grandes nations du droit d'auteur (soit l'Allemagne et la France), l'impact de la langue sur le niveau de protection du droit d'auteur en Suisse n'est pas aussi important que l'on pourrait le penser de prime abord. Ainsi, ne décèle-t-on pas dans les différentes versions linguistiques de la loi suisse sur le droit d'auteur ni dans l'interprétation faite de celles-ci par les tribunaux de différences majeures qui refléteraient des divergences conceptuelles voire culturelles de la fonction juridique et sociale du droit d'auteur selon la tradition linguistique concernée. On peut toutefois constater que la langue paraît néanmoins exercer une certaine influence sur le développement du droit d'auteur suisse dans la mesure où, selon la langue de la procédure, les autorités judiciaires (et particulièrement le Tribunal fédéral) se réfèrent plus ou moins largement aux sources du droit d'auteur étranger, et particulièrement à celles du droit d'auteur allemand. C'est en effet essentiellement la jurisprudence suisse rendue en allemand qui fait référence de manière détaillée aux sources germanophones de droit étranger, alors que les arrêts – moins nombreux – rédigés en français ou en italien se cantonnent généralement à une analyse des sources doctrinales et jurisprudentielles nationales (soit de droit suisse). Dans cette mesure, on peut constater que la langue exerce une certaine influence sur la portée de la protection du droit d'auteur suisse.

Summary

Despite the linguistic diversity of Switzerland and its geographical location between two great author's rights nations (ie Germany and France), the impact of language on the level of copyright protection in Switzerland is not as important as one might first think. For example, one does not detect in the different linguistic versions of the Swiss Copyright Act nor in the interpretation thereof made by the courts major differences which, depending on the linguistic tradition

concerned, would reflect conceptual or cultural divergences in the legal and social features of copyright law. However, one can see that language nevertheless exerts some influence on the development of copyright law in Switzerland since, according to the language of court proceedings, the judiciary (particularly the Swiss Supreme Court) refers more or less liberally to foreign copyright sources, especially to German ones. Indeed, it is essentially Swiss jurisprudence rendered in German which refers in detail to foreign sources in German, while the – less numerous – judgments written in French or Italian are usually confined to an analysis of the national doctrinal and jurisprudential sources (ie, Swiss law). To that extent, one can see that language has some influence on the scope of copyright protection in Switzerland.

I. Introduction

Le plurilinguisme fait partie intégrante de l'histoire et de la culture suisses. L'article 4 de la Constitution fédérale dispose que les quatre langues nationales de la Suisse sont l'allemand, le français, l'italien et le romanche. Les quatre langues nationales sont ainsi qualifiées comme « un élément constitutif important de la Confédération suisse »¹. Sur le plan statistique, 64 % des personnes habitant en Suisse parlent l'allemand, 19,5 % le français, 6,6 % l'italien et moins de 0,5 % le romanche². Sur le plan des cantons (la Suisse comptant 26 cantons et demi-cantons), l'allemand est parlé dans 17 cantons, 1 canton est trilingue (allemand, italien et romanche), 3 cantons sont bilingues (français-allemand), 4 cantons sont francophones et 1 canton est italophone³.

A. *Le cadre constitutionnel du plurilinguisme en Suisse*

L'article 70 al. 1 de la Constitution prévoit que « [l]es langues officielles de la Confédération sont l'allemand, le français et l'italien. Le romanche est langue officielle pour les rapports que la Confédération entretient avec les personnes de langue romanche ». L'alinéa 2 de cette disposition prévoit pour sa part que « [l]es cantons déterminent leurs langues officielles ».

Ce principe du plurilinguisme est mis en œuvre dans la loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (loi sur les publications officielles)⁴. Cette loi prévoit en son article 14 al. 1 que la publication des lois fédérales a lieu simultanément dans les langues officielles que sont l'allemand, le français et l'italien. Cette disposition prévoit en outre que les trois versions font foi et qu'il est possible

1. Message du Conseil fédéral concernant la Constitution, Feuille Fédérale 1997 I, p. 138.
2. Les langues en Suisse : cadre statistique, <http://www.swissinfo.ch/fre/infos/suisse_europe/Les_langues_en_Suisse_cadre_statistique.html?siteSect=125&sid=1286917&cKey=1029934200000&ty=st>.
3. <<http://www.swissworld.org/fi/population/langues/>>.
4. Recueil Systématique du droit suisse (RS) 170.512, <http://www.admin.ch/ch/f/rs/170_512/index.html>.

de prévoir des exceptions à l'obligation de publication dans les trois langues officielles à certaines conditions (soit lorsque les dispositions contenues dans les textes n'imposent pas directement d'obligations aux personnes concernées ou lorsque celles-ci utilisent ces textes uniquement dans une des langues officielles).

La qualification comme langue officielle a pour effet d'obliger les organes étatiques à utiliser l'une de celles-ci dans leurs relations avec les citoyens⁵. La disposition constitutionnelle concernant les langues officielles a aussi pour effet de garantir, « sous une forme positive, la possibilité des citoyens de s'adresser aux autorités dans l'une des langues officielles ainsi que leur droit de recevoir une réponse dans la langue qu'ils ont utilisée »⁶, sachant qu'« ils ne disposent toutefois de cette possibilité et de ce droit que dans l'une de ces langues »⁷. Pour ce qui concerne les procédures judiciaires, la langue de la procédure doit être la langue officielle du canton concerné ou l'une de ces langues (les règles de procédure civile relevant actuellement encore de l'autonomie de décision des cantons), étant noté que les règles de procédure civile seront très prochainement uniformisées sur le plan suisse lors de l'entrée en vigueur (à venir) du Code de procédure civile suisse adopté le 19 décembre 2008. Cette réglementation prévoit également à son article 129 que « La procédure est conduite dans la langue officielle du canton dans lequel l'affaire est jugée. Les cantons qui reconnaissent plusieurs langues officielles règlent leur utilisation dans la procédure »⁸.

S'agissant de la procédure devant le Tribunal fédéral qui constitue la plus haute juridiction suisse, l'article 54 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) prévoit que « [l]a procédure est conduite dans l'une des langues officielles (allemand, français, italien, romantsch grischun), en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Si les parties utilisent une autre langue officielle, celle-ci peut être adoptée »⁹. Ceci signifie qu'en principe, la langue de la procédure va dépendre du canton dans lequel la procédure judiciaire de première instance aura lieu (en matière de propriété intellectuelle, il y a deux degrés de juridiction, un au niveau cantonal et un au niveau fédéral

5. Marco BORGHI, « Langues nationales et langues officielles », dans Daniel THÜRER, Jean-François AUBERT & Jörg Paul MÜLLER (dir.), *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, Zurich, Schulthess, 2001, p. 593, à la p. 600.

6. Message du Conseil fédéral concernant la Constitution, précité, note 1, p. 381.

7. *Ibid.*

8. <<http://www.admin.ch/ch/ff/2009/21.pdf>>.

9. <http://www.admin.ch/ch/fr/rs/173_110/a54.html>.

(soit le Tribunal fédéral qui se prononce sur recours contre l'arrêt cantonal).

B. La langue et l'interprétation des lois en droit suisse sur le plan général

Le plurilinguisme représente naturellement un défi tant pour la rédaction que pour l'interprétation des textes réglementaires en Suisse¹⁰, sachant que de telles questions se posent également ailleurs en Europe et particulièrement au sein de l'Union européenne¹¹. Des divergences entre les différentes versions linguistiques d'un même texte réglementaire peuvent être dues à de simples erreurs de vérification au cours du processus législatif¹².

De telles divergences peuvent toutefois aussi être dues à des différences d'approche résultant de l'utilisation de concepts juridiques distincts ou peuvent constituer le reflet de différences de mentalités entre les régions linguistiques concernées¹³. En cas de divergence entre les différentes versions, les tribunaux seront amenés à recher-

-
10. Sur cette question, voir notamment Andreas LÖTSCHER, « Gesetzredaktion unter schweizerischen Mehrsprachigkeitsbedingungen », communication à la conférence 28. Jahrestagung der Deutschen Gesellschaft für Sprachwissenschaft, 22.2-24.2.2006, Universität Bielefeld, Arbeitsgruppe Sprache und Recht, accessible à : <<http://web.uni-frankfurt.de/fb10/rathert/forschung/pdfs/loetscher.pdf>> ; Martin SCHUBARTH, « Die Auslegung mehrsprachiger Gesetztexte », dans *Rapports suisses présentés au XVIIème Congrès international de droit comparé*, Utrecht 16 au 22 juillet 2006, Zurich 2006, p. 11 et s. ; idem, « Die Bedeutung der Mehrsprachigkeit der schweizerischen Gesetze für die höchstrichterliche Rechtsprechung », dans *LeGes* 2001/3, p. 49 et s. ; voir aussi les autres contributions publiées dans ce même numéro sous le thème Die mehrsprachige Gesetzesredaktion : Last oder Gewinn ; idem, « Die Bedeutung der Dreisprachigkeit der schweizerischen Gesetze für das Normverständnis », dans Heinz SCHÄFFER et Otto TRIFFTERER (dirs), *Rationalisierung der Gesetzgebung*, Baden-Baden, Nomos, 1984, p. 90 et s. ; Rainer J. SCHWEIZER, « Sprache als Kultur- und Rechtsgut », *VVDStRL* 65 (2006), p. 346 et s. ; pour une analyse sur le plan du droit cantonal (dans le canton bilingue de Berne), voir Gérard CAUSSIGNAC, « La rédaction législative bilingue dans le canton de Berne », *LeGes* 2001/3, p. 59 et s.
 11. Sur cette question, voir Isolde BURR et Gertrud GRÉCIANO (dir.), *Europa : Sprache und Recht / La construction européenne : aspects linguistiques et juridiques*, Schriften des Zentrums für Europäische Integrationsforschung / Center for European Integration Studies, Vol. 52, Baden-Baden, Nomos, 2003 ; et Friedrich MÜLLER et Isolde BURR (dir.), *Rechtssprache Europas, Reflexion der Praxis von Sprache und Mehrsprachigkeit im supranationalen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004.
 12. M. SCHUBARTH (2006), *loc. cit.*, note 10, p. 13.
 13. *Ibid.*, p. 14 (« Die Mehrsprachigkeit kann aber auch Mentalitätsunterschiede zwischen den Sprachgruppen deutlich machen »), qui se réfère en particulier à la modification de la version allemande du Code civil opérée en 1998 visant à supprimer toute référence au terme de juge (« der Richter ») pour le remplacer par le terme plus neutre de tribunal (« das Gericht ») alors que les versions française et

cher le véritable sens de la loi, qui peut (mais ne doit pas nécessairement) coïncider avec l'une des versions officielles de la disposition légale concernée, la multiplicité des langues étant souvent perçue comme un moyen approprié de mieux saisir le sens de la norme concernée¹⁴.

A titre d'illustration d'une imperfection dans la transcription d'une norme dans les différentes langues officielles en matière de droit d'auteur, on peut se référer à l'article 16 al. 3 LDA qui prévoit dans sa version française que « [l]e transfert de la propriété d'une œuvre, qu'il s'agisse de l'original ou d'une copie, n'implique pas celui de droits d'auteur », ce qui ne constitue pas un texte d'une limpidité absolue en comparaison de la version allemande qui prévoit que « [d]ie Übertragung des Eigentums am Werkexemplar schliesst urheberrechtliche Verwendungsbefugnisse selbst dann nicht ein, wenn es sich um das Originalwerk handelt » et qui spécifie ainsi clairement que le transfert doit porter sur un exemplaire de l'œuvre (« Werkexemplar ») et pas sur l'œuvre elle-même comme le prévoit la version française, l'œuvre étant le bien intangible sur lequel porte le droit d'auteur et pas le support matériel et physique de cette œuvre. La jurisprudence rendue à propos de l'article 26 LDA donne un autre exemple de divergences entre les versions officielles de la loi, qui résultent de simples imprécisions dans les traductions effectuées¹⁵.

italienne n'ont pas été modifiées et discutant également le débat provoqué par la différence terminologique entre les versions allemande et française d'une disposition constitutionnelle évoquant pour la version française (plus technique) le respect de l'« intégrité des organismes vivants » alors que la version allemande (plus symbolique) se réfère à l'expression « Würde der Kreatur » ; sur ce débat, voir Andreas LÖTSCHER, « « Würde der Kreatur » – « intégrité des organismes vivants » – Sprachanalytische Beobachtungen zu Bedeutung und Auslegung zweier umstrittener Ausdrücke », *LeGes* 2000/2, p. 137 et s.

14. Voir Martin SCHUBARTH, « Die Bedeutung der Dreisprachigkeit der schweizerischen Gesetze für das Normverständnis », dans H. SCHÄFFER et O. TRIFFTERER, *op. cit.*, note 10, p. 94 et s. : « Bei Mehrsprachigkeit des Gesetzes ist die Chance grösser, dass der Rechtsgedanke des Gesetzgebers im Gesetz seinen Ausdruck findet, sei es, dass einer der drei Texte diesen Gedanken am präzisesten ausdrückt, sei es, dass der im Zusammenhang der drei Texte deutlich wird, dass sich ein gesetzgeberischer Fehler nicht in allen drei Texten findet. Die Mehrsprachigkeit erleichtert somit das Normverständnis ».
15. ATF 127 III 26, 30 : « L'art. 26 LDA, tel qu'adopté en 1992, se distingue de la disposition antérieure datant de 1922 et de l'avant-projet proposé en 1989 par la suppression des mots « à demeure » (« bleibend » ; nota : dans la version italienne de 1922, l'expression correspondante « stabilamente » employée à l'al. 3 de la même disposition ou « in modo permanente » pour reprendre les termes utilisés dans l'avant-projet de 1989, avait été omise ; rien ne permet de penser qu'il se serait agi d'autre chose que d'une inadvertance : l'exigence de permanence dans la législation de 1922 n'est pas contestée »).

Enfin, on peut mentionner le titre de l'article 33a LDA entré en vigueur le 1^{er} juillet 2008 qui est (en français) « Droits moraux des artistes-interprètes », cette disposition ayant été introduite afin de mettre en œuvre la protection par le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)¹⁶ dont l'article 5 consacre une telle protection sous le titre « Droit moral des artistes interprètes ou exécutants » (étant relevé que le français constitue la seule langue officielle suisse qui est également une langue officielle du WPPT selon son art. 32). Il est intéressant de constater à cet égard que la version allemande de l'article 33a LDA porte pour sa part le titre « Persönlichkeitsrechte der ausübenden Künstler und Künstlerinnen ». Si cette terminologie peut s'expliquer par le fait que la loi ne pouvait pas utiliser le terme allemand correspondant habituellement au concept francophone de droit moral (soit « Urheberpersönlichkeitsrecht ») dans la mesure où ce terme ne peut se référer qu'aux droits d'un *auteur* et pas à ceux d'un *artiste-interprète*, on doit tout de même relever que la terminologie allemande n'est pas idéale, dans la mesure où elle fait ainsi référence au droit de la personnalité (« Persönlichkeitsrechte ») que protège l'article 28 du Code civil en droit suisse alors que le droit moral en général et plus spécifiquement le droit moral des artistes-interprètes devrait rester distinct des droits protégés par cette disposition. Dans cette mesure, la terminologie allemande de la loi ne paraît pas optimale. Toutefois, le texte français, même s'il est fondé sur le texte du WPPT, n'est pas sans susciter certains doutes, dès lors que la loi n'utilise pas du tout l'expression de « droit moral » en matière de droit des auteurs, de sorte qu'il ne paraît pas nécessairement approprié d'introduire ce terme dans la loi seulement pour qualifier les prérogatives extrapatrimoniales des artistes-interprètes. Il aurait en effet paru plus logique dans une perspective conceptuelle et terminologique que si la loi devait se référer au terme de droit moral, ceci soit fait principalement en lien avec le droit d'auteur et pas avec le droit des artistes-interprètes. Quoi qu'il en soit, ce genre de questions spécifiques démontre concrètement le type de difficultés de traduction qui peuvent surgir en matière de droit d'auteur et le fait que la langue peut véhiculer certains concepts divergents (p.ex. droit moral ou droit de la personnalité).

Même si les différentes versions linguistiques officielles d'une réglementation qui sont toutes de valeur égale créent naturellement le risque de divergences entre celles-ci, il serait exagéré de considérer

16. <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs_wo034.html#P90_10662>.

que l'existence même de ces différentes versions linguistiques est en soi problématique dès lors que souvent le texte de ces dispositions dans chacune des langues concernées ne souffre pas d'un manque de clarté¹⁷. Ceci explique pourquoi le Tribunal fédéral dans plusieurs arrêts concernant l'interprétation de différentes dispositions de la loi sur le droit d'auteur n'a pas cité du tout les différentes versions linguistiques de la loi ou s'est limité à les citer sans en déduire de quelconques différences de portée¹⁸. Dans ces circonstances, on ne peut pas considérer que la loi sur le droit d'auteur suisse serait influencée par des concepts juridiques qui dépendraient de la langue dans laquelle ces concepts seraient exprimés. On constatera toutefois que certaines divergences paraissent résulter non pas des différences entre les versions linguistiques d'une même loi, mais plutôt de l'interprétation qui est donnée à la loi selon la langue de la procédure judiciaire dans le cadre de laquelle cette question d'interprétation a été posée, la langue étant celle du canton dans lequel la procédure judiciaire cantonale a lieu (ou l'une de ces langues en cas de cantons plurilingues).

II. L'impact de la langue sur la protection du droit d'auteur sur le plan du droit matériel

L'analyse de l'impact potentiel de la langue comme véhicule de valeurs juridiques sur la portée de la protection du droit d'auteur en Suisse sur le plan du droit matériel peut s'effectuer à propos de différentes questions essentielles du droit d'auteur, soit les notions d'œuvres protégées et d'auteurs (voir ch. 1 ci-dessous), la détermination des droits exclusifs (voir ch. 2 ci-dessous), et les restrictions et limitations aux droits exclusifs (voir ch. 3 ci-dessous). L'analyse sera conduite sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral, jurisprudence qui est essentiellement rendue en allemand, ce qui permet ainsi d'analyser si et dans quelle mesure des concepts et principes juridiques germaniques (essentiellement de droit d'auteur allemand)

17. Un arrêt rendu récemment par le Tribunal fédéral en matière fiscale permet de le confirmer, TF, arrêt 2A.373/2007 du 21 janvier 2008. Cet arrêt portait sur l'interprétation de l'art. 74 de la loi sur la taxe à la valeur ajoutée, cette disposition prévoyant une exonération de TVA à l'importation pour les « œuvres d'art que des artistes-peintres ou des sculpteurs ont personnellement créées », la question étant de savoir si des photographies pouvaient également bénéficier de cette exonération, ce à quoi le Tribunal fédéral a répondu négativement après avoir procédé à une interprétation de cette norme en évoquant notamment la loi sur le droit d'auteur et après avoir constaté que le texte de cette disposition était clair dans chacune des versions linguistiques.

18. ATF 133 III 273 ; ATF 127 III 26.

ont exercé une influence sur l'étendue de la protection du droit d'auteur suisse et si la langue de la procédure judiciaire et, partant, la langue dans laquelle les arrêts sont rendus par le Tribunal fédéral ont eu un impact dans ce cadre.

A. Les notions d'œuvre protégée et d'auteur

Un arrêt intéressant concernant la notion d'œuvre protégée en droit d'auteur suisse a été rendu par le Tribunal fédéral à propos de la notion d'œuvre scientifique dans un litige d'origine zurichoise¹⁹. Dans cette affaire, une personne titulaire d'un doctorat en psychologie s'était plainte du fait qu'une tierce personne avait utilisé sans droit des informations figurant dans sa thèse de doctorat et dans son travail de licence (ces travaux étant consacrés à la première psychoanalyste infantile Hermine von Hug-Hellmuth) dans le cadre d'une présentation orale faite dans un séminaire scientifique. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a ainsi été amené à déterminer (sous l'empire de l'ancienne loi sur le droit d'auteur) les conditions de protection des œuvres à contenu scientifique²⁰. Dans le cadre de cette analyse, le Tribunal fédéral a cité non seulement des sources doctrinales suisses, mais aussi des références doctrinales du droit d'auteur allemand²¹. Il s'est en particulier référé au § 70 de la loi allemande sur le droit d'auteur en constatant que cette disposition avait été interprétée de manière similaire par le *Bundesgerichtshof* allemand²². Au terme de cette analyse, le Tribunal fédéral a constaté que la reprise de certains éléments individuels (notamment des dates et des références biographiques) ne violait pas le droit d'auteur dans la mesure où ces éléments faisaient partie du domaine public²³.

Un autre arrêt intéressant rendu par le Tribunal fédéral concerne la protection d'œuvres créées par un médium en transe. Cette affaire opposait l'héritier du médium à un tiers qui détenait des enregistrements des sessions au cours desquelles le médium avait délivré ses messages en transe, ces messages provenant d'esprits dénommés Joseph et Lena. Une des questions soumises au Tribunal fédéral était celle du caractère protégeable d'œuvres créées dans de telles conditions, soit dans des conditions dans lesquelles l'auteur n'avait pas conscience de son acte de création. Dans ce cadre, le Tribunal fédéral

19. ATF 113 II 306.

20. ATF 113 II 306, 308 et s.

21. ATF 113 II 309.

22. ATF 113 II 306, 309.

23. ATF 113 II 306, 310.

a rappelé le principe du créateur (« *Schöpferprinzip* ») reconnu en droit suisse en vertu duquel la personne physique ayant créé l'œuvre est titulaire originaire des droits d'auteur sur cette œuvre. Il a ensuite constaté, en se référant essentiellement à la doctrine allemande, que l'acte de création d'une œuvre n'est pas un acte juridique (soit un acte qui suppose conscience et volonté de déployer des effets juridiques) mais bien un acte à effet réel (« *Realakt* »)²⁴. Dans ces circonstances, la naissance du droit d'auteur ne suppose pas que le créateur ait conscience de créer, mais exige simplement qu'une œuvre ait été créée par un être humain. A cet égard, le Tribunal fédéral constate que les esprits ne peuvent pas être des sujets de droit en droit suisse (!), de sorte que le médium qui agit comme messenger de tels esprits peut seul être titulaire des droits d'auteur sur les messages ainsi transmis (étant noté que le Tribunal fédéral s'est exceptionnellement référé à un ancien arrêt anglais rendu par la *Chancery Division* de Londres à ce propos)²⁵.

Il ressort ainsi de cet arrêt que le Tribunal fédéral s'est largement appuyé sur des sources du droit d'auteur allemand pour fonder son raisonnement et ainsi admettre que le droit d'auteur peut naître même en cas d'activité créatrice inconsciente de l'auteur.

Par comparaison, un arrêt du tribunal d'appel du canton du Tessin (seul canton italophone de Suisse), a permis de clarifier la notion de co-auteur d'une œuvre (au sens de l'art. 7 LDA)²⁶. Dans le cadre de son analyse de cette disposition, le Tribunal tessinois s'est référé uniquement à des sources doctrinales suisses tant germanophones que francophones. Par contre, il n'a fait aucune référence au droit d'auteur étranger, et particulièrement au droit d'auteur allemand dans ce contexte, alors que, dans un arrêt rédigé en allemand dans lequel le Tribunal fédéral avait à examiner l'application par analogie de l'article 7 LDA à des héritiers, ce dernier s'était largement référé au droit allemand et au droit autrichien (même s'il s'en est écarté en fin de compte)²⁷.

Cet aperçu de jurisprudence portant sur les notions d'œuvre protégée et d'auteur permet ainsi de constater que les tribunaux suisses, et particulièrement le Tribunal fédéral, semblent davantage s'appuyer sur le droit d'auteur étranger, et particulièrement le droit

24. ATF 116 II 351, 353 et s.

25. ATF 116 II 351, 354.

26. TF, sic ! 2004, p. 20.

27. ATF 121 III 118.

allemand, dans les arrêts qui sont rédigés en allemand, par contraste avec les arrêts rédigés en français ou en italien. Même s'il peut être délicat de vouloir en tirer des conclusions générales dès lors que l'intérêt et l'utilité des références au droit étranger faites par les tribunaux suisses dépendent naturellement de la question juridique en cause (qui peut rappeler de manière plus ou moins impérieuse une analyse de droit comparé), il reste intéressant de relever ce qui apparaît comme une certaine différence de méthodologie juridique selon la langue de la procédure judiciaire en cause. Dans cette mesure, on peut considérer que la langue de la procédure judiciaire a un certain impact sur le droit d'auteur matériel applicable au litige concerné et n'est donc pas neutre quant à la détermination de l'existence et de la portée de la protection du droit d'auteur. Ce phénomène peut également être constaté en ce qui concerne la portée des droits exclusifs, et tout spécifiquement du droit moral.

B. Les droits exclusifs conférés (particulièrement le droit moral)

Le droit suisse ne connaissait pas de réglementation expresse du droit moral avant l'adoption de la loi de 1992²⁸. La protection était alors fondée sur le droit de la personnalité, notamment la protection de l'honneur et de la réputation, consacrée en droit civil (art. 28 du Code civil suisse), ceci ayant été jugé suffisant pour respecter le standard minimum de protection de l'art. 6^{bis} de la Convention de Berne²⁹.

La question de la mise en œuvre judiciaire de la protection du droit moral s'est posée essentiellement à propos du droit de l'intégrité de l'œuvre pour des œuvres architecturales. Dans ces affaires, le Tribunal fédéral a ainsi été amené à déterminer les droits respectifs de l'architecte et du propriétaire de l'immeuble dans l'hypothèse où ce dernier était sur le point d'être modifié par son propriétaire, et ce souvent à des fins utilitaires (notamment dans le but d'agrandir le bâtiment).

Dans une affaire rendue sous l'ancien droit³⁰, le Tribunal fédéral avait à trancher si une extension d'un bâtiment scolaire dans une petite ville proche de Zurich réalisée en 1986 violait le droit moral des architectes ayant conçu et construit le bâtiment initial en 1960.

28. Voir ATF 117 II 466 ; ATF 113 II 306.

29. ATF 96 II 420 ; ATF 113 II 311 ; ATF 117 II 466.

30. ATF 117 II 466.

Après avoir rappelé que le droit moral de l'architecte reposait sur le droit de la personnalité (art. 28 CC) et avoir constaté que ni la loi sur le droit d'auteur de l'époque (soit la loi de 1922) ni la Convention de Berne ne contenaient de disposition réglant la question du conflit entre le droit d'auteur et le droit du propriétaire d'un exemplaire de l'œuvre (notamment d'un bâtiment), le Tribunal fédéral s'est livré à une analyse systématique des sources doctrinales suisses et étrangères. Dans ce cadre, il est intéressant de relever que l'analyse de droit comparé effectuée par la Haute Cour commence par celle du droit allemand, et comprend également par la suite, mais de manière plus brève, le droit français, le droit autrichien et le droit italien³¹. On peut souligner à cet égard que les réglementations étrangères choisies pour cette analyse de droit comparé et l'ordre de présentation de celles-ci que l'on trouve dans cet arrêt n'est pas unique dès lors que le Tribunal fédéral a procédé de manière identique (soit en sélectionnant les mêmes réglementations étrangères et en les présentant dans la même chronologie) dans d'autres arrêts de principe en droit de la propriété intellectuelle. C'est précisément ce que le Tribunal fédéral a effectué dans l'arrêt ayant consacré le principe de l'épuisement national en matière de droit des brevets³².

Il est intéressant de relever qu'après avoir effectué ce panorama sélectif du droit comparé (au considérant 4 de son arrêt), le Tribunal fédéral n'a pas expressément repris comme telles les approches suivies en droit étranger, mais a au contraire développé sa propre solution nationale en se référant en particulier au principe fondamental du droit privé suisse qu'est l'interdiction de l'abus de droit (prévu à l'art. 2 al. 2 du Code civil) au considérant 5 de cet arrêt. Il a ainsi exprimé que les modifications projetées par le propriétaire d'un bâtiment devaient viser un intérêt réel et digne de protection du propriétaire et non pas être faites à des fins de nuisance de l'architecte³³. En dépit de l'élaboration de cette solution nationale par le Tribunal fédéral, on peut constater que dans ses réflexions de droit suisse (au considérant 5), le Tribunal fédéral s'est toutefois référé à une seule source doctrinale étrangère, cette source étant allemande, qu'il a directement intégrée dans son raisonnement conduit en droit suisse. Il est dès lors instructif de noter qu'après avoir procédé à une analyse de droit comparé de quatre droits étrangers, le Tribunal fédéral s'est par la suite référé au seul droit allemand dans l'élaboration de sa solution en droit suisse.

31. ATF 117 II 466, 473.

32. ATF 126 III 129, 144 et s.

33. ATF 117 II 466, 476.

Dans un litige postérieur³⁴, le Tribunal fédéral a été amené à décider si un projet d'extension d'un campus universitaire (en l'occurrence celui de l'École Polytechnique fédérale de Zurich) pouvait porter atteinte à l'intégrité du concept architectural élaboré par l'architecte (M. Albert H. Steiner) ayant conçu et réalisé le campus dans sa forme initiale. La particularité de cette affaire sous l'angle de la protection du droit à l'intégrité de l'œuvre est que l'intégrité de l'œuvre initiale n'était pas directement affectée dans la mesure où les bâtiments réalisés par l'architecte se prétendant lésé (M. Albert H. Steiner) n'étaient pas modifiés, seul leur environnement et le concept architectural global étant affecté par le projet d'extension du campus. Cet arrêt porte ainsi sur la question de la protection de l'intégrité de l'œuvre contre ce que l'on désigne comme des atteintes indirectes à celle-ci. Dans son analyse, le Tribunal fédéral s'est fondé sur la doctrine allemande pour définir la notion d'atteinte indirecte à l'intégrité de l'œuvre et pour définir la portée de la protection contre de telles atteintes³⁵. Toutefois, cette intégration des enseignements et réflexions du droit d'auteur allemand n'a pas empêché le Tribunal fédéral de développer sa propre solution et de se distancier ainsi des solutions élaborées en droit d'auteur allemand en vertu desquelles la protection du droit d'auteur de l'architecte est très forte. Ainsi, le Tribunal fédéral a-t-il adopté une approche plus pondérée des intérêts en présence qui est moins favorable aux intérêts des architectes en décidant que le droit du propriétaire de l'immeuble doit lui permettre de modifier son bâtiment sous réserve de modifications qui seraient jugées contraires aux bonnes mœurs, le raisonnement étant fondé sur le respect de principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse, soit la responsabilité délictuelle résultant de la commission d'actes contraires aux bonnes mœurs (résultant de l'art. 41 al. 2 CO)³⁶.

On constate ainsi que le Tribunal fédéral intègre dans ses réflexions certains concepts et principes adoptés en droit d'auteur allemand, mais qu'il ne se les approprie pas entièrement dans la mesure où, en fin de compte, il s'en détache pour appliquer des principes fondamentaux du droit privé suisse (soit l'interdiction de l'abus de droit ou l'interdiction d'agir contrairement aux bonnes mœurs).

Toutefois, il est intéressant de relever que, dans sa jurisprudence ultérieure, le Tribunal fédéral s'est parfois référé à la notion d'atteinte indirecte en citant simplement sa propre jurisprudence,

34. ATF 120 II 65.

35. ATF 120 II 65, 67

36. ATF 120 II 65, 69 et s.

qui avait elle-même introduit le concept d'atteinte indirecte en se fondant sur la doctrine du droit d'auteur allemand³⁷. On constate ainsi que le concept d'atteinte indirecte à l'intégrité de l'œuvre qui trouve son origine en droit allemand a fait l'objet d'une réception progressive en droit suisse par la jurisprudence et également par une partie de la doctrine³⁸.

On peut ainsi constater un certain phénomène d'absorption de concepts du droit d'auteur allemand et de la terminologie juridique du droit d'auteur allemand (soit la notion d'atteinte indirecte) dans cette lignée d'arrêts du Tribunal fédéral qui ont été rendus en allemand à propos du droit à l'intégrité de l'œuvre et de la pondération des intérêts entre ceux des architectes et ceux des propriétaires des immeubles conçus et construits par ces derniers.

C. Les exceptions et limites aux droits exclusifs

Dans sa jurisprudence récente³⁹, le Tribunal fédéral a confirmé l'impact du droit d'auteur étranger et particulièrement du droit d'auteur allemand sur l'interprétation de la portée du droit d'auteur suisse, ceci tout spécifiquement pour ce qui concerne le droit de citation de l'article 25 LDA. Ainsi, le Tribunal fédéral s'est-il référé à des sources doctrinales allemandes pour expliciter le contenu et la portée de l'exception de citation du droit suisse, ces sources étant les uniques sources de droit étranger citées par le Tribunal fédéral dans cet arrêt (qui est le seul à avoir été rendu à propos de l'art. 25 LDA à l'heure actuelle).

Il est néanmoins important de souligner que cette référence privilégiée au droit allemand ne s'opère pas sans limites. En effet, le Tribunal fédéral ne va pas jusqu'à risquer de porter atteinte à l'équilibre délicat entre droits constitutionnels qui peut surgir à propos de l'application de l'exception de citation qui met aux prises le droit de propriété d'une part (protégé par la garantie constitutionnelle de propriété consacrée à l'art. 26 al. 1 de la Constitution fédérale de 1999) et la liberté d'expression et d'information et la liberté des médias (respectivement consacrées aux art. 16 et 17 de la Constitution fédérale)

37. Voir TF, 4C.154/1996, sic ! 1997, p. 381.

38. Le Tribunal fédéral s'est également référé à la doctrine suisse à propos des atteintes indirectes, voir ATF 131 III 480, 492 et s. (et notamment à la thèse de l'auteur du présent rapport, Jacques DE WERRA, *Le droit à l'intégrité de l'œuvre*, thèse Lausanne, Zurich, 1997).

39. ATF 131 III 480, 488.

d'autre part. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a refusé tout pouvoir aux tribunaux de créer une nouvelle exception au droit d'auteur qui découlerait directement de la liberté constitutionnelle d'expression et d'information, faute de base légale expresse⁴⁰. Au-delà de cette thématique spécifique, on constate plus généralement que le Tribunal fédéral est très sensible au respect du principe de la séparation des pouvoirs, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre judiciairement des principes juridiques de droit étranger en l'absence de base légale expresse même s'ils sont reconnus par les Etats voisins, et notamment par le droit de l'Union européenne. C'est ce qu'il a jugé à propos du principe du doublement des redevances qui auraient été dues en cas de violation du droit d'auteur (en référence au droit allemand)⁴¹ ainsi que des modalités de calcul du préjudice subi suite à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle (en l'occurrence il s'agissait d'un brevet) en référence à la méthode de l'analogie avec la licence (*Lizenzanalogie*), méthode nouvellement reconnue par le droit européen (soit par la directive 2004/48) que le Tribunal fédéral a également refusé d'appliquer en invitant le législateur à créer une base légale expresse si cela était souhaité⁴².

Dans une affaire francophone, le Tribunal fédéral a été amené à se pencher sur l'existence et l'étendue de la protection du droit d'auteur en cas de reprise de certains éléments d'une œuvre antérieure. Il s'agissait d'un litige opposant des architectes établis à Genève, le demandeur reprochant au défendeur d'avoir repris des éléments protégés du concept architectural qu'il avait élaboré pour un lotissement en banlieue genevoise. Le cœur de cet arrêt consiste dans la délimitation faite par le Tribunal fédéral entre les notions juridiques distinctes de l'œuvre dérivée d'une part et de la libre utilisation (*freie Benutzung*) d'autre part. Alors que l'œuvre dérivée (au sens de l'art. 3 LDA) consiste dans la création d'une œuvre nouvelle dans laquelle transparait l'œuvre préexistante, la libre utilisation vise l'hypothèse dans laquelle les emprunts à l'œuvre préexistante sont si modestes qu'ils s'effacent devant l'individualité de l'œuvre nouvelle et dans laquelle les éléments individuels de l'œuvre préexistante passent à l'arrière plan de la nouvelle création. L'intérêt de cet arrêt dans le contexte de la présente contribution est que le Tribunal fédéral ne se réfère à aucune source de droit étranger et particulièrement de droit allemand, mais se limite au contraire à citer des auteurs doctrinaux suisses (essentiellement francophones) alors que

40. ATF 131 III 492.

41. ATF 122 III 463, 467.

42. ATF 132 III 379, 386.

le principe et la théorie de la libre utilisation (« freie Benutzung ») est essentiellement d'origine allemande, comme cela avait été présenté et discuté dans une jurisprudence (en allemand) rendue sous l'ancienne loi sur le droit d'auteur dans les années soixante⁴³.

On peut ainsi relever que cet arrêt rédigé en français se fonde essentiellement sur des sources (notamment doctrinales) suisses pour justifier le raisonnement suivi, alors que d'autres arrêts du Tribunal fédéral rédigés en allemand semblent révéler une propension plus grande à s'inspirer du droit étranger et particulièrement du droit allemand dans le cadre de l'interprétation et de l'application du droit d'auteur suisse.

En dépit de la référence privilégiée faite au droit allemand dans les arrêts rédigés en allemand, il serait erroné de penser que le droit d'auteur allemand exerce une influence systématique sur le droit d'auteur suisse dans le cadre de l'interprétation de notions juridiques laissées floues dans la loi.

En effet, dans plusieurs arrêts de principe portant sur l'interprétation de certaines dispositions de la loi sur le droit d'auteur suisse relatives aux limites de la protection, le Tribunal fédéral n'a pas donné de poids particulier à la doctrine et à la jurisprudence allemandes, préférant se limiter à l'exégèse et à l'analyse des sources doctrinales nationales (parfois nombreuses) tant germanophones que francophones, comme le démontrent les arrêts suivants.

C'est en particulier cette approche qui a été suivie dans un arrêt capital portant sur la détermination du régime d'épuisement applicable en droit d'auteur suisse⁴⁴. A teneur de l'article 12 al. 1 LDA, « [l]es exemplaires de l'œuvre qui ont été aliénés par l'auteur ou avec son consentement peuvent l'être à nouveau ou, de quelque autre manière, être mis en circulation ». Cette disposition ne précise pas quel régime d'épuisement est applicable en droit suisse entre l'épuisement national et l'épuisement international. Sur cette base, le Tribunal fédéral a été appelé à clarifier la portée de cette disposition dans une affaire concernant l'importation parallèle de jeux vidéos (Donkey Kong Land pour Game Boy). La Haute Cour s'est ainsi livrée à une interprétation de l'article 12 al. 1 LDA sur la base des méthodes traditionnelles d'interprétation applicables en droit suisse, soit

43. ATF 85 II 120, 129.

44. ATF 124 III 321.

l'interprétation grammaticale (ou littérale), l'interprétation historique, l'interprétation systématique et enfin l'interprétation téléologique⁴⁵, pour arriver à la conclusion que le droit d'auteur suisse consacre le principe de l'épuisement international. Il est intéressant de relever que le Tribunal fédéral ne s'est pas livré à une analyse des différentes versions linguistiques officielles de la disposition légale à interpréter (soit l'art. 12 al. 1 LDA), ceci étant certainement dû à l'absence de différence de portée entre celles-ci.

Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral, dans un litige ayant éclaté à Genève et donc dans un arrêt rédigé en français, avait à déterminer la portée de l'exception au droit d'auteur consacrée à l'art. 26 LDA. Selon cette disposition, « dans les catalogues édités par l'administration d'une collection accessible au public, il est licite de reproduire des œuvres se trouvant dans cette collection [...]. » Le Musée d'Art et d'Histoire de Genève avait édité des catalogues d'une exposition temporaire de peinture de l'après-guerre organisée en ses murs et avait refusé de s'acquitter de quelconques redevances pour l'usage fait des œuvres picturales concernées auprès de la société de gestion des droits d'auteur compétente (soit ProLitteris) qui avait requis un tel paiement. Le Tribunal fédéral avait ainsi à trancher si l'art. 26 LDA s'appliquait également aux catalogues d'expositions temporaires, et non pas seulement aux expositions permanentes, ce qu'il a admis après avoir procédé à une interprétation historique de cette disposition et après avoir constaté que le Parlement avait supprimé l'exigence que la collection soit permanente. Le Tribunal fédéral ne s'est toutefois pas livré à un examen détaillé des réglementations étrangères, et a au contraire relevé que « le fait que plusieurs Etats européens, dans leurs législations, ne reconnaissent pas aux musées le droit de reproduire des œuvres protégées dans leurs catalogues sans autorisation et sans payer de redevances, demeure sans effet sur le droit suisse, et en particulier sur l'interprétation de l'art. 26 LDA »⁴⁶.

Enfin, dans un arrêt tout récent⁴⁷, le Tribunal fédéral était invité à déterminer si la notion d'œuvres audiovisuelles utilisée à l'article 12 al. 1^{bis} LDA comprenait les jeux vidéos et les jeux informatiques. Cette question était importante pour déterminer le régime d'épuisement applicable aux œuvres concernées, la loi ayant introduit un régime plus protecteur en faveur des titulaires de droits sur

45. ATF 124 III 321, 324 et s.

46. ATF 127 III 26, 32.

47. ATF 133 III 273.

des « œuvres audiovisuelles », les importations parallèles pour ce type d'œuvres n'étant possible qu'après que l'œuvre concernée ait été dûment exploitée en salles de cinéma. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral ne s'est pas non plus référé à des sources doctrinales étrangères, et particulièrement à des sources allemandes, mais a au contraire conduit son analyse juridique en appliquant les principes d'interprétation des normes ordinairement applicables en droit suisse. Il n'a pas non plus cité les différentes versions linguistiques de la norme concernée afin de déceler d'éventuelles différences permettant d'en tirer quelque conclusion. Constatant une contradiction entre l'interprétation littérale de la norme (sur le fondement de laquelle la notion d'œuvre audiovisuelle est plus large que celle de film) et les interprétations historiques et téléologiques, le Tribunal fédéral a retenu que l'article 12 al.1^{bis} LDA ne s'applique qu'aux films et pas aux jeux vidéos ni aux jeux informatiques.

Il ressort ainsi de ces jurisprudences récentes du Tribunal fédéral que la résolution de questions d'interprétation de la loi suisse sur le droit d'auteur ne repose pas nécessairement sur des réflexions de droit comparé conduites par les autorités judiciaires et ne requiert dès lors pas la reprise de concepts juridiques de droit étranger ni leur réception en droit suisse.

III. La langue et la gestion collective des droits d'auteur et droits voisins en Suisse

En Suisse comme ailleurs, la gestion collective des droits d'auteur (et des droits voisins) s'est imposée pratiquement dans nombre de domaines artistiques (notamment pour la musique) comme le mode le plus efficace et rationnel de gestion des droits face à la multiplication des utilisations faites des œuvres. La gestion collective a d'ailleurs parfois été réglementairement imposée pour la gestion de certains droits d'auteur et droits voisins dans le même objectif de créer un système de gestion efficace des droits. La question de la gestion collective des droits soulève toutefois certaines questions particulières en lien avec le sujet analysé dans le cadre de la présente contribution sur lesquelles nous nous concentrerons ici.

A. Conflits de compétence entre sociétés de gestion collective selon la langue des œuvres concernées

Une affaire intéressante a mis aux prises deux sociétés suisses de gestion collective des droits dans les circonstances suivantes.

La première société de gestion, soit la Société Suisse des Auteurs (« SSA ») s'était vu octroyer par l'autorité officielle compétente (soit ce qui correspond aujourd'hui à l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle, « IPI ») et selon la procédure ordinaire d'approbation une autorisation de gestion des droits dans le domaine des œuvres dramatiques et dramaticomusicales par décision du 5 août 1993. Ce même jour, l'autre société de gestion, Suissimage, société suisse pour la gestion des droits d'auteurs d'œuvres audiovisuelles, a obtenu une autorisation de gestion pour les œuvres visuelles et audiovisuelles. Par décision du 22 mai 1996, l'IPI a étendu l'autorisation accordée à la SSA aux œuvres audiovisuelles dont la version originale était en langue française. Ce faisant, cette décision a créé un conflit entre les deux sociétés de gestion concernées dès lors qu'elles étaient toutes deux au bénéfice d'une autorisation de gestion pour la même catégorie d'œuvres. Or, l'article 42 al. 2 LDA prévoit qu'en règle générale il ne sera accordé d'autorisation qu'à une société par catégorie d'œuvres et à une société pour les droits voisins (l'art. 42 énumérant les différentes conditions nécessaires à la délivrance d'une autorisation de gestion de droits d'auteur ou de droits voisins par les autorités)⁴⁸.

Ce litige entre la SSA et Suissimage a donné lieu à une procédure judiciaire qui est montée jusqu'au Tribunal fédéral, ce dernier ne s'étant toutefois prononcé que sur des questions procédurales, soit en particulier sur la question de l'octroi respectivement du refus de l'effet suspensif au recours formé contre la décision querellée d'autorisation de gestion prise par l'IPI. Toutefois, bien que la procédure n'ait pas porté sur le fond du litige, l'arrêt du Tribunal fédéral comporte des développements intéressants sur les motifs pouvant permettre une dérogation à la règle selon laquelle une seule société de gestion devrait être en charge de la gestion d'un type donné d'œuvres. Ainsi, comme le souligne le Tribunal fédéral, « l'art. 42 al. 2 LDA exprime clairement le souhait d'un regroupement aussi fort que possible dans le domaine de la gestion collective des droits ; il devrait

48. « Les autorisations ne sont accordées qu'aux sociétés de gestion :

- a. qui ont été constituées selon le droit suisse et ont leur siège et leur direction en Suisse ;
- b. qui ont pour but principal la gestion de droits d'auteur ou de droits voisins ;
- c. qui sont accessibles à tous les titulaires de tels droits ;
- d. qui concèdent aux auteurs et aux artistes interprètes un droit de participation approprié aux décisions de la société ;
- e. qui offrent, notamment de par leurs statuts, toute garantie quant au respect des dispositions légales ;
- f. dont on peut escompter une gestion efficace et économique ».

permettre de prévenir un émiettement [...]. L'idéal serait d'avoir une seule société de gestion. [...], la coexistence de plusieurs sociétés de gestion débouche en effet régulièrement sur de graves conflits juridiques [...] »⁴⁹. Toutefois, comme le relève également le Tribunal fédéral dans cet arrêt, « il peut être fait exception au principe de l'autorisation unique lorsqu'il s'agit, notamment, de sauvegarder la volonté d'une minorité culturelle et linguistique. En l'espèce, cette volonté est celle de la minorité francophone »⁵⁰.

Par la suite, les parties ont trouvé un accord amiable qui a ainsi mis un terme au litige qui les opposait de sorte qu'aucune réponse décision n'a été rendue par le Tribunal fédéral sur le fond du litige.

Ce litige est néanmoins très instructif dans le contexte de la présente contribution dès lors qu'il permet de constater que la question de la langue peut également surgir à propos de la mise en place d'un système de gestion collective des droits d'auteur et droits voisins. Il est capital de souligner à cet égard que l'existence ou non d'une société de gestion pour une minorité linguistique peut avoir un certain impact sur le soutien aux artistes et créateurs locaux dans la mesure où les sociétés de gestion prévoient souvent le versement de certains subsides en faveur de la production artistique locale et le soutien à des créateurs en difficulté financière, ces activités étant financées grâce aux redevances de la gestion collective perçues par ces sociétés auprès des tiers utilisateurs des œuvres concernées⁵¹. Or, si de telles sociétés locales venaient à disparaître, la créativité locale pourrait potentiellement être menacée. On est ainsi en présence d'un conflit classique à propos de la gestion collective entre d'une part la rationalité économique qui plaide pour la reconnaissance d'une seule société par catégorie d'œuvres et d'autre part la promotion des activités créatrices locales qui peut justifier de maintenir différentes sociétés de gestion pour les mêmes catégories d'œuvres, ce afin de soutenir et de stimuler la production artistique locale. Ceci n'est pas sans rappeler la problématique délicate de la gestion multiterritoriale des droits d'auteur particulièrement dans l'environnement numérique qui est vivement débattue au sein de l'Union européenne à l'heure actuelle, dans l'attente d'une décision à venir prochainement des

49. TF, sic ! 1997, p. 327, p. 331.

50. *Ibid.*

51. Voir par exemple le Fonds culturel de la Société Suisse des Auteurs qui « est alimenté par un prélèvement sur les redevances de droits d'auteur encaissées dans l'année. L'importance de cette attribution (pourcentage) est fixée chaque année par l'Assemblée générale » (<<http://www.ssa.ch/portrait/culturel/fonctionnementfds.html>>).

autorités judiciaires européennes à ce propos, étant relevé que les autorités européennes de la concurrence ont naturellement adopté une approche rationaliste de la question, qui se heurte (tout aussi logiquement) à l'opposition véhémement des milieux artistiques et des organismes de gestion collective⁵².

B. Répartition des redevances selon la langue

Les méthodes de répartition des redevances perçues par les sociétés de gestion collective sont relativement complexes, en Suisse tout comme à l'étranger, sans qu'il ne paraisse ni nécessaire ni utile de les analyser de manière approfondie si ce n'est sous l'angle de la thématique qui nous intéresse ici.

Sur le plan du principe, la loi énonce différentes règles de répartition des redevances parmi lesquelles ne figure pas le facteur de la langue dans laquelle l'œuvre a été créée. Ainsi, les sociétés de gestion sont-elles tenues d'établir un règlement de répartition du produit de la gestion et de le soumettre à l'approbation de l'autorité de surveillance, soit à l'IPI (art. 48 al. 1 LDA). Elles doivent en outre « répartir le produit de leur gestion proportionnellement au rendement de chaque œuvre et de chaque prestation » (art. 49 al. 1 LDA).

Les sociétés de gestion sont toutefois en mesure de prévoir un mécanisme de répartition qui prenne en compte la question linguistique dans l'allocation des montants dus aux ayants droit.

Ainsi, à titre d'exemple, la SSA gère les droits d'émission des auteurs et est ainsi en droit d'autoriser les radios et les télévisions à diffuser les œuvres figurant dans son répertoire et de percevoir les rémunérations auprès des diffuseurs sur la base de conventions négociées et de les répartir entre les ayants droit en appliquant un règlement de répartition spécifique⁵³.

Dans ce cadre, la SSA a conclu un contrat général avec l'ensemble des radiodiffuseurs publics suisses (SRG SSR idée suisse). Selon cet accord, les droits d'émission sont perçus sur le fonde-

52. Sur cette question, voir notre article : Jacques DE WERRA, « What Legal Framework for Promoting the Cross-Border Flow of Intellectual Assets (Trade Secrets and Music) ? A View from Europe towards Asia (China and Japan) », (2009) *I.P.Q.* 27, en particulier p. 39 et s., accessible à : <<http://archive-ouverte.unige.ch/vital/access/manager/Repository/unige:1286?query=de+werra>>.

53. <http://www.ssa.ch/_library/auteur/pdf/audiovisuel/AUT_audio_role_chemission.pdf>.

ment d'indemnités déterminées par application de tarifs minutaires. Comme l'expose la SSA, « ces tarifs minutaires diffèrent d'une région linguistique à l'autre ; les taux applicables s'échelonnent dans un ordre dégressif, de la Suisse allemande à la Suisse rétho-romanche »⁵⁴. Toutefois, « lors de la répartition des droits d'émission, la SSA procède à un rééquilibrage des indemnités revenant aux auteurs et applique à chaque ayant droit un tarif minotaire identique, quelle que soit la région de diffusion »⁵⁵.

Il est important de relever que « (1) a SSA considère en effet que pour une même œuvre, l'auteur qui écrit en italien a droit à la même rémunération que l'auteur qui crée en langue allemande »⁵⁶.

On constate ainsi que même si la langue dans laquelle une œuvre a été créée va naturellement avoir un impact sur le public potentiel auquel cette œuvre peut être destinée (la diffusion des œuvres créées dans des langues minoritaires atteignant généralement le public moins nombreux qui est localisé dans les régions linguistiques concernées), des mesures peuvent être prises par les sociétés de gestion afin de rééquilibrer la répartition des redevances (comme le fait la SSA), ce afin de garantir une certaine égalité de traitement entre les ayants droit quelle que soit la langue dans laquelle l'œuvre a été créée.

IV. Conclusion

En arrivant au terme de cette contribution, force est d'admettre que l'analyse de l'impact de la langue sur la protection du droit d'auteur suisse qui a été menée ne conduit pas à des révélations fracassantes. Ainsi, ne décèle-t-on pas dans les différentes versions linguistiques de la loi sur le droit d'auteur ni dans l'interprétation faite de celles-ci par les tribunaux suisses de différences majeures qui refléteraient des divergences conceptuelles voire culturelles de la fonction juridique et sociale du droit d'auteur selon la tradition linguistique concernée, ce qui est naturellement positif dans un Etat de droit.

Ceci ne constitue dès lors pas une véritable surprise sachant le soin apporté par les autorités législatives et judiciaires suisses à

54. <http://www.ssa.ch/_library/auteur/pdf/audiovisuel/AUT_audio_role_chemission.pdf>, p. 2.

55. *Ibid.*

56. *Ibid.*

mettre en œuvre les réglementations adoptées (tout particulièrement les lois fédérales) de manière uniforme mais dans le respect du plurilinguisme qui fait la force et la particularité de la Suisse.

En dépit de ce constat, on doit toutefois constater que la langue paraît néanmoins exercer une certaine influence sur le développement du droit d'auteur suisse dans la mesure où, selon la langue de la procédure, les autorités judiciaires (et particulièrement le Tribunal fédéral) se réfèrent plus ou moins largement aux enseignements du droit d'auteur étranger, et particulièrement à ceux du droit d'auteur allemand.

Comme révélé dans cette contribution, c'est en effet essentiellement la jurisprudence rendue en allemand qui fait référence de manière détaillée aux sources germanophones de droit étranger⁵⁷, alors que les arrêts – beaucoup moins nombreux – rédigés en français ou en italien se cantonnent généralement à une analyse des sources doctrinales et jurisprudentielles nationales (soit de droit suisse). Ainsi peut-on remarquer des références faites de manière naturelle et pervasive au droit d'auteur allemand à propos de certains concepts clés du droit d'auteur (p. ex. la notion d'auteur, l'étendue de la protection du droit à l'intégrité, de l'exception de citation).

Il en ressort que la langue n'est assurément pas neutre dans ce processus de réception du droit d'auteur étranger, soit spécifiquement du droit d'auteur allemand, en droit d'auteur suisse.

On peut dès lors admettre que le droit d'auteur étranger et particulièrement le droit allemand exercent une certaine influence sur le droit d'auteur suisse. Cette influence ne constitue pas non plus une surprise majeure sachant la proximité et l'impact du droit allemand sur l'ensemble du droit suisse, ceci se marquant également en matière de droit d'auteur⁵⁸. Sur cette base, il n'est pas étonnant que le droit allemand occupe une place de choix dans le système du droit d'auteur suisse et qu'il a ainsi contribué à influencer la jurisprudence suisse rendue dans ce domaine.

57. Même si certains arrêts rédigés en français y procèdent également, voir p. ex. ATF 119 II 51 (concernant une affaire relative à la retransmission d'émissions télévisées dans les chambres d'un hôtel à Genève).

58. Ou peut-être tout spécialement en matière de droit d'auteur, sachant que nombre de professeurs très familiers du droit allemand ont enseigné dans des universités suisses, ceci valant tout particulièrement pour le Professeur Manfred REHBINDER, qui est l'auteur d'ouvrages de référence de droit d'auteur en droit suisse (*Schweizerisches Urheberrecht*, 3^e éd., Berne, Stämpfli, 2000 et en droit allemand (*Urheberrecht. Ein Studienbuch*, 15^e éd., Munich, Beck, 2008).

On peut à ce propos se demander si les références plus nombreuses faites au droit d'auteur étranger, et particulièrement au droit d'auteur allemand, sont dues aux tribunaux eux-mêmes ou sont au contraire le fait des plaideurs dans ces affaires, les tribunaux se limitant essentiellement à reprendre, cas échéant, à approfondir et affiner les recherches juridiques effectuées par les conseils de parties.

A cet égard, on peut se demander dans quelle mesure les tribunaux sont réactifs (même s'ils doivent appliquer le principe du *jura novit curia*), dès lors qu'ils n'ont pas d'obligation de conduire des analyses de droit comparé, sauf évidemment si le droit étranger est le droit applicable en vertu des règles de droit international privé. D'ailleurs, dans un tel cas, même si le droit étranger est établi d'office par les juridictions suisses qui sont saisies du litige, la coopération des parties peut être requise et les parties peuvent même être tenues de prouver le contenu du droit étranger dans les affaires patrimoniales à tout le moins selon les règles du droit international privé suisse⁵⁹. Ainsi peut-on se demander dans quelle mesure les juridictions saisies, et particulièrement le Tribunal fédéral, procéderont spontanément à une analyse approfondie de droit comparé si les parties au litige (soit pour elles leurs conseillers juridiques) n'ont pas elles-mêmes préalablement développé une telle argumentation dans le cadre de la procédure écrite (soit dans leurs mémoires judiciaires) en invoquant l'application par analogie de raisonnements conduits en droit étranger (particulièrement en droit allemand). Dans cette mesure, il n'est pas exclu de considérer que la différence d'approche qui semble ressortir de la jurisprudence selon que l'arrêt concerné a été rédigé en allemand ou dans une autre langue officielle puisse avoir son origine dans le degré de sophistication et de spécialisation juridique des mandataires ayant plaidé les dossiers concernés devant les instances judiciaires en cause (ceci ne pouvant toutefois pas être vérifié faute de pouvoir accéder aux mémoires judiciaires soumis par les parties dans les procédures).

Force est de constater à cet égard que le degré de compétence des tribunaux cantonaux en matière de litiges relatifs à la propriété intellectuelle est assez variable (chaque canton devant actuellement désigner un tribunal ayant la compétence de trancher les litiges de propriété intellectuelle, ce tribunal ne devant pas être un tribunal

59. Art. 16 al. 1 de la loi fédérale sur le droit international privé (RS 291) : « Le contenu du droit étranger est établi d'office. A cet effet, la collaboration des parties peut être requise. En matière patrimoniale, la preuve peut être mise à la charge des parties ».

spécialisé au contraire de juridictions spécialisées en matière de baux et loyers ou de litiges relevant du droit du travail soumis aux juridictions prudhommales). Certes, ceci ne sera plus le cas dans tous les domaines de la propriété intellectuelle compte tenu de la création prochaine d'un Tribunal fédéral des brevets, une loi instituant un tel Tribunal ayant été adoptée par le Parlement suisse le 20 mars 2009 visant à instituer une instance fédérale unique pour les litiges civils en matière de brevets⁶⁰.

A l'heure actuelle, on doit donc relever que le cœur de la propriété intellectuelle suisse bat assurément en Suisse allemande quelque part entre Zurich et Bâle de sorte que les litiges éclatent fréquemment devant les autorités judiciaires de ces cantons, ce qui signifie que les procédures ont lieu en allemand et que, partant, la langue de la procédure devant le Tribunal fédéral sera également l'allemand⁶¹ et que ceci continuera à être le cas à l'avenir en tout cas en matière de droit d'auteur, faute de création d'une instance juridictionnelle unique pour ces litiges (à la différence des litiges en droit des brevets qui seront soumis au Tribunal fédéral des brevets). Sans avoir procédé à une analyse statistique de la langue des arrêts du Tribunal fédéral publiés en matière de propriété intellectuelle en général et plus spécialement de droit d'auteur, il y a fort à parier que la proportion d'arrêts de propriété intellectuelle (et spécialement du droit d'auteur) qui sont rendus en allemand est supérieure aux proportions respectives des communautés linguistiques existant en Suisse, ce qui signifierait effectivement que les litiges de propriété intellectuelle font essentiellement l'objet de procédures judiciaires en Suisse allemande.

Peut-on dès lors conclure de la prépondérance *quantitative* de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en langue allemande sur les questions importantes du droit d'auteur suisse à une prépon-

60. Le texte de la loi sur le Tribunal fédéral des brevets (LTFB) dont la date d'entrée en vigueur n'a pas encore été fixée est accessible à : <<http://www.admin.ch/ch/f/ff/2009/1735.pdf>>. On notera à propos de la langue de la procédure l'approche moderne et flexible de l'art. 36 LTFB qui prévoit que :

« 1 Le tribunal désigne une des langues officielles comme langue de la procédure. Il tient compte de la langue des parties s'il s'agit d'une langue officielle.

2 Chaque partie peut utiliser une langue officielle autre que celle de la procédure pour les actes de procédure et lors des débats.

3 L'anglais peut être utilisé avec l'accord du tribunal et des parties. Les jugements et les décisions relatives à la procédure sont toujours rédigés dans une langue officielle ».

61. Cette constatation ne devant pas être comprise comme une admission de la possibilité d'un « forum shopping » en Suisse, ce qui n'est pas le cas.

dérance *qualitative* de la pensée juridique germanophone sur l'évolution du droit d'auteur suisse ? La question est ouverte, même si l'on a pu constater sur la base des jurisprudences examinées que le Tribunal fédéral semble enclin à assimiler des concepts juridiques et des réflexions juridiques provenant du droit d'auteur allemand plus que de toute autre culture juridique de droit d'auteur étrangère.

Quoi qu'il en soit, mais certes de manière quelque peu provocatrice, on peut se demander dans quelle mesure l'influence de l'allemand et du droit d'auteur allemand est susceptible de diminuer face à l'anglais et face à la culture du *copyright*, sachant que certains considèrent déjà que l'anglais est la quatrième langue officielle de la Suisse⁶², l'anglais étant déjà la langue de référence dans un certain nombre de traités bilatéraux conclus par la Suisse avec des Etats étrangers, qui concernent en particulier la protection des investissements⁶³ et la double imposition (ce type de traités concernant fréquemment des questions de royalties et donc aussi de droit d'auteur)⁶⁴, cette langue pouvant également être choisie dans les litiges qui seront soumis au Tribunal fédéral des brevets⁶⁵.

62. Max BAUMANN, « Die Amtssprachen des Bundes sind Deutsch, Französisch, Italienisch und Englisch », (2005) 101 *R.S.J.* 34.

63. Voir p. ex. le récent *Accord entre la Confédération suisse et le Royaume d'Arabie saoudite concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements* entré en vigueur le 9 août 2008 (RS 0.975.214.9) définissant le terme d'« investissements » à son art. 1 (d) comme incluant « les droits de propriété intellectuelle, comprenant notamment, mais non exclusivement, les droits d'auteur, les brevets, les dessins ou modèles industriels, le savoir-faire, les marques de fabrique ou de commerce, les secrets de fabrication et d'affaires, les noms commerciaux et la clientèle » et indiquant à son art. 12 qu'en cas de divergence entre les versions arabe, française et anglaise faisant également foi de l'Accord, le texte anglais prévaudra.

64. Voir p. ex. la *Convention entre la Suisse et le Japon en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu* (RS 0.672.946.31) prévoyant à son art. 28 qu'« en cas d'interprétation différente des textes allemand et japonais, le texte anglais prévaut » (l'art. 12 relatif aux « redevances » définit celles-ci de la manière suivante : « rémunérations de toute nature payées pour l'usage ou la concession de l'usage d'un droit d'auteur sur une œuvre littéraire, artistique ou scientifique, y compris les films cinématographiques et les films ou les enregistrements magnétiques conçus pour la télévision ou la radio [...] » (art. 12, al. 3).

65. Voir l'art. 36, al. 3 LTFB (précité à la note 60) qui dispose que « L'anglais peut être utilisé avec l'accord du tribunal et des parties. Les jugements et les décisions relatives la procédure sont toujours rédigés dans une langue officielle ».