

Journées d'études de l'ALAI 2015 à Bonn

**La rémunération de l'utilisation des œuvres**

**Exclusivité c. autres approches**

Rapport suisse

## A. Questions quant à l'étendue et à la mise en œuvre des droits exclusifs en droit positif

### 1. Liens, streaming, downloading :

- i. Les hyperliens simples, dont l'activation conduit à un site web où se trouvent des œuvres, sont considérés par la doctrine dominante comme n'étant ni des reproductions ni des actes de communication au public, et leur activation ne génère que des reproductions transitoires ou accessoires qui sont licites aux conditions de l'art. 24a LDA. Il en va différemment des liens dont le pointeur reproduit une œuvre protégée (p.ex. lien sous forme d'imagette), qui constituent une reproduction (art. 10 al. 2 litt. a LDA) et une mise à disposition<sup>1</sup> (art. 10 al. 2 litt. c i.f. LDA) ; s'ils sont établis sans l'autorisation de l'ayant droit, laquelle peut être implicite, de tels liens ne pourraient être licites que s'ils pouvaient être mis au bénéfice d'un droit de citation (art. 25 LDA), dont l'application est cependant problématique. Mais ces questions n'ont pas été tranchées par la jurisprudence.
- ii. Les liens profonds (*deep links*), dont l'activation conduit à une page web où se trouvent des œuvres, sont aussi considérés comme étant normalement licites. Il est souvent admis que de tels liens pourraient porter atteinte au droit à l'intégrité lorsqu'ils replacent l'œuvre référencée dans un contexte dénaturant. Là aussi, il n'existe pas de jurisprudence.
- iii. Les techniques de transclusion (*framing/embedding*) d'œuvres sont généralement considérées comme portant atteinte aux droits patrimoniaux (pour les uns, c'est un acte de mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 litt. c i.f., et pour les autres, ce serait un acte par lequel on fait voir ou entendre une œuvre mise à disposition, au sens de l'art. 10 al. 2 litt. f LDA<sup>2</sup>). En outre, elles peuvent porter atteinte au droit à la paternité et au droit à l'intégrité de l'œuvre. Là aussi, il n'existe pas de jurisprudence qui confirmerait ce point de vue.
- iv. Les techniques de *streaming* d'œuvres sont traitées comme relevant du droit de mise à disposition (art. 10 al. 2 litt. c i.f. LDA) lorsque l'utilisateur peut choisir le moment auquel il déclenchera le processus (*video on demand*,

---

<sup>1</sup> L'art. 10 al. 2 litt. c LDA confère à l'auteur le droit exclusif « de réciter, de représenter et d'exécuter l'œuvre, de la faire voir ou entendre en un lieu autre que celui où elle est présentée et de la mettre à disposition, directement ou par quelque moyen que ce soit, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

<sup>2</sup> L'art. 10 al. 2 litt. c LDA confère à l'auteur le droit exclusif « de faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition, diffusées ou retransmises ».

*podcasting*, p.ex.) et comme relevant du droit de diffusion lorsque le processus est « linéaire » et non interactif (*webradio*, *simulcast*, p.ex.).

- v. Le téléchargement descendant (*download*) d'œuvres par un utilisateur pour son usage privé, sans que les fichiers soient simultanément ou ultérieurement mis à disposition (mis en partage), est couvert par l'exception en faveur de l'usage privé (art. 19 al. 1 litt. a LDA) même si la source est illicite<sup>3</sup>.
  - vi. Le téléchargement ascendant (*upload*) d'œuvres constitue un acte de reproduction (art. 10 al. 2 litt. a) et de mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 litt. c i.f. LDA.
  - vii. L'hébergement et la fourniture d'une plateforme pour du '*user-generated content*' ne font pas l'objet de règles spéciales. Ce sont donc les règles du droit commun qui s'appliquent (cf. ch. 3 ci-après).
2. Lorsque des obstacles pratiques empêchent la conclusion de contrats de licence, en particulier quand de multiples utilisateurs individuels (et finaux) ne s'adressent pas aux ayants droit avant d'utiliser les œuvres (par exemple, les utilisateurs ont mis en ligne des œuvres et des prestations protégées sur une plateforme comme Youtube), il n'y a pas de mécanismes de clearing particuliers pour liciter l'utilisation. Mais des accords de licence sont possibles et pratiqués avec des parties tierces impliquées, telles que des plateformes. Ainsi, SUISA et YouTube ont conclu un contrat de licence qui prévoit une rémunération en cas d'utilisation d'œuvres des ayants droit représentés par SUISA.
3. a) Les règles du droit commun s'appliquent à la responsabilité des intermédiaires (FAI, hébergeurs, etc.).
- b) Une action en cessation du trouble (en vue d'obtenir une injonction judiciaire faisant défense de commettre une atteinte au droit d'auteur) peut être dirigée contre toute personne qui participe à la commission d'une atteinte, même en l'absence de toute faute de sa part (il suffit d'un acte portant objectivement atteinte au droit d'auteur, ou favorisant une telle atteinte). En revanche, une faute est nécessaire pour demander des dommages-intérêts (ou la délivrance du gain). L'hébergeur qui a connaissance d'une violation (de manière spécifique : il sait de manière certaine p.ex. que sur tel site qu'il héberge se trouve une œuvre reproduite en violation des droits de l'auteur) et qui continue de fournir sa prestation en pleine connaissance de cause peut être considéré comme participant à une infraction intentionnelle (responsabilité civile et pénale). Mais compte tenu

---

<sup>3</sup> Le Parlement a expressément refusé une motion qui aurait fait cette distinction.

du caractère accessoire de la complicité, il demeure nécessaire que l'acte de favoritisation soit fait en relation avec un acte principal : il ne peut y avoir un acte de favoritisation que s'il existe un acte illicite principal. Le droit suisse ne connaît pas de règles semblables à la *Störerhaftung* du droit allemand.

4. Dans ces cas de contrefaçon, la qualité pour agir appartient au titulaire du ou des droits concernés. Selon l'art. 62 al. 3 LDA, la personne qui dispose d'une licence exclusive peut elle-même intenter l'action pour autant que le contrat de licence ne l'exclue pas explicitement. Cette disposition ajoute encore que tous les preneurs de licence (donc même les titulaires d'une licence simple) peuvent se joindre à une action en contrefaçon afin de faire valoir leur propre dommage. L'employeur de l'auteur et le producteur ne sont pas mis au bénéfice de règles spéciales, et n'auront donc la qualité pour agir que s'ils sont cessionnaires des droits en cause. Quant aux sociétés de gestion collective, elles ont la légitimation active en relation avec les droits qui leur ont été cédés, ainsi que pour faire valoir les droits à rémunération dont elles ont l'exercice (location d'exemplaires, rémunération pour l'usage privé, notamment). Dans ce dernier cas, la légitimation active découle de la loi elle-même et ne nécessite pas une cession contractuelle des droits à rémunération à la société de gestion.

## **B. Questions à propos des mécanismes pour la rémunération appropriée des créateurs et des artistes interprètes dans leurs relations avec des licenciés**

En matière de contrats portant sur des droits d'auteur, le droit suisse se caractérise par une liberté contractuelle totale et par l'absence de tout formalisme. Il ne contient donc pas de règles spécifiques permettant à l'auteur ou à l'artiste interprète de faire réviser les conditions de sa rémunération. Demeurent éventuellement réservées les règles du droit commun (erreur essentielle, dol, changement fondamental de circonstances, engagement excessif contraire au droit de la personnalité, etc.).

## **C. Questions à propos des droits légaux à rémunération**

1. Il existe des droits légaux à rémunération pour la location d'exemplaires d'œuvres (mise à disposition d'exemplaires à titre onéreux)<sup>4</sup>, mais non pour le prêt public. Le droit suisse ne connaît pas non plus le droit de suite. Il existe en revanche un droit à rémunération pour la copie privée sur les supports propres à l'enregistrement d'œuvres

---

<sup>4</sup> Art. 13 LDA : « Quiconque loue ou, de quelque autre manière, met à disposition à titre onéreux des exemplaires d'œuvres littéraires ou artistiques, doit verser une rémunération à l'auteur. Aucune rémunération n'est due pour: a. les œuvres d'architecture; b. les exemplaires d'œuvres des arts appliqués; c. les exemplaires d'œuvres qui ont été loués ou prêtés en vue d'une exploitation de droits d'auteur autorisée par contrat. Les droits à rémunération ne peuvent être exercés que par les sociétés de gestion agréées (art. 40 ss). Le présent article ne s'applique pas aux logiciels. L'exercice du droit exclusif mentionné à l'art. 10, al. 3, est réservé ».

(art. 20 al. 3 LDA), de même que pour les formes d'usage privé au sens large (reproduction d'extraits d'œuvres par un enseignant ou ses élèves pour l'enseignement en classe, reproduction d'extraits d'œuvres par une entreprise ou une administration à des fins de documentation ou d'information interne). Le tiers qui reproduit des œuvres pour le compte d'une personne habilitée à invoquer l'exception d'usage privé doit également verser une rémunération (art. 20 al. 2). Un droit à rémunération est également prévu en contrepartie de la reproduction d'œuvres destinées aux personnes atteintes de déficiences sensorielles<sup>5</sup>. Enfin, dans le domaine des droits voisins, si des phonogrammes ou des vidéogrammes disponibles sur le marché sont utilisés à des fins de diffusion, de retransmission, de réception publique ou de représentation, l'artiste a droit à une rémunération, et le producteur du support utilisé peut prétendre à une part équitable de la rémunération due à l'artiste interprète (art. 35 LDA).

2. L'art. 23 LDA prévoit une licence obligatoire concernant la production de supports reproduisant une œuvre musicale dont l'auteur avait déjà autorisé la reproduction et la mise en circulation auparavant<sup>6</sup>. Celle-ci ne joue toutefois guère de rôle pratique, les droits étant gérés collectivement et les sociétés de gestion ne refusant leurs autorisations que dans des situations exceptionnelles.

3. Tous les droits à rémunération institués par la loi sont soumis à la gestion collective obligatoire. La rémunération est due par le fabricant ou l'importateur de supports propres à l'enregistrement d'œuvres (art. 20 al. 3), par le tiers qui reproduit des œuvres pour le compte d'une personne habilitée à invoquer l'exception d'usage privé (officine de copies, entreprise qui établit des revues de presse, p.ex.), par l'établissement scolaire dans le cas des utilisations d'œuvres par un enseignant ou ses élèves, par les entreprises ou les administrations pour les copies faites pour leur information interne (art. 20 al. 2), par celui qui reproduit des œuvres pour des personnes atteintes de déficiences sensorielles (art. 24c), et par celui qui utilise des phonogrammes ou des vidéogrammes à des fins de diffusion etc. (art. 35 LDA).

Les tarifs sont négociés entre les associations d'utilisateurs et les sociétés de gestion, et soumis à l'approbation d'un organisme indépendant de l'administration (la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins). S'il y a accord

---

<sup>5</sup> Art. 24c LDA : « Si la forme sous laquelle une œuvre est publiée ne permet pas ou rend difficile la perception de celle-ci par les personnes atteintes de déficiences sensorielles, il est permis de reproduire cette œuvre sous une forme qui la leur rende accessible. Ces exemplaires de l'œuvre ne peuvent être confectionnés et mis en circulation que pour l'usage par des personnes atteintes de déficiences sensorielles et sans poursuite d'un but lucratif. L'auteur a droit à une rémunération pour la reproduction et la mise en circulation de son œuvre sous une forme accessible aux personnes atteintes de déficiences sensorielles, à l'exception des cas où seuls des exemplaires isolés sont confectionnés. Le droit à rémunération ne peut être exercé que par une société de gestion agréée ».

<sup>6</sup> Art. 23 LDA : « Lorsqu'une œuvre musicale, avec ou sans texte, est enregistrée en Suisse ou à l'étranger sur un phonogramme et que, sous cette forme et avec l'autorisation de l'auteur, elle est proposée au public, aliénée ou, de quelque autre manière, mise en circulation, tout producteur de phonogrammes ayant un établissement industriel en Suisse peut exiger du titulaire du droit d'auteur, contre rémunération, la même autorisation pour la Suisse ».

entre les associations et sociétés de gestion concernées, la Commission approuve le tarif (sous réserve de dispositions qui contreviendraient à des normes impératives). S'il y a désaccord, elle tranche (sous réserve de recours au Tribunal administratif fédéral puis au Tribunal fédéral).

La surveillance officielle des tarifs est donc du ressort de cette Commission, qui doit veiller à ce que les critères posés par la loi soient remplis. Selon l'art. 60 LDA, la rémunération doit être calculée en fonction des critères suivants:

- a. recettes obtenues par l'utilisateur grâce à l'utilisation de l'œuvre, de la prestation, du phonogramme ou du vidéogramme ou de l'émission ou, à défaut, frais occasionnés par l'utilisation;
- b. nombre et genre d'œuvres, des prestations, des phonogrammes ou des vidéogrammes ou des émissions utilisés;
- c. rapport entre les œuvres, prestations, phonogrammes ou vidéogrammes ou émissions protégés et les œuvres, prestations, phonogrammes ou vidéogrammes ou émissions non protégés.

L'art. 60 al. 2 prévoit que « l'indemnité s'élève en règle générale au maximum à 10 % de la recette d'utilisation ou des frais occasionnés par cette utilisation pour les droits d'auteur et au maximum à 3 % pour les droits voisins; l'indemnité doit être fixée de manière à ce qu'une gestion rationnelle procure aux ayants droit une rémunération équitable ».

L'utilisation d'œuvres par un enseignant ou ses élèves pour l'enseignement en classe est soumise à des tarifs préférentiels.

Les sociétés de gestion doivent utiliser les moyens de droit ordinaires pour le recouvrement des créances. Le risque d'insolvabilité du débiteur est supporté par le créancier. En pratique, les plus grands problèmes ne sont pas dus aux procédures civiles en recouvrement, mais plutôt à la longueur de la procédure administrative d'approbation des tarifs. Comme indiqué ci-dessus, celle-ci est soumise à un système de triple instance (Commission arbitrale fédérale, Tribunal administratif fédéral puis Tribunal fédéral). En cas de litige, la procédure peut donc durer des années, pendant lesquelles les sociétés de gestion :

- soit ne peuvent pas encaisser les redevances (si l'autorité de recours a décrété un effet suspensif),
- soit ne peuvent pas les répartir aux ayants droit (car elles devront les rembourser aux utilisateurs si le tarif s'avère injustifié à l'issue de la procédure).

#### **D. Mécanismes pour garantir une rémunération des créateurs et des artistes interprètes**

1. Pour les tarifs soumis à surveillance (dont ceux qui se rapportent aux droits à rémunération), l'art. 60 al. 2 LDA prévoit que « l'indemnité s'élève en règle générale au maximum à 10 % de la recette d'utilisation ou des frais occasionnés par cette utilisation pour les droits d'auteur et au maximum à 3 % pour les droits voisins; l'indemnité doit être fixée de manière à ce qu'une gestion rationnelle procure aux ayants droit une rémunération équitable ».
2. Selon le Tribunal fédéral, ces pourcentages de 10 % pour les droits d'auteur et de 3 % pour les droits voisins (art. 60 LDA) sont compatibles avec la notion de rémunération équitable au sens de l'art. 15 al. 1 WPPT. Le fait que les droits d'auteur et les droits voisins soient tous deux protégés ne signifie pas que le législateur doive leur attribuer la même valeur<sup>7</sup>.

Les sociétés de gestion procèdent à la répartition sur la base d'un règlement, qui doit être soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance, à savoir l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle, qui vérifie si les sociétés de gestion respectent leurs obligations légales. En particulier, la loi prévoit que « le produit de la gestion doit être réparti entre le titulaire originaire et les autres ayants droit de telle manière qu'une part équitable revienne en règle générale à l'auteur et à l'artiste interprète. Une autre répartition peut être prévue lorsqu'il apparaît que les frais seraient excessifs » (art. 49 al. 3 LDA).

#### **E. Questions sur les nouveaux modèles économiques et leur statut juridique**

1. Le streaming à la demande par abonnement est actuellement en pleine expansion, les plateformes comme Spotify pour la musique et Netflix pour l'audiovisuel étant présentes en Suisse. Le téléchargement payant de musique connaît toujours un certain succès (iTunes est disponible en Suisse depuis maintenant une dizaine d'années), mais il a tendance à être remplacé par le streaming par abonnement. Dans le domaine de l'audiovisuel, les nouveaux systèmes de télévision numérique sont aussi en nette progression. Ils permettent non seulement la retransmission de centaines de programmes, mais intègrent aussi des offres de vidéo à la demande et des possibilités de « télévision de rattrapage » (« catch up TV »). Grâce à ces dernières, le spectateur peut consulter après coup tout type de programmes, dans un délai donné suivant leur diffusion.

---

<sup>7</sup> ATF 140 II 305.

2. Le régime juridique applicable à la télévision de rattrapage est controversé et a fait l'objet de décisions dans le cadre d'une procédure tarifaire menée par les sociétés de gestion. La Commission arbitrale a considéré que la télévision de rattrapage relevait de la copie privée autorisée par la loi, mais soumise à un droit à rémunération obligatoirement exercé par les sociétés de gestion. Le fournisseur du service est débiteur de la redevance. Un recours contre cette décision a été formé par des producteurs de films, qui considéraient que les services de « catch up TV » présents en Suisse lésaient leurs droits exclusifs. Ce recours a cependant été déclaré irrecevable par le Tribunal administratif fédéral.
3. Comme déjà mentionné, le streaming à la demande par abonnement est en développement. Les redevances perçues par les sociétés de gestion auprès des fournisseurs sont en général réparties aux ayants droit en fonction du nombre d'écoutes ou de consultations de chaque œuvre. Mais, dans ces cas, le consommateur ne paie pas lui-même en fonction du nombre de clics. Il s'acquitte d'un abonnement forfaitaire.
4. Pour la musique en ligne (streaming et téléchargement), les auteurs sont rémunérés par la société de gestion SUISA. A relever que les éditeurs « majors » confient la gestion de leurs droits à d'autres sociétés de gestion européennes, voire à de nouveaux organismes comme Celas GmbH en Allemagne, pour les utilisations de musique « transfrontières » réalisées par des fournisseurs tels iTunes ou Spotify. Les artistes-interprètes sont quant à eux rémunérés par les producteurs d'enregistrements, qui traitent directement avec les plateformes de musique en ligne ou par l'intermédiaire d'« agrégateurs ».

Dans le domaine de l'audiovisuel, lorsque la gestion collective est facultative, les auteurs et les artistes-interprètes sont en général rémunérés par les producteurs de films (lesquels passent des contrats de licence avec les plateformes en ligne), à l'exception des compositeurs qui sont représentés par SUISA et de certains réalisateurs représentés par les sociétés de gestion SSA et Suissimage. Lorsque la gestion collective est obligatoire (retransmission dans un service de télévision numérique, télévision de rattrapage) les auteurs et les artistes-interprètes sont rémunérés par les sociétés de gestion collective.

7.3.2015

Rapport établi par Vincent Salvadé et Ivan Cherpillod