

Les documents protégés par le droit d'auteur et le principe de la transparence de l'activité administrative, sous l'angle du droit de reprographie

Avis de droit donné à l'Office fédéral de la justice, Berne

par Denis Barrelet, professeur aux Universités de Neuchâtel et Fribourg, Detligen

I. Remarques introductives

Selon l'avant-projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration (AP LTrans), toute personne a notamment le droit de consulter les documents officiels (art. 4 al. 1^{er}). La consultation peut se faire sur place ou par l'obtention d'une copie (al. 2). On entend par document officiel toute information détenue par une autorité dont elle émane ou à qui elle a été communiquée et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique, quel que soit le support sur laquelle elle a été enregistrée (art. 3 al. 1^{er}). La notion comprend donc aussi bien les documents rédigés à l'intérieur de l'administration ou sur commande de celle-ci par un tiers, que les documents émanant directement de tiers.¹

Seuls les documents protégés par le droit d'auteur, c'est-à-dire les œuvres au sens de l'art. 2 LDA, nous retiendront ici. Pour les documents n'ayant pas le minimum d'originalité requis, telles les brèves lettres, les formules standard, les réponses aux questionnaires, le droit d'auteur n'intervient pas et ne peut donc pas entrer en conflit avec la loi sur la transparence.

Si l'avant-projet limitait la consultation à la lecture du document sur place, dans les bureaux de l'administration, n'y aurait-il aucun problème sous l'angle du droit d'auteur? Nous n'en sommes pas sûr. Certes, la lecture d'un document n'est pas une utilisation protégée au sens de l'art. 10 de la loi sur le droit d'auteur (LDA). Mais la lecture par un nombre indéterminé de personnes a pour effet de faire perdre à

¹ Rapport explicatif à l'appui du projet mis en consultation, Berne 2000, ch. 213.13.

l'auteur la maîtrise du cercle admis à prendre connaissance de son œuvre. L'œuvre est exposée aux yeux de tous. Autrement dit: elle doit être considérée comme divulguée.²

Mais si le problème du droit d'auteur a attiré l'attention en l'occurrence, c'est que l'avant-projet prévoit, en plus de la consultation, la possibilité, sur demande, d'obtenir une copie. Or, en vertu de l'art. 10 al. 2 let. a LDA, la confection d'une copie, même unique, est réservée à l'auteur. A première vue, l'avant-projet pénètre ainsi dans le domaine des compétences patrimoniales de l'auteur. Nous nous concentrerons dans les développements qui vont suivre sur cette question de la copie, tout en signalant que si des problèmes sont identifiés en rapport avec la non publication de l'œuvre, ceux-ci ne pourraient être résolus uniquement par une réglementation du droit de réaliser des copies. La simple consultation de l'œuvre aussi devrait être considérée comme problématique.

Dans la mesure où on a affaire à un document confectionné par l'administration elle-même, la situation est relativement simple. Ou bien le document est un texte légal, une décision, un procès-verbal ou un rapport émanant d'une autorité ou d'une administration publique, et il ne s'agit pas d'une œuvre protégée selon le droit d'auteur (art. 5 al. 1^{er} let. a et c LDA). Ou bien il s'agit d'un autre texte, et on appliquera la théorie dite de la finalité.³ On considérera que l'auteur a cédé à l'Etat tous les droits nécessaires pour permettre à l'œuvre de faciliter les tâches de l'Etat, parmi lesquelles figurent l'utilisation du document en accord avec le principe de la transparence de l'administration. L'Etat pourra donc autoriser toutes les copies souhaitées, sous réserve du droit moral de l'auteur, plus précisément du droit à la paternité et du droit à l'intégrité de l'œuvre (art. 9 al. 1^{er} et 11 al. 1^{er} let. a).

Pour les documents en mains de l'administration, mais émanant de tiers, la situation est plus complexe. On peut distinguer cinq cas de figure:

1. Le document a été commandé par l'administration à un tiers. Exemple: la commande d'une expertise. Dans ce cas, il y a entre l'administration et le tiers un contrat. Si ce dernier ne règle pas le transfert des droits d'auteur, on appliquera la théorie de la finalité. On pourra considérer que les parties sont tombées d'accord pour que le texte en question aide l'Etat dans l'accomplissement de ses tâches, ce qui suppose que l'Etat puisse en assurer la diffusion comme bon lui semble.
2. Le document a été transmis à l'administration par l'auteur, après que celui-ci eut reçu la garantie que le contenu du document resterait confidentiel. Exemple: remise d'un document contenant des informations confidentielles utiles à l'Etat pour apprécier une situation, mais que l'auteur n'était pas obligé de livrer. Dans ce cas, l'Etat devra respecter ses engagements. C'est ce que prévoit d'ailleurs

² Sur les conditions de la divulgation: F. DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, n° 203 ss.

³ Sur cette notion, cf. R. VON BÜREN, Der Urheber, in SIWR II/1, Bâle 1995, p. 149 ss.

l'art. 5 al. 3 let. c AP LTrans, qui fait de ce cas une exception au principe de la transparence.⁴

3. Le document a été transmis à l'administration par l'auteur, qui a agi spontanément ou en réponse à une invitation, mais sans y être formellement tenu. Exemples: dénonciation d'un dysfonctionnement dans un service de l'Etat, envoi d'une prise de position dans le cadre d'une procédure de consultation. La question de savoir si un tel document peut ensuite être copié dans les bureaux de l'administration pour être remis à un tiers n'est pas d'emblée résolue.
4. Le document a été transmis à l'administration par l'auteur, en vertu d'une obligation légale. Exemple: rapport remis à l'autorité par le bénéficiaire d'une subvention ou par l'organe d'une fondation ou d'une société concessionnaire soumise à surveillance. La question de la licéité de la copie se pose ici aussi.
5. Le document a été transmis à l'administration par un tiers, à l'insu de l'auteur. Exemple : lettre personnelle reçue par un tiers et transmise à l'administration à titre de preuve ou pour information. La question de la licéité d'une copie se pose également.

On constate que si les deux premiers cas ne soulèvent pas de questions sous l'angle du droit d'auteur concernant les éventuelles copies qui pourraient être réalisées, il n'en va pas de même des trois cas suivants.

II. La licence légale de l'art. 19 LDA

L'un des buts de la loi sur le droit d'auteur de 1992 a été de tenir compte de l'évolution technique, notamment dans le domaine de la reprographie. A cet effet, le législateur a aménagé une licence légale, qui figure à l'art. 19. On retiendra plus particulièrement ici l'al. 1^{er} let c, qui autorise "la reproduction d'exemplaires d'œuvres au sein des entreprises, administrations publiques, institutions, commissions et organismes analogues, à des fins d'information interne ou de documentation".

Cette licence légale ne donne pas le droit à l'administration de copier tout et n'importe quoi, à n'importe quelles conditions.

Les restrictions sont les suivantes:

⁴ Nous partons de l'idée que cette disposition ne signifie pas que chaque personne remettant un document à l'administration à bien plaisir pourrait apposer une réserve de publication et ainsi échapper à la loi sur la transparence. Seules devraient être visées ici les informations sollicitées par l'Etat, et dont le contenu a un caractère confidentiel.

1° La copie doit se faire à *des fins d'information interne ou de documentation*. Ce sera incontestablement le cas pour la copie d'articles de journaux qu'on se passe de bureau en bureau à titre d'information, ou de rapports d'experts sensés stimuler la recherche de solutions nouvelles dans l'administration. Mais la copie d'articles sous forme de revues de presse distribuées en dehors de l'administration ne tombe pas sous la licence légale, ni la copie de documents qui ont pour but d'assurer l'information de la clientèle d'un service public. On pourrait soutenir que la copie de documents officiels consultés en vertu de l'art. 4 AP LTrans ne tombe pas non plus sous l'art. 19 al. 1^{er} let. c, puisque le but poursuivi n'est ni l'"information interne", ni la "documentation" dont l'administration a besoin pour son activité. Cette façon de voir ne serait pas déraisonnable.⁵ Pour notre part, nous la trouvons trop intransigeante et nous doutons qu'elle soit conforme à l'esprit de la disposition en question. L'art. 19 al. 1^{er} let c vise notamment à faciliter le travail de l'administration, en lui évitant des retards dus à l'existence d'un seul exemplaire ou à la confection de copies manuscrites. La copie réalisée selon la loi sur la transparence vise elle aussi à rendre le travail de l'administration plus fluide. Une demande de consultation qui peut être satisfaite par l'envoi d'une copie facilite en effet considérablement le travail de l'autorité (aucune mise à disposition de locaux, pas de surveillance, anonymisation plus facile, etc.). Cette conception n'est d'ailleurs pas en complet désaccord avec la lettre de l'art. 19 al. 1^{er} let c, la documentation dont il y est fait état pouvant aussi être celle d'un tiers.⁶

2° La copie ne peut pas porter sur la totalité ou l'essentiel des exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché, ou sur des œuvres des beaux-arts. Si un rapport d'historiens réalisé pour l'Etat est disponible dans le commerce, ou qu'il peut même simplement être acheté à l'Office fédéral des constructions et de la logistique, ou s'il s'agit de graphiques ou d'autres informations sous forme de dessin, la copie n'est pas autorisée.

3° L'œuvre copiée doit avoir été publiée. La décision de publier ou non une œuvre, c'est-à-dire de la mettre à disposition d'un nombre non déterminé de personnes, appartient à l'auteur en vertu de l'art. 9 al. 2 LDA. La question centrale qui va se poser en l'occurrence est de savoir si l'auteur, lorsqu'il a remis son œuvre à l'administration, a accepté de perdre le contrôle sur le nombre de personnes pouvant accéder à l'œuvre. Si on répond par l'affirmative, l'administration peut alors se prévaloir de l'art. 19 al. 1^{er} let. c pour réaliser des copies. Si on répond par la négative, cette possibilité n'existe pas. Il y aurait alors lieu d'étudier la possibilité d'une restriction supplémentaire au droit d'auteur, en plus de celles qui figurent aux art. 19 ss (cf. chapitre III ci-dessous).

⁵ Favorables à une notion étroite de cette let. c: I. CHERPILLOD, Schranken des Urheberrechts, SIWR II/1, p. 247 ; CHR. GASSER, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, thèse Berne 1997, p. 95.

⁶ Il est vrai que le texte allemand ne coïncide pas avec les textes français et italien. L'adjectif « interne » s'y rapporte à la fois à l'information et à la documentation. Estimant le texte allemand plus conforme à la volonté du législateur : GASSER (n. 4), p. 95. Mettant à l'époque déjà l'accent sur le fait que le but des copies est souvent simplement de gagner du temps : ATF 108 II 482, *Pro Litteris*, du 21 décembre 1982. Comme le relève l'auteur précité, p. 64, on peut considérer que le législateur, pour l'essentiel, s'est rallié à la jurisprudence préexistante. En remettant à un tiers une copie qui a pour effet de lui épargner du travail, notamment la visite de ce tiers dans ses bureaux, l'administration demeure dans le cercle étroit qui est le sien. Il en irait différemment si de telles copies étaient envoyées spontanément à des tiers qui n'ont pas fait valoir leur droit de consulter l'original.

La question du consentement implicite est si importante qu'elle mérite qu'on s'y arrête brièvement maintenant déjà. Si on se fonde sur la situation actuelle, où prévaut encore le principe du secret de l'activité administrative, avec exceptions de publicité, il est évident que la personne qui confie une œuvre à l'administration ne s'attend pas en général à ce que celle-ci soit communiquée à des tiers. On fera exception pour des documents à caractère politique, telles que les réponses aux procédures de consultation, dont la publication est expressément prévue depuis plusieurs années.⁷

Lorsque la loi sur la transparence aura été adoptée et sera entrée en vigueur, la situation aura fondamentalement changé. Un renversement se sera opéré, en ce sens que le principe du secret sera remplacé par le principe de la transparence avec exceptions de secret. Ce renversement ne manquera pas de frapper les esprits, à juste titre. Il ne passera pas inaperçu. Une nouvelle culture s'installera dans les relations entre l'Etat et les administrés. A partir de ce jour-là, la personne qui confie une œuvre à l'Etat saura que celle-ci n'aura plus seulement pour lecteurs quelques fonctionnaires isolés, mais que n'importe qui, potentiellement, pourra la lire.

Selon l'art. 9 LDA, le droit de divulguer l'œuvre est un droit exclusif de l'auteur. Cela veut dire que celui-ci a le choix de l'exercer ou non. Celui qui transmet une œuvre à l'Etat sans y être obligé choisira ipso facto de divulguer son œuvre. Mais peut-on en dire de même de celui qui transmet une œuvre à l'Etat en y étant obligé? Nous reviendrons sur cette question (cf. chapitre III ci-dessous, question n° 1).

⁷ Ordonnance sur la procédure de consultation (RS 172.062), art. 9.

III. Questions soumises par l'Office fédéral de la justice

1. **Le principe du consentement implicite (*implizite Zustimmung*) de l'auteur d'un document en possession d'une administration soumise au principe de la transparence, en vue de la confection de copies, est-il conciliable avec la législation suisse sur le droit d'auteur et les engagements résultant de traités internationaux (si l'utilisation de ces copies est placée sous la réserve expresse du droit d'auteur)? Peut-on admettre l'existence d'un consentement implicite également pour des documents parvenus à l'administration sans que l'auteur en ait eu connaissance?**

Compatibilité avec la législation suisse sur le droit d'auteur

Le consentement implicite dont il est ici question ne porte pas à proprement parler sur la confection de copies, mais sur la divulgation. Si celle-ci s'est opérée, il en découle automatiquement un droit pour l'administration de réaliser des copies, en vertu de l'art. 19 al. 1^{er} let. c LDA.

Le droit de divulgation est mentionné à l'art. 9 al. 2 LDA. C'est une des composantes du droit moral.⁸ L'exercice de ce droit est libre et n'est pas soumis à des conditions de forme.⁹ Ce qui vaut pour les droits patrimoniaux de l'art. 10, à savoir que le transfert peut s'opérer par une manifestation de volonté écrite ou orale, ou par un acte concluant, s'applique également pour le droit de divulgation. Certes, en vertu de l'art. 16 al. 3 LDA, le seul transfert de la propriété d'une œuvre n'implique pas celui du droit d'auteur. En revanche, si l'auteur remet son œuvre à une institution dont il est notoire qu'elle met les œuvres reçues à disposition du public, on pourra considérer qu'il a consenti à la divulgation.¹⁰

Selon nous, il y a également consentement implicite lorsque l'auteur est obligé de remettre son œuvre à l'administration, en vertu d'une disposition légale. Même si un droit exclusif suppose le libre choix dans l'action, il ne faut pas exagérer cette liberté, ni l'absence de liberté de celui qui est dans la situation susmentionnée. L'auteur qui livre un texte protégé à l'Etat agit rarement sous une contrainte annihilant son libre arbitre. Il lui est en principe toujours loisible soit de rédiger un texte simple non protégé par le droit d'auteur, soit de laisser autrui écrire le texte requis, soit de renoncer à la prestation de l'Etat qui rend obligatoire la remise de l'œuvre protégée. Mais surtout, il conserve une certaine prise sur le moment de l'envoi et peut ainsi décider à quel moment l'œuvre est suffisamment achevée pour

⁸ Avis contraire: DESSEMONTET (n. 2), n° 201.

⁹ R. VON BÜREN, Rechtsübertragung und Zwangsvollstreckung, in SIWR II/1, p. 211

¹⁰ Envoyer un mémoire de licence à une autorité universitaire appelé à statuer sur ce texte n'équivaut pas à une publication. ATF 120 III 208, A. et B., du 21 juillet 1994. Si l'autorité accepte le mémoire et que l'Université en question a coutume de diffuser les textes ainsi acceptés, on pourra considérer qu'en envoyant son mémoire, l'auteur a accepté la divulgation à partir du moment de l'admission par l'autorité compétente.

être abandonnée au jugement du public. Le droit de décider de la divulgation n'a pas comme but essentiel d'empêcher la publication. Il entend d'abord donner à l'auteur le droit de décider quand une œuvre est digne d'être arrachée à son secret,¹¹ quand elle reflète suffisamment ses idées et sa personnalité pour être "lâchée dans la nature". En confectionnant une œuvre destinée à l'Etat et à une administration qu'il sait soumise au principe de la transparence, l'auteur sait que cette œuvre est destinée à publication. Son droit de divulgation n'en devient pas illusoire pour autant.

On notera que le consentement tacite, dans ce cas de figure, est restreint, car il ne porte que sur les œuvres qui sont soumises aux règles sur la transparence (cf. l'art. 5 AP LTrans). Une œuvre relative à la sphère privée de l'auteur et dont la révélation ne se justifie pas par l'intérêt public à la transparence, ou une œuvre comprenant des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, ne sera pas considérée comme divulguée. L'auteur sachant que la transparence n'exerce pas ses effets sur les œuvres de ce type n'est pas censé avoir donné son accord à la divulgation. La distinction entre les œuvres échappant à la transparence et les autres, dans la pratique ne sera pas toujours visible au premier coup d'œil. Cela signifie que l'assentiment de l'auteur à la divulgation sera, en fin de compte, fonction de la décision ultérieure prise par l'autorité statuant sur une demande de consultation et ne sera pas donné au moment même où l'auteur transmet son œuvre à l'administration. Cette façon de se reposer sur l'attitude de l'autorité pour qualifier la décision de l'auteur quant à la divulgation peut surprendre.¹² Mais dans la pratique, elle ne devrait pas créer de difficulté.

Compatibilité avec le droit international

Selon l'art. 9 al. 2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (CB; RS 0.231.15), dans sa version de 1971, les pays signataires sont admis à autoriser la reproduction d'œuvres protégées indépendamment de l'assentiment de l'auteur, "dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur". Cette disposition, élaborée en 1967, vise particulièrement la reprographie. Les conditions posées sont cumulatives. Même si l'exploitation normale de l'œuvre n'est pas mise en cause, il se pourrait que des intérêts légitimes de l'auteur soient atteints, auquel cas la restriction ne serait pas admissible. Pour sa part, l'art. 13 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexé à l'accord du GATT, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 1995 (ADPIC; en anglais: TRIPs; RS 0.632.20), prévoit que les Etats "restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit." Sorte de Convention de Berne *bis*,

¹¹ C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Paris 1999, n° 135.

¹² Cette possibilité pour un tiers de décider de la divulgation se rencontre aujourd'hui déjà, par exemple dans le cas où l'auteur a cédé des droits d'utilisation. VON BÜREN (n. 9), p. 211. G. SCHRICKER, *Urheberrecht*, 2^e éd., Munich 1999, p. 267.

l'ADPIC n'institue pas une protection supplémentaire. La protection prévue est au contraire inférieure, dans la mesure où les droits moraux ne sont pas inclus.¹³

L'auteur qui utilise les prérogatives que lui reconnaît le droit d'auteur ne se voit imposer aucune restriction dans ses droits. En l'occurrence donc, la Suisse ne crée pas une exception aux droits de l'auteur, et les dispositions de droit international précitées ne sont pas concernées.

On pourrait certes argumenter en disant que si le consentement implicite en lui-même n'équivaut pas à une restriction du droit d'auteur, ce sont ses conséquences à l'art. 19 al. 1^{er} let. c LDA qui, dans un Etat devenu transparent, peuvent créer un problème. Lorsque cette disposition avait été rédigée en 1992, personne n'avait songé qu'elle pourrait inclure des copies réalisées pour satisfaire aux demandes de consultation de dossiers officiels. L'art. 19 al. 1^{er} let. c serait donc devenu suspect au regard du droit international, parce qu'autorisant des copies d'œuvres à une trop vaste échelle. Un usage privé si largement compris compromettrait l'exploitation normale de l'œuvre et les intérêts légitimes des ayants droit, ce qui nécessiterait sans délai une nouvelle formulation de cette disposition, excluant les copies d'œuvres provenant de tiers et réalisées en réponse à une demande de consultation de dossiers officiels au sens de la loi sur la transparence.

A cela, on répondra que l'administration n'a pas attendu la loi sur la transparence pour s'arroger le droit de copier tous les documents qui lui parviennent de l'extérieur, et singulièrement ceux de particuliers et d'entreprises privées. Des habitudes ont été prises, qui ont fini par constituer une sorte d'exception non écrite au droit d'auteur et dont nul n'a jamais prétendu qu'elle portait atteinte à l'exploitation de l'œuvre. Certes, une fois la loi sur la transparence entrée en vigueur, les copies d'une même œuvre venue de l'extérieur seront, potentiellement, beaucoup plus nombreuses. Mais on ne saurait pour autant prétendre qu'elles empêcheront l'exploitation normale de l'œuvre, ni qu'elles toucheront aux intérêts légitimes de l'auteur.¹⁴ D'une part, les œuvres en question ont pour la plupart un caractère plutôt administratif et on ne voit pas quel fabuleux destin commercial leur est refusé suite aux copies réalisées dans les bureaux de l'Etat. D'autre part, pour chaque copie, l'administration devra être saisie d'une demande en bonne et due forme, ce qui n'est pas le cas pour les utilisations prévues aujourd'hui par l'art. 19 LDA. Les copies remises au requérant restent ensuite soumises aux règles ordinaires, à savoir qu'elles ne pourront être multipliées à des fins dépassant le cadre privé déterminé par l'art. 19 LDA. Enfin, l'al. 3 let. a de cette disposition prohibe les copies d'œuvres disponibles dans le commerce. Il serait dès lors audacieux de prétendre que la loi sur la transparence aura pour effet de modifier la nature de la licence légale prévue à l'art. 19 et d'élargir si massivement son champ d'application qu'elle n'est plus compatible avec le droit international.

En irait-il différemment si les copies envisagées par la loi sur la transparence devaient inclure des copies transmises électroniquement? On peut se poser la

¹³ A. BERTRAND, Le droit d'auteur et les droits voisins, 2^e éd., Paris 1999, p. 476 s.

¹⁴ Pour qu'une restriction soit illicite au sens de l'art. 9 al. 2 CB, il ne suffit pas que les intérêts de l'ayant droit soient atteints. Il ne suffit pas que celui-ci ait subi un préjudice quelconque. Il faut que le préjudice soit injustifié. C. MASOUYE, Guide de la Convention de Berne, Genève 1978, p. 63.

question à bon droit. De telles copies en effet sont d'une dissémination plus facile, et si l'administration se mettait à les communiquer à l'extérieur de la sorte, il y aurait peut-être lieu de nourrir quelques appréhensions sur le respect des droits d'utilisation de l'auteur dans les faits, et sur le respect des deux dispositions de droit international précitées. Il se trouve que l'art. 19 al. 1^{er} let. c autorise la *reproduction* de l'oeuvre, terme qui exclut des utilisations électroniques, qui, elles, relèvent du droit de représentation. La limitation de la licence légale à la reproduction paraît trop restrictive si on considère les copies qui poursuivent uniquement un but interne à l'administration.¹⁵ Mais si on étend la licence légale aux copies pour des tiers, cette limitation trouve selon nous une certaine justification.

Par souci de clarté, il conviendrait de préciser dans la loi sur la transparence ou dans l'ordonnance d'application que les copies selon l'art. 4 al. 2 du projet se font exclusivement sur papier, du moins lorsqu'elles portent sur des œuvres protégées de personnes extérieures à l'administration, qui ne sont pas mandatées par celle-ci.

Documents transmis à l'insu de l'auteur

Lorsqu'une œuvre non publiée est transmise à l'administration sans que l'auteur en ait connaissance, il faut s'interroger sur la question de savoir si l'auteur avait confié l'exercice du droit de divulgation à un tiers. Si on répond par l'affirmative, il se pourrait donc qu'un tiers envoie un document à l'administration à l'insu de l'auteur et procède ainsi à la publication du document, en conformité avec les droits de l'auteur. En effet, le droit de divulgation, quoique réputé incessible¹⁶, peut être exercé par un tiers si l'auteur en décide ainsi. Ce cas de figure pourrait se présenter lorsque l'auteur envoie une lettre sollicitant l'intervention du destinataire auprès de l'administration ou lui donnant le feu vert pour toute autre démarche jugée utile. Le mandat inclurait alors la compétence d'exercer le droit de divulgation.

Le cas plus fréquent – et plus délicat – sera celui d'une personne qui se saisit d'un document non publié rédigé par autrui et l'envoie à l'administration sans y être autorisée par l'auteur, ni explicitement, ni implicitement. Cette œuvre devra être considérée comme non publiée, et l'administration ne sera pas autorisée à en confectionner des copies. Les libertés qui sont prises actuellement par l'administration avec les œuvres provenant de particuliers, et qui, en raison du principe du secret de l'activité administrative, ne sauraient être considérées comme ayant été divulguées, ne constituent pas un précédent, les copies étant faites à des fins internes.

Pour justifier des copies de tels documents, il conviendrait de prévoir en toutes lettres une nouvelle restriction du droit d'auteur, ce que nous ne préconisons pas (cf. question n° 3 ci-dessous).

¹⁵ D. BARRELET/W. EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, 2^e éd., Berne 2000, ad art. 19, n° 16.

¹⁶ Avis contraire: DESSEMONTET (n. 2), n° 201

2. Quelles sont les conditions qui doivent être réunies? L'auteur, en particulier, doit-il avoir la possibilité de formuler une réserve quant à la copie de ses documents? Existe-t-il une différence entre des documents que l'auteur est tenu de remettre à l'administration et d'autres qu'il remet selon son libre arbitre?

Le droit de divulgation se distingue des droits d'utilisation énoncés à l'art. 10 LDA en ce sens que son exercice se fait une fois pour toutes, sans possibilité de faire machine-arrière.¹⁷ L'auteur met son œuvre à disposition d'un nombre indéterminé de personnes et il ne lui est pas possible de retenir les rênes.¹⁸ Il ne lui est pas loisible, en particulier, d'empêcher son œuvre de subir les conséquences que la loi attache à une publication. Si la loi prévoit qu'une œuvre publiée peut être copiée ou citée, l'auteur n'a pas la possibilité de l'empêcher. Il ne peut pas, en particulier, définir à sa guise l'étendue d'une licence légale. Donner à l'auteur de documents qui parviennent à l'administration la faculté d'interdire les copies au sens de l'art. 19 reviendrait à introduire dans le droit d'auteur un corps étranger, que rien ne justifie au surplus.

La question d'une éventuelle différence entre les documents remis volontairement à l'administration, et ceux que l'auteur est contraint de livrer est en fait celle de savoir si les seconds ont été divulgués ou non. Si on adopte le point de vue qui est le nôtre, à savoir qu'il y a dans ce cas aussi publication, la question d'un droit de formuler une réserve ne se pose pas davantage. Si on estime au contraire qu'un auteur ne peut en aucune circonstance, et d'aucune manière, subir une quelconque influence lorsqu'il exerce son droit de divulgation, la question d'une réserve pour les copies ne se pose pas non plus; la remise de l'œuvre n'entraînant pas sa publication, des copies selon l'art. 19 al. 1^{er} let. c n'entrent de toutes manières pas en ligne de compte.

On pourrait en revanche imaginer pour ce cas-là une exception au droit d'auteur, assortie d'une réserve pour en atténuer les effets. Nous y reviendrons (cf. chapitre III ci-dessous).

Et si on inscrivait dans l'AP LTrans un complément à l'art. 5 autorisant l'auteur à interdire les copies de son œuvre? Celui qui n'aurait pas fait usage de cette possibilité serait supposé avoir consenti implicitement à la confection de copies. Cette idée est superflue pour les documents transmis à l'administration à bien plaisir, tant il nous paraît évident qu'ils sont au bénéfice d'un consentement implicite à la divulgation. Elle pourrait à la rigueur être retenue si on refusait d'admettre un tel consentement pour les documents transmis à l'administration en vertu d'une obligation légale. Mais pour que la solution soit complète, il faudrait considérer que la renonciation à interdire la copie équivaut à un consentement à la publication de l'œuvre. D'autre part, si la réserve était utilisée par l'auteur, l'œuvre devrait être

¹⁷ DESSEMONTET (n. 2), n° 207

¹⁸ Il lui est possible de fixer le moment et le lieu de la première mise à disposition du public - par exemple en précisant le lieu d'exposition d'un tableau (DESSEMONTET (n. 2), n° 208) - mais non l'ampleur ou les effets de celle-ci. Voir également A. LUCAS/H.-J. LUCAS Traité de la propriété littéraire et artistique, Paris 1994, p. 315.

considérée comme non divulguée, et elle ne pourrait, en bonne doctrine de droit d'auteur, être déclarée librement accessible selon l'art. 4 AP LTrans.

C'est le lieu de rappeler ici que même s'il a donné son consentement à la divulgation, l'auteur conserve tous ses droits d'utilisation selon l'art. 10 LDA. Selon l'al. 2 let a., il peut en particulier autoriser la confection d'exemplaires de l'oeuvre, notamment sous la forme d'imprimés, de vidéogrammes ou d'autres supports de données. Seules sont admises les restrictions selon le chapitre 5 de la LDA, c'est-à-dire, notamment, la confection d'une copie pour un usage privé (art. 19) et la citation d'extraits de l'oeuvre, à des fins de référence, de commentaire ou de démonstration (art. 25). Il n'est en revanche pas question pour la personne qui a accédé à l'oeuvre et qui en a obtenu une copie d'utiliser cette dernière pour en faire d'autres copies qui dépasseraient l'usage privé. Il n'est pas question par exemple qu'elle les édite et les vende dans le commerce ou les distribue aux membres d'une association.

Il est prévu d'introduire une 2^e phrase à l'art. 4 al. 2, rappelant que l'utilisation ultérieure des copies est soumise à la législation sur le droit d'auteur. Une telle disposition paraît adéquate. Elle n'est certes pas indispensable, en raison notamment du fait que les dispositions spéciales prévues dans d'autres lois fédérales priment la loi sur la transparence.¹⁹ Mais elle apporte un surcroît de clarté. Dans le même souci de lever toute équivoque, on devrait s'interroger sur l'opportunité d'un tel rappel également sur les copies remises aux particuliers exerçant leur droit de consulter les documents. Ces personnes non seulement n'auront pas toujours à l'esprit l'énoncé de la loi; mais elles pourraient être induites en erreur par le fait que parmi les textes pouvant faire l'objet de copies selon la loi, nombreux seront ceux qui ne sont pas protégés par le droit d'auteur ou pour lesquels l'Etat a acquis tous les droits, y compris celui d'en autoriser la reproduction sans restriction. Cette liberté pour ces documents-là pourrait amener le particulier à croire que tous les documents copiés, parce que remis par l'Etat, sont soumis au même régime de liberté. Le rappel des droits d'auteur pourrait se faire sous forme d'estampille apposée sur la copie, ou par l'utilisation pour la copie d'un papier préimprimé, ou par l'adjonction d'une feuille de garde. Par souci de simplicité, on pourrait limiter la réserve du droit d'auteur aux textes dont l'auteur est une personne extérieure à l'administration.

¹⁹ Cf. Rapport explicatif (n. 1), ch. 212.2. Il est prévu de compléter la loi sur la transparence par une disposition explicite dans ce sens.

3. Pour le cas où il faudrait admettre que le principe du consentement implicite ne s'applique pas : une exception à la protection du droit d'auteur, autorisant la copie de documents protégés aux fins de permettre l'exercice du droit d'accès, est-elle compatible avec le droit d'auteur suisse et les engagements résultant de traités internationaux ?

Documents transmis volontairement

La question nous paraît théorique, et d'un intérêt limité, en ce qui concerne les documents que l'auteur remet à l'administration en toute liberté, sans y être tenu. S'il n'est pas d'accord de confier ses œuvres à une entité dont il sait par avance qu'elle est soumise aux règles de la transparence, s'il ne veut pas accepter que ses œuvres soient ainsi mises sur la place publique, il est libre de ne pas le faire. La loi ne peut pas admettre ni encourager les comportements contradictoires consistant d'une part à ne pas vouloir la divulgation de son œuvre, mais à faire le nécessaire pour qu'elle se réalise.

L'existence d'un consentement implicite étant admise, une restriction pourrait néanmoins s'imposer dans l'hypothèse où l'on considérerait que l'usage privé selon l'art. 19 al. 1^{er} let. c ne couvre pas les copies confectionnées au profit de tiers (cf. chapitre II ci-dessus). Ce que nous dirons plus loin de la compatibilité d'une restriction au droit d'auteur avec les normes de droit international déterminantes s'appliquerait à plus forte raison dans le cas présent.

Documents transmis en vertu d'une obligation légale

La question d'une éventuelle exception au droit d'auteur visant à suppléer l'absence de consentement à la divulgation, et qui figurerait sans doute au chapitre 5 de la loi sur le droit d'auteur, ne peut se poser raisonnablement que pour deux cas: 1° celui des documents non publiés que l'auteur est tenu de remettre à l'administration en vertu d'une obligation légale, dans l'hypothèse où l'on affirmerait qu'une remise dans de telles conditions n'équivaut pas à une divulgation; 2° celui des documents non publiés remis à l'administration à l'insu de l'auteur.

L'avantage d'une exception au droit d'auteur, dans ces deux cas, et qui consisterait uniquement à dire que les documents qui parviennent aux mains d'une administration publique sont réputés divulgués au sens de l'art. 9 LDA, serait la simplicité et l'efficacité du jeu de la transparence. On n'aurait plus à s'interroger sur la voie empruntée par un document provenant de personnes extérieures à l'administration. Tous les documents seraient libres d'être copiés, pour autant qu'ils soient accessibles au sens de la loi sur la transparence.

Les art. 9 de la Convention de Berne et 13 de l'ADPIC posent le principe que les restrictions doivent se limiter à "certains cas spéciaux" et ne doivent pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni causer un préjudice injustifié aux

intérêts légitimes de l'auteur. Il n'existe pas de mesure précise permettant de jauger le sérieux d'une restriction aux droits de l'auteur. Le fait qu'une restriction donnée ne se retrouve pas dans d'autres Etats est certes un indice indiquant qu'il pourrait s'agir d'une limitation non justifiée, imposée par des intérêts particuliers. Il doit rendre d'autant plus prudent que selon la Convention de Berne, en cas de non respect des engagements pris, l'Etat sera tenu d'accorder aux ressortissants des pays membres de l'Union de Berne le standard de protection fixé par la Convention. La Suisse, le cas échéant, devrait accorder aux ressortissants étrangers une protection qu'elle refuse à ses ressortissants. L'absence d'exception dans d'autres Etats ou au niveau international n'est cependant pas une preuve. Si les Etats de l'Union de Berne et les textes préparés au sein de l'Union européenne ne prévoient pas une restriction en faveur de documents de tiers qui parviennent à l'administration, c'est que le problème de la relation entre le droit d'auteur et le principe de la transparence n'a guère encore été reconnu jusqu'ici.

Selon nous, une restriction limitée aux œuvres que l'auteur est tenu légalement de remettre à l'Etat ne violerait pas les engagements internationaux de la Suisse, et cela pour trois raisons:

1° Elle répondrait à un intérêt public suffisamment important, qui est de ne pas soustraire aux règles sur la transparence de l'activité administrative des pièces importantes qui ne sont couvertes par aucun besoin de secret impérieux. Le principe de la transparence pour les faits et gestes des collectivités publiques, là où il est reconnu, se range parmi les principes fondateurs de l'Etat. Certains cantons en ont fait un droit individuel ancré dans la Constitution.²⁰ L'importance de cet intérêt doit entrer en considération lorsqu'on se pose la question de savoir si les intérêts de l'ayant droit auxquels il est porté atteinte sont "légitimes" au sens de l'art. 9 al. 2 CB, si ces restrictions leur font subir un "préjudice injustifié" selon l'art. 13 ADPIC. Dans la balance, l'intérêt à la transparence a un poids déterminant. Certes, même sans exception au droit d'auteur, on pourrait considérer à la rigueur que ces pièces sont accessibles.²¹ Elles pourraient être consultées dans les bureaux de l'administration. Mais en empêchant les copies, on compliquerait l'usage de la loi de façon excessive, au risque d'en limiter le bénéfice pour la collectivité. L'œuvre n'étant pas publiée, il ne serait pas non plus possible de la citer selon l'art. 25 LDA, et donc d'en faire profiter un plus large public.

2° Enlever à l'auteur son droit de divulgation, ce n'est pas le priver de ses droits d'utilisation. Pour l'essentiel, seul l'usage privé selon l'art. 19 LDA devient possible, ainsi que le droit de citation. L'exploitation de l'œuvre ne serait pas compromise, pour autant que les œuvres en question aient vraiment une nature qui les destine à un usage commercial. Les copies réalisées ne pourraient elles-mêmes être utilisées que de façon limitée, dans le cadre de l'art. 19 et du droit de citation. D'autre part, pour qu'une copie soit réalisée par l'administration, il faut chaque fois une demande expresse d'une personne souhaitant consulter l'œuvre en question. Les copies d'œuvres disponibles dans le commerce ou contenant des secrets protégés selon la loi sur la transparence ne seraient pas autorisées. Enfin, l'auteur peut faire valoir

²⁰ Art. 17 al. 3 de la Constitution bernoise; art. 18 de la Constitution neuchâteloise ; art. 11 al. 3 de la Constitution soleuroise.

²¹ Cf. nos réserves, p. 1 ci-dessus.

un droit à rémunération selon l'art. 20 LDA, à condition il est vrai qu'il annonce ses œuvres auprès de la société de gestion des droits d'auteur compétente.

3° Le fait que l'exception porte sur le droit de divulgation, donc sur une composante du droit moral, ne joue pas de rôle. L'ADPIC n'englobe pas la protection du droit moral²². La Convention de Berne n'attribue pas au droit de divulgation une valeur particulière du point de vue de la personnalité, puisque l'art. 6 *bis* al. 1^{er} CB, qui définit le contenu du droit moral, n'en parle pas.²³

Dans ces conditions, il nous paraîtrait inutile d'envisager que l'exception soit formulée de manière affaiblie, pour en réduire la portée, en disant par exemple que la remise d'une œuvre par l'auteur en vertu d'une obligation légale entraîne la divulgation de l'œuvre, à moins que l'auteur ne s'y oppose expressément. Une telle réserve serait au surplus difficile à appliquer.

Le recours à une exception selon le principe du *Fair use*, telle que la connaît la section 107 du Copyright Act des États-Unis, ne nous paraît pas la voie à suivre.²⁴ Elle résoudrait mal les problèmes posés par la loi sur la transparence, dans la mesure où celle-ci accorde la consultation sans se préoccuper de l'intérêt du requérant. Il lui manquerait de surcroît le degré de précision auquel le droit continental est habitué en matière d'exceptions au droit d'auteur et dont on doit penser qu'il est également requis par la Convention de Berne et l'ADPIC. La limitation peut aussi porter sur des œuvres non publiées, ce qui confirme à quel point elle est éloignée de nos conceptions.

Nous ne retiendrions pas davantage la voie qui consisterait à assimiler les documents provenant de tiers à des décisions, procès-verbaux et rapports des autorités et à élargir la liste des œuvres non protégées par l'art. 5 LDA, implicitement ou explicitement. L'atteinte aux droits de l'auteur serait massive, puisqu'il se retrouverait privé de tous ces droits dès l'instant où il crée une œuvre destinée à l'administration. Il ne nous paraît pas non plus indiqué de le faire uniquement pour les simples communications adressées aux autorités, telles que les requêtes, propositions ou dénonciations. Certes, l'art. 5 comprend aujourd'hui déjà, à l'al. 1^{er} let d, des œuvres créées par des particuliers (les demandes de brevet). Mais, en l'occurrence, on serait confronté à des difficultés de distinction qui ne seraient guère appréciées dans la pratique. Les rapports de la loi sur la transparence avec le droit d'auteur n'en seraient que très imparfaitement allégés. Au demeurant, il n'est pas certain qu'une telle solution, qui reviendrait à nier à l'auteur l'ensemble de ses prérogatives, serait à la longue jugée conforme avec les engagements internationaux de la Suisse.

²² Cf. note 12 ci-dessus.

²³ MASOUYE (n. 14), p. 47.

²⁴ BERTRAND (n. 13), p. 237 s.

Documents transmis à l'insu de l'auteur

Une restriction du droit d'auteur qui s'étendrait aux œuvres parvenues à l'administration à l'insu de l'auteur ne nous paraît pas pouvoir entrer en ligne de compte. Elle ferait fi de la volonté de l'auteur, et pourrait donner naissance à de curieux trafics, au détriment d'auteurs qui refusent de publier leurs œuvres. Il suffirait alors de leur arracher leurs œuvres et de les glisser dans une enveloppe adressée à l'Etat pour que ces œuvres puissent ensuite être photocopiées en toute légalité. Même si des situations de ce type resteraient sans doute ponctuelles, leur simple éventualité permet de dire que les conditions fixées aux art. 9 al. 2 CB et 13 ADPIC ne sont pas réunies. Pour des auteurs aussi qui, sans refuser de publier leurs œuvres, n'y songent simplement pas parce que s'estimant simples rédacteurs de lettres à caractère privé, la suppression du droit de divulgation est difficile à défendre. Dans la balance que nous évoquions ci-dessus mettant en présence l'intérêt à la transparence et celui des ayants droit, ce dernier reprendrait beaucoup de poids dès l'instant où on en arriverait à priver l'auteur de toutes ses prérogatives en matière de divulgation, y compris celui de choisir le moment de l'envoi de son œuvre à l'administration.

On pourrait arguer du fait que la restriction vise le droit de divulgation, c'est-à-dire une composante du droit moral. Or ce dernier n'est pas protégé par l'ADPIC; et la Convention de Berne, si elle consacre le droit moral à l'art. 6 *bis*, n'y inclut pas le droit de divulgation.²⁵ Cette façon de voir, pour intéressante qu'elle soit, ne tiendrait pas compte du fait que le droit de divulgation est proche des droits d'utilisation de l'art. 10 LDA, tel le droit de reproduction, et que c'est probablement à ces droits patrimoniaux que la Suisse porterait atteinte aux yeux du droit international si elle s'avisait de formuler une exception au droit de divulgation.

Pays-phare en matière d'accès du public aux documents officiels, la Suède, dans une nouvelle de 2000, a admis que les documents non publiés transmis à l'insu de l'auteur ne soient pas soumis au principe de la transparence. Elle ne l'a certes pas fait de manière absolue, puisqu'elle maintient l'accès pour les œuvres qui n'ont pas de valeur commerciale.²⁶ Nous aurions pour notre part beaucoup de difficulté à admettre qu'un auteur, fut-il le rédacteur d'une simple lettre ou d'une simple note, soit contraint d'accepter que son œuvre puisse lui être ainsi enlevée et soit propulsée sur la place publique, alors qu'il n'a peut-être même jamais songé à l'éventualité d'une publication. Nous pourrions imaginer que des autorités chargées de dire ce qu'est un intérêt "légitime" au sens de l'art. 9 CB auraient la même difficulté.

On rappellera ici que le droit d'auteur protège les œuvres dans leur forme, mais n'empêche pas l'utilisation des informations ou idées qu'elles contiennent.²⁷ Par conséquent, il n'est pas interdit à l'autorité qui est en possession de telles œuvres de faire état du contenu de ces œuvres si on le lui demande. La remise d'extraits et la diffusion de citations par le requérant, en revanche, n'entrent pas en ligne de compte.

²⁵ MASOUYE (n. 14), p. 47.

²⁶ Art. 27 VIII de la loi suédoise sur le secret.

²⁷ ATF 113 II 310, *Frau X.*, du 17 juin 1987.

IV. Conclusions

1. Ignorée jusqu'ici par la plupart des Etats ayant introduit le principe de la transparence de l'administration, la question du droit d'auteur des documents en provenance de tiers peut être réglée sans trop de difficultés, en tenant compte à la fois des intérêts de l'auteur et du bon fonctionnement du droit d'accès aux documents officiels. La voie empruntée par les auteurs de l'avant-projet de loi sur la transparence nous paraît correcte. En particulier, la création de nouvelles règles de droit d'auteur est superflue.

2. Dès l'instant où l'Etat a réalisé le passage du principe du secret au principe de la transparence, les personnes qui lui transmettent des œuvres protégées par le droit d'auteur sont conscientes du fait que ces œuvres épouseront le statut de tout document officiel au sens de la loi. Elles en admettent implicitement la divulgation, et par conséquent les copies au sens de l'art. 19 al. 1^{er} let. c LDA. Une quelconque réserve n'est pas nécessaire.

3. Pour éviter les malentendus et des débordements préjudiciables aux droits de l'auteur, il apparaît utile de rappeler dans la loi sur la transparence que l'utilisation des copies réalisées au sein de l'administration est soumise aux règles de la loi sur le droit d'auteur. Il y aurait lieu d'examiner si un tel rappel ne devrait pas également figurer sur les copies ou un document accompagnant la remise de celles-ci.

4. Dans le même ordre d'idées, nous proposons de préciser dans la loi ou dans l'ordonnance d'application que les copies seront remises seulement sur un support de papier s'il s'agit d'œuvres provenant de tiers..

5. Les documents parvenus à l'administration à l'insu de l'auteur ne peuvent être considérés comme divulgués, faute d'un consentement de celui-ci. Par conséquent, ils ne pourront pas être remis à des tiers sous forme de copie, et ceux-ci ne pourront pas non plus les citer. Une simple consultation souvent répétée pouvant équivaloir à une publication de fait, il ne serait pas inutile d'ajouter une exception sui generis à la loi sur la transparence, excluant la consultation et la copie de ces œuvres, mais autorisant l'autorité à informer oralement sur son contenu. La réserve en faveur des dispositions spéciales prévues dans d'autres lois fédérales permettrait certes de renoncer à cette exception, d'un usage relativement peu fréquent dans la pratique, et de se contenter d'une remarque dans le message à l'appui du projet de loi.

