

Vers une introduction de la licence collective étendue en Suisse ?*

Vincent Salvadé, docteur en droit, directeur général adjoint de SUIISA, professeur associé à la faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Table des matières

1. Introduction	2
2. Explications du Conseil fédéral	3
3. Evaluation.....	4
4. La question de la publication des licences	6
5. Le contexte transfrontière	7
6. Conclusion	8

* Texte d'une conférence donnée le 21 juin 2016 à Bucarest pour la Commission juridique de la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC).

1. Introduction

[1] Dans l'avant-projet de révision du droit d'auteur qu'il a présenté en décembre 2015¹, le Conseil fédéral suisse a préconisé d'introduire en Suisse l'institution de la licence collective étendue. Le texte proposé (art. 43a AP-LDA) a la teneur suivante :

¹ Lorsque l'utilisation porte sur un grand nombre d'œuvres ou un grand nombre de prestations protégées, les sociétés de gestion peuvent également exercer les droits exclusifs pour la gestion desquels elles ne sont pas soumises au régime de l'autorisation visé à l'art. 40, al. 1 pour les titulaires de droits qui ne sont affiliés à aucune société de gestion.

² Les titulaires de droits peuvent en tout temps demander à la société de gestion que leurs droits exclusifs, pour la gestion et l'exercice desquels ils ne sont pas soumis au régime de l'autorisation visé à l'art. 40, al. 1, soient exclus de la gestion selon al. 1.

³ Les dispositions sur les tarifs (art. 55 à 60) s'appliquent aux conventions contractuelles relatives à la gestion des droits exclusifs visés à l'al. 1.

[2] En Suisse, la gestion de certains droits nécessite une autorisation de la Confédération. Ceux-ci sont énumérés par l'art. 40 al. 1 LDA : il s'agit d'une part de droits soumis obligatoirement à la gestion collective², et d'autre part des droits d'exécution et de diffusion d'œuvres musicales non théâtrales, de même que de reproduction de telles œuvres sur phonogrammes et vidéogrammes³. Dans ces situations, les sociétés de gestion sont en situation de monopole ou de quasi-monopole : tous les droits (ou en tout cas une très large part) sont gérés par elles, ce qui explique pourquoi le gouvernement sort du champ d'application de licence collective étendue les cas où les sociétés de gestion sont « soumises au régime de l'autorisation ». En effet, dans ces situations, il n'y a pas besoin d'une telle licence pour créer un « guichet unique » apte à délivrer les autorisations nécessaires. A relever que les droits pour des exploitations en ligne (notamment ceux mis en jeu par la musique à la demande) ne sont pas visés par l'art. 40 al. 1 LDA. Ils pourraient donc faire l'objet d'une licence collective étendue.

[3] D'après les art. 55 à 60 LDA, les sociétés de gestion ont certaines obligations en matière tarifaire : notamment, les redevances doivent respecter les critères de l'art. 60 LDA. Elles sont ainsi en principe plafonnées à un maximum de 10% des recettes de l'utilisateur pour les

¹ <https://www.ipi.ch/fr/droit-dauteur/modernisation-du-droit-dauteur-2015.html>.

² Comme les simples droits à rémunération en cas de licence légale, par exemple pour l'usage privé, ou le droit exclusif de retransmission par câble.

³ Art. 40 al. 1 lit. a LDA.

droits d'auteur, et de 3% pour les droits voisins. Les tarifs doivent aussi être approuvés par un organe étatique, la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins (art. 55 et 59 LDA). D'après l'art. 43a al. 3 LDA, ces dispositions sur les tarifs vaudraient donc aussi pour les licences collectives étendues.

2. Explications du Conseil fédéral

Pour quelles raisons le gouvernement souhaite-t-il introduire en Suisse la licence collective étendue ?

[4] Dans son rapport explicatif, il traite de la licence collective étendue sous le titre « Possibilité de la gestion collective pour les utilisations d'Internet »⁴. Il considère donc clairement qu'un tel instrument pourrait être utile dans le contexte du numérique. Il propose son introduction après avoir examiné les inconvénients d'un forfait culturel (*flarate*)⁵, et en relevant qu'il est une forme de gestion à l'intersection de la gestion collective au sens strict du terme et de la gestion individuelle⁶. Il explique que l'institution est originaire des pays scandinaves, où elle a fait ses preuves, et qu'elle se caractérise par les éléments suivants⁷ :

- l'organisme qui donne la licence est représentatif dans son domaine d'activité et bénéficie en général d'une reconnaissance de l'Etat ;
- cet organisme a passé des licences avec certains usagers ;
- ces licences s'étendent par l'effet de la loi aux œuvres des titulaires non représentés par l'organisme de gestion.

[5] Les licences collectives étendues reposeraient sur des nécessités pratiques et sur la présomption que les ayants droit auraient donné leur autorisation s'ils avaient eu connaissance de l'utilisation de leurs œuvres. Cette présomption peut être réfragable, en ce sens que l'ayant droit a la possibilité de sortir ses œuvres de la licence (système de *opt-out*), ou irréfragable dans le cas contraire⁸.

⁴ Rapport explicatif, p. 9 ss (disponible sous <https://www.ipi.ch/fr/droit-dauteur/modernisation-du-droit-dauteur-2015.html>).

⁵ C'est à dire d'une licence légale (ou globale) pour la transmission ou la reproduction non commerciales de musique, films, etc., contre perception d'une taxe forfaitaire, ou de l'introduction de la gestion collective obligatoire pour de tels actes.

⁶ Rapport explicatif (n. 4), p. 12.

⁷ Ibidem. Voir aussi : W. EGLOFF, Extended Collective Licenses – ein Modell auch für die Schweiz ?, sic! 11/2014, pp. 673-674.

⁸ Rapport explicatif (n. 4), p. 12.

[6] Selon le gouvernement, les licences collectives étendues auraient concerné à l'origine des cas comme l'utilisation d'un juke-box dans un café, la réception d'émissions dans un restaurant ou la reproduction d'œuvres à des fins pédagogiques⁹. Mais elles seraient maintenant utilisées dans les pays nordiques aussi pour la mise à disposition d'œuvres sur Internet, leur utilisation à des fins de formation ou de recherche, leur reproduction dans le monde du travail ainsi que leur utilisation par les archives et bibliothèques publiques ou en lien avec des émissions de radio et de télévision¹⁰.

[7] Le gouvernement explique encore que le Danemark a développé l'institution en instaurant une « licence collective étendue généralisée », c'est-à-dire non limitée par la loi à un domaine de gestion particulier. Du point de vue du droit international, la compatibilité de ce modèle avec le test des trois étapes n'a pas été mise en doute¹¹. Par conséquent, le gouvernement propose l'introduction en Suisse d'une telle licence collective généralisée, afin de simplifier l'utilisation massive d'œuvres dans certaines situations, de même que la rémunération des ayants droit¹². Il estime que le domaine des bibliothèques et des archives pourrait représenter un champ d'application important¹³. Il instaure cependant une possibilité de *opt-out* en faveur des ayants droit, afin de sauvegarder leur liberté de choix concernant le modèle de gestion¹⁴.

[8] Par ailleurs, s'agissant des œuvres orphelines, l'avant-projet de révision prévoit expressément le recours au modèle de la gestion collective étendue pour l'utilisation d'un grand nombre d'œuvres se trouvant dans des stocks de bibliothèques, d'établissements d'enseignement, de musées, de collections, d'archives en mains publiques ou accessibles au public ou d'archives d'organismes de diffusion¹⁵. Le gouvernement considère donc que les licences collectives étendues pourraient contribuer à résoudre le problème des œuvres orphelines.

3. Evaluation

[9] Globalement, les sociétés de gestion suisses ont accueilli favorablement l'art. 43a AP-LDA. SUISA a d'ailleurs relevé que cet instrument pourrait être utile aussi pour la mise à

⁹ Voir aussi : EGLOFF (n. 7), p. 673.

¹⁰ Rapport explicatif (n. 4), pp. 12-13. Pour une explication détaillée des cas d'application dans les pays nordiques, voir EGLOFF (n. 7), p. 675.

¹¹ Rapport explicatif (n. 4), p. 13. Voir aussi : EGLOFF (n. 7), p. 677 ss.

¹² Rapport explicatif (n. 4), p. 14.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Art. 22b al. 4 AP-LDA.

disposition d'œuvres dans des réseaux sociaux, afin de sortir les internautes de l'illégalité et de procurer une rémunération aux ayants droit¹⁶. On doit néanmoins critiquer certaines formulations de l'art. 43a al. 1 AP-LDA. Tout d'abord, la licence collective devrait aussi concerner les ayants droit affiliés à une société de gestion, cela dans les cas où cette dernière n'est pas représentée par les sociétés suisses. Au lieu d'évoquer, à la fin du premier alinéa, les « titulaires de droits qui ne sont affiliés à aucune société de gestion », il faudrait donc donner la teneur suivante à cet alinéa :

« Lorsque l'utilisation porte sur un grand nombre d'œuvres ou un grand nombre de prestations protégées, les sociétés de gestion peuvent également exercer les droits exclusifs pour la gestion desquels elles ne sont pas soumises au régime de l'autorisation [...] pour les titulaires de droits qui ne sont ~~affiliés à aucune société de gestion pas représentés par elles.~~ »

[10] D'autre part, l'alinéa 2 pourrait être rédigé de manière plus simple, et il devrait régler la question – importante en pratique – du moment où la déclaration d'*opt-out* peut prendre effet. La formulation suivante a donc été proposée durant la procédure de consultation, en particulier par SUIISA¹⁷ :

« ~~Les titulaires de droits peuvent en tout temps demander à la société de gestion que leurs droits exclusifs, pour la gestion et l'exercice desquels ils ne sont pas soumis au régime de l'autorisation visé à l'art. 40, al. 1, soient exclus de la gestion selon al. 1. Les titulaires de droits peuvent en tout temps demander à la société de gestion que leurs droits soient exclus d'une licence collective déterminée ; cette licence cesse de s'appliquer aux œuvres et prestations concernées dès réception de la déclaration.~~ »

[11] Enfin, à notre avis, il n'est pas utile que les autorités contrôlent les conditions financières de contrats, c'est-à-dire de documents sur lesquels les parties se sont mises d'accord. En matière tarifaire, la Commission arbitrale fédérale considère d'ailleurs qu'un accord laisse présumer que le tarif correspond à ce qui aurait été obtenu par voie de contrat dans une situation de concurrence. Ce n'est qu'en cas d'indices détruisant cette présomption qu'elle doit examiner si les conditions légales sont réalisées. En l'absence de tels indices, qu'elle n'est pas tenue de rechercher, la Commission arbitrale peut partir du principe que le tarif est équitable et l'approuver¹⁸. Le contrôle est donc uniquement formel et l'on ne voit pas ce qu'il pourrait apporter en matière de licences collectives étendues.

¹⁶ Voir prise de position de SUIISA sur l'avant-projet p. 9, disponible sur http://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/news/2016/1603_Revision_LDA_Prise_de_position_SUIISA_FR.pdf.

¹⁷ Voir prise de position de SUIISA sur l'avant-projet (n. 16), p. 10.

¹⁸ Voir notamment les décisions de la Commission arbitrale du 3 octobre 2011 relatives aux tarifs VI et PA de SUIISA et au tarif commun L de SUIISA et SWISSPERFORM.

[12] En revanche, on peut se demander s'il ne serait pas nécessaire qu'une autorité administrative vérifie les conditions de la licence, c'est-à-dire l'existence d'un grand nombre d'œuvres ou de prestations. Nous répondons toutefois par la négative : si ces conditions ne sont pas remplies, les ayants droit non représentés par la société de gestion ne seront simplement pas liés. C'est donc le juge civil qui pourra contrôler la réalisation des conditions, dans le cadre d'une action civile intentée par un ayant droit dans un cas concret. A notre sens, cela rend inutile un examen *a priori* de la même question par une autorité administrative.

[13] Néanmoins, il faut s'assurer que les ayants droit non représentés par la société de gestion participeront aussi aux revenus de la licence. Comme il s'agit là d'un enjeu important, il serait utile que l'art. 49 LDA¹⁹ soit expressément déclaré applicable, s'agissant des principes de répartition.

[14] Ainsi, afin de ne pas surcharger inutilement les autorités, et pour tenir compte de ce qui précède, on pourrait songer à donner à l'alinéa 3 de l'art. 43a AP-LDA la teneur suivante :

« Les dispositions sur les tarifs (art. 55 à 60) s'appliquent aux conventions contractuelles relatives à la gestion des droits exclusifs visés à l'al. 1. Les dispositions sur la surveillance des tarifs (art. 55 ss) ne s'appliquent pas aux licences collectives étendues ; en revanche, les revenus de la gestion doivent être répartis selon les principes de l'art. 49. »

4. La question de la publication des licences

[15] D'après la proposition du Conseil fédéral, les ayants pourraient en tout temps demander que leurs droits soient exclus de la « gestion » prévue à l'art. 43a al. 1 AP-LDA, c'est-à-dire de la gestion sans mandat qu'impliquent les licences collectives étendues²⁰. Cela paraît signifier que les ayants droit pourraient exclure de manière générale qu'une société de gestion passe une licence collective étendue les concernant. Une telle possibilité restreindrait de beaucoup l'utilité de l'institution et irait à l'encontre de son but : des ayants droit particuliers pourraient en effet s'opposer globalement à ce modèle de gestion, ce qui remettrait en cause sa reconnaissance par la loi. Aussi, il est important de veiller à ce que la déclaration de *opt-out* ne puisse pas être exercée de manière générale, mais doive toujours intervenir pour une licence déterminée. La formulation précitée de l'art. 43a al. 2 tient compte de cet aspect. Tant

¹⁹ L'art. 49 LDA dispose notamment que les sociétés doivent répartir le produit de leur gestion proportionnellement au rendement de chaque œuvre et de chaque prestation et qu'elles doivent entreprendre tout ce que l'on peut raisonnablement attendre d'elles pour identifier les ayants droit.

²⁰ Cf. art. 43a al. 2 AP-LDA.

pour les ayants droit que pour les utilisateurs, il est préférable qu'un tel *opt-out* se fasse en connaissance des conditions convenues dans chaque cas particulier. Vu les conséquences importantes pour les utilisateurs, on peut exiger du titulaire des droits qu'il se prononce en fonction des circonstances de chaque cas particulier. Et c'est d'ailleurs seulement dans un cas concret que ce titulaire pourra évaluer correctement son intérêt à accepter ou à refuser la licence.

[16] Ainsi, il est primordial que chaque licence collective étendue soit publiée de manière adéquate, afin que les ayants droit puissent en prendre connaissance et décider ou non d'une déclaration de *opt-out*. Cette question n'aurait pas forcément besoin d'être réglée par la loi : elle pourrait faire l'objet d'une ordonnance d'application édictée par le gouvernement. Néanmoins, en matière tarifaire, les sociétés de gestion ont une obligation légale de publier les tarifs approuvés par l'Autorité²¹. Il ne serait donc pas illogique que la LDA révisée prévoit une obligation de publication, à charge des sociétés de gestion, pour chaque licence collective étendue qu'elles concluent.

5. Le contexte transfrontière

[17] Une question importante est celle de savoir si une licence collective étendue peut avoir en effet en dehors du territoire de l'Etat qui la prévoit. Le gouvernement reconnaît apparemment que le problème ne pourrait être résolu que par un effort d'harmonisation internationale, vu le principe de territorialité qui gouverne actuellement le droit d'auteur²². Mais il s'aventure en terrain glissant en suggérant qu'« un upload, qui est légal selon le droit du pays où a lieu le téléversement, ne [pourrait] pas être contesté, voire interdit, par la juridiction d'un autre Etat dans le pays du téléversement »²³. Cela est certes correct, dans la mesure où une juridiction étrangère ne pourra pas revoir la licéité du « upload » dans le pays où il a lieu ; mais cela n'empêche pas que la mise à disposition de l'œuvre soit remise en cause dans le pays du for, si elle peut être localisée dans ce pays parce qu'elle y produit un résultat.

[18] A l'heure actuelle, il faut donc convenir que les licences collectives étendues ne peuvent pas avoir un effet extraterritorial, ce qui restreint leur utilité.

²¹ Art. 46 al. 3 LDA.

²² Rapport explicatif (n. 4), pp. 13-14.

²³ Rapport explicatif (n. 4), p. 13.

6. Conclusion

[19] Compte tenu des réflexions ci-dessus, il nous semble que la licence collective étendue est un modèle de gestion intéressant :

- pour des utilisations d'œuvres et de prestations massives ayant un caractère essentiellement national ;
- si les licences sont publiées ;
- si les ayants droit ont une possibilité de *opt-out*, mais avec l'obligation de l'exercer pour chaque licence et non à l'avance de manière générale.

[20] En outre, un contrôle étatique des conditions de la licence ne nous paraît pas nécessaire, vu qu'il s'agit d'accords négociés entre parties. Au surplus, personne n'a intérêt à ce que les conditions soient inéquitables pour les ayants droit, puisque cela multiplierait les déclarations de *opt-out*, aussi au détriment des utilisateurs. Cette « garantie indirecte d'équité » est à notre avis suffisante et permet d'éviter le recours à un appareil administratif compliqué.