

**Comment les sociétés de gestion
favorisent-elles la littérature et l'art
sur la scène suisse ?**

par

Aurélie Cachelin

Mémoire de master

Rédigé sous la direction du
Professeur Vincent Salvadé

Septembre 2015

« Ce qui est créé par l'esprit est plus vivant que la matière. »

Charles Baudelaire

Table des matières

Liste des abréviations	V
Remerciements	X
Bibliographie	XI
Remarques	XX
Introduction	1
Chapitre 1 Quelques points de repère historiques	3
1.1 Le siècle des Lumières et l'idée de gestion commune	3
1.2 L'éclosion de plusieurs sociétés de gestion et l'internationalisation de la protection	4
1.3 L'émancipation suisse et la création d'un monopole légal.....	6
Chapitre 2 Les différents droits d'auteur et leur cessibilité	8
2.1 Les droits moraux	8
2.1.1 Généralités	8
2.1.2 Droit de paternité (art. 9 al. 1 et 2 LDA)	9
2.1.3 Droit de divulgation (art. 9 al. 2 et 3 LDA)	10
2.1.4 Droit à l'intégrité de l'œuvre (art. 11 LDA)	11
2.1.5 Droits moraux de l'artiste interprète (art. 33a LDA).....	12
2.2 Les droits patrimoniaux	13
2.2.1 Généralités	13
2.2.2 Le droit de reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA).....	13
2.2.3 Le droit de mise en circulation (art. 10 al. 2 let. b LDA)	14
2.2.4 Le droit de communication (art. 10 al. 2 let. c LDA)	14
2.2.5 Le droit de diffusion (art. 10 al. 2 let. d LDA)	15
2.2.6 Le droit de retransmission (art. 10 al. 2 let. e LDA).....	15
2.2.7 Le droit de faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition, diffusées ou retransmises (art. 10 al. 2 let. f LDA).....	15
2.2.8 Les droits des titulaires de droits voisins (art. 33, 36 et 37 LDA).....	16
2.3 Les droits à rémunération	17
2.3.1 Généralités	17
2.3.2 Les cinq droits à rémunération.....	18
2.4 La cessibilité des droits en jeu et la controverse doctrinale autour de l'art. 16 LDA.....	19
Chapitre 3 Raison d'être des sociétés de gestion	21
3.1 Gestion collective des droits d'auteur.....	21
3.1.1. Les principaux acteurs concernés	22
3.1.2 Délimitation entre les différents types de gestion.....	22
3.1.2.1 Gestion individuelle	23
3.1.2.1.1 Rapports entre les principaux acteurs concernés.....	24
3.1.2.1.2 Schéma récapitulatif.....	26
3.1.2.2 Gestion collective obligatoire des simples droits à rémunération.....	26
3.1.2.2.1 Rapports entre les principaux acteurs concernés.....	27
3.1.2.2.2 Schéma récapitulatif.....	29
3.1.2.3 Gestion collective obligatoire de certains droits exclusifs.....	29
3.1.2.3.1 Rapports entre les principaux acteurs concernés.....	30
3.1.2.3.2 Schéma récapitulatif.....	33
3.1.2.4 Gestion collective volontaire ou facultative.....	33
3.1.2.4.1 Rapports entre les principaux acteurs concernés.....	34
3.1.2.4.2 Schéma récapitulatif.....	38
3.1.3 Activités relatives à la gestion collective.....	38
3.1.3.1 Négociation avec les tiers et octroi de licences.....	38

3.1.3.2	Contrôle de l'utilisation des œuvres et prestations	39
3.1.3.3	Prélèvement et répartition des redevances	41
3.1.3.4	Conduite de procès	42
3.2	Simplification pour les utilisateurs	45
3.3	Négociation de tarifs	46
3.4	Conclusion de contrats de représentation réciproque	46
3.4.1	Quelques notions élémentaires	46
3.4.2	Une solution gagnant-gagnant	48
3.5	Promotion de la culture et protection sociale des auteurs	49
3.5.1	Tour d'horizon historique et divergences	49
3.5.2	Les causes culturelles et sociales	53
3.6	Conseils juridiques et combat idéologique	54
Chapitre 4	Différentes facettes légales de la gestion collective en Suisse	55
4.1	Le fondement légal	55
4.1.1	En droit national	56
4.1.2	En droit international	57
4.1.3	Excursus en droit communautaire	58
4.2	La surveillance de la Confédération	59
4.2.1	Pourquoi faut-il un contrôle étatique et quelles en sont les spécificités ?	59
4.2.1.1	Le monopole de fait comme principale raison	59
4.2.1.2	Spécificités du système suisse à la lumière du droit communautaire	60
4.2.1.2.1	Les règles sur la concurrence	60
4.2.1.2.2	Le type de surveillance	61
4.2.1.3	Justification du monopole et appréciation personnelle	62
4.2.2	Les domaines de gestion assujettis à la surveillance	62
4.2.2.1	Les deux domaines impérativement surveillés	63
4.2.2.2	L'insécurité juridique générée par une possibilité d'extension	64
4.2.2.3	Délimitation avec les domaines non assujettis à la surveillance	65
4.2.3	Le contrôle sur la gestion administrative	65
4.2.4	Le contrôle sur les tarifs	67
Chapitre 5	Les cinq sociétés de gestion suisses : analyse de quelques questions choisies	72
5.1	Présentation générale	73
5.1.1	SUISA	73
5.1.2	PROLITTERIS	73
5.1.3	SUISSIMAGE	74
5.1.4	SSA	74
5.1.5	SWISSPERFORM	75
5.1.6	Tableau : quelques données statistiques	75
5.2	Des personnes morales organisées	76
5.2.1	Quatre sociétés coopératives et une association	76
5.2.1.1	Quelques notions fondamentales relatives aux sociétés coopératives	77
5.2.1.2	Quelques notions fondamentales relatives à l'association	78
5.2.1.3	Raisons inhérentes à l'adoption de la forme juridique des sociétés de gestion	81
5.2.2	Distinction entre la qualité de simple mandant et la qualité de sociétaire	82
5.2.3	L'organisation des cinq sociétés	85
5.3	La place et l'avenir des sociétés de gestion en Suisse	88
Conclusion	91
ANNEXE: questionnaire	I

Liste des abréviations

a [+ abréviation]	ancien(ne)
ADPIC	Accord du 15 avril 1994 sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, RS 0.632.20, Annexe 1.C
AGUR12	Arbeitsgruppe zum Urheberrecht
al.	Alinéa(s)
art.	Article(s)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
Aufl.	Auflage
BIEM	Bureau international des sociétés gérant les droits d'enregistrement et de reproduction mécanique
CAF	Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins
CB	Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à Paris le 24 juillet 1971, RS. 0.231.15
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS. 210
CD	Compact Disc
CDF	Contrôle fédéral des finances
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise (droit industriel, droit d'auteur, droit commercial) de l'Université de Lausanne
Cf.	<i>confer</i> (reportez-vous à)
CGG	Conditions générales de gestion
ch.	Chiffre(s)
CIS	Common Information System
CISAC	Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes [aujourd'hui remplacée par la CJUE]
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMO(s)	Collective Management Organization(s)

CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), RS. 220
Comco	Commission de la concurrence
consid.	considérant(s)
<i>Contra</i>	D'un autre avis
CR	Convention internationale du 26 octobre 1961 sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (connue sous le nom de Convention de Rome), RS. 0.231.171
CR-PI	Commentaire romand de droit de la propriété intellectuelle
CR-LCart	Commentaire romand de droit de la concurrence
CRM(s)	Collective rights manager(s)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS. 101
CUA	Convention universelle sur le droit d'auteur, révisée à Paris le 24 juillet 1971, RS 0.231.01
DFJP	Département fédéral de justice et police
Directive 2014/26/UE	Directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur, JO L 84/72 du 20.3.2014
DRM(S)	Digital rights management (system)
DVD	Digital Versatile Disc
éd.	Edition ¹
édit.	Editeur ²
<i>et al.</i>	et alii (et autres)
etc.	et cetera

¹ Nous utiliserons la même abréviation pour désigner en anglais « editon ».

² Nous utiliserons la même abréviation pour désigner en anglais « editor ».

FF	Feuille fédérale
GEFA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
Hrsg.	Herausgeber(in)
Ibid.	Ibidem (au même endroit)
<i>in</i>	dans
IPI	Institut fédéral de la propriété intellectuelle
ISO	International Organization for Standardization
JdT	Journal des Tribunaux
JO	Journal officiel de l'Union européenne
KG	Kommanditgesellschaft
LBI	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention, RS. 232.14
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, RS. 251
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, RS. 241
LCF	Loi fédérale du 28 juin 1967 sur le Contrôle des finances, RS. 614.0
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins, RS. 231.1
LEC	Loi fédérale du 11 décembre 2009 sur l'encouragement de la culture, RS. 442.1
LHID	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, RS. 642.14
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, RS. 642.11
LIPI	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, RS. 172.010.31
LPerc	Loi fédérale du 25 septembre 1940 concernant la perception de droits d'auteur (abrogée), FF 1940 1077

LPM	Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance, RS. 232.11
LPOV	Loi fédérale du 20 mars 1975 sur la protection des obtentions végétales, RS. 232.16
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS. 831.40
LSPr	Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix, RS. 942.20
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS. 173.110
LTo	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur la protection des topographies de produits semi-conducteurs, RS. 231.2
let.	Lettre(s)
N	Numéro(s)
ODAu	Ordonnance du 26 avril 1993 sur le droit d'auteur et les droits voisins, RS. 231.11
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ORC	Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce, RS. 221.411
p.	Page(s)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS. 172.021
PC	Procédure civile
PI	Propriété intellectuelle
PROLITTERIS	Société suisse de droits d'auteur pour l'art littéraire et plastique, coopérative
RC	Registre du commerce
RDS	Revue de droit suisse
rés.	résumé
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle
ss	Et suivant(e)s

SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SACD	Société des auteurs et compositeurs dramatiques
SACEM	Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
SCOOP	Société(s) coopérative(s)
SGDL	Société des gens de lettres
SHK	Stämpflis Handkommentar
sic !	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
SSA	Société suisse des auteurs, société coopérative
SUISA	Coopérative des auteurs et éditeurs de musique
SUISSIMAGE	Coopérative suisse pour les droits d'auteurs d'œuvres audiovisuelles
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
TAF	Tribunal administratif fédéral
th.	Thèse
TIC	Technologies de l'information et de la communication
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
Unine	Université de Neuchâtel
URG	Urheberrechtsgesetz
Vol.	Volume
WCT	WIPO Copyright Treaty (en français: Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur), RS. 0.231.151
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty (en français: Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes), RS. 0.231.171.1

Remerciements

Nos premiers mots vont tout naturellement au Professeur Vincent Salvadé que nous ne saurions remercier assez vivement pour le temps qu'il nous a accordé, pour sa bienveillance et ses précieux conseils.

Nous tenons également à remercier chaleureusement les personnes au sein des départements juridiques et de la direction des cinq sociétés de gestion d'avoir très aimablement accepté de répondre à nos questions et d'apporter une originale plus-value à notre mémoire. Nos remerciements s'adressent tout particulièrement à Dieter Meier, directeur de SUISSIMAGE, Michael Egli, responsable du Service juridique de SWISSPERFORM, Nicolas Pont, chef de division du Service juridique de SUISA, Werner Stauffacher, directeur adjoint de PROLITTERIS et Sandra Gerber Bugmann, responsable du Service juridique de la SSA.

Finalement, nous ne pouvons oublier d'exprimer notre reconnaissance et toute notre affection à nos proches qui nous ont soutenus inconditionnellement au fil de nos études et de ce travail, nous ont encouragés et ont eu la gentillesse de nous relire.

Bibliographie

1. Doctrine

Traité, manuels, commentaires, monographies et articles

ALBERINI ADRIEN, *in* : MARTENET/BOVET/TERCIER (édit.), Commentaire romand – Droit de la concurrence, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : ALBERINI, CR-LCart).

BADDELEY MARGARETA, L'association sportive face au droit. Les limites de son autonomie, th., Genève/Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994.

BARRELET/EGLOFF, Le nouveau droit d'auteur. Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 3^e éd., Berne 2008.

BLANK VALENTIN, *in*: NIKOLTCHEV SUSANNE (édit.), IRIS Spécial: La créativité à un prix – Le rôle des sociétés de gestion collective, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2009.

BENHAMOU YANIV, Dommages-intérêts suite à la violation de droits de propriété intellectuelle. Etude de la méthode des redevances en droit suisse et comparé, th., Genève/Zurich/Bâle 2013.

BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 2^e éd., Bâle/Neuchâtel 2014 (cité: BOHNET, PC).

BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II, p. 185-322 (cité: BOHNET, RDS 2009).

BRAUN MARTINA, Le droit moral de l'artiste interprète, th., Berne 2010.

BREM/SALVADÉ/WILD, *in*: MÜLLER/OERTLI (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz (URG). Bundesgesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung, 2. Aufl., Berne 2012 (cité : BREM/SALVADE/WILD, SHK-URG).

CAVALLI JEAN, La gestion collective des droits d'auteur exploités sur Internet, *in*: DALLEVES/BAGNOUD (édit.), Internet 2005, CEDIDAC, Lausanne 2005.

CHAPPUIS CHRISTINE, La restitution des profits illégitimes. Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse, th., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991.

CHERPILLOD IVAN, *in*: DE WERRA/GILLIERON (édit.), Commentaire romand – Propriété intellectuelle, Bâle 2013 (cité: CHERPILLOD, CR-PI).

CHERPILLOD IVAN, Titularité et transfert des droits, *in*: MARCHETTO FABIO (édit.), La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur, CEDIDAC, Lausanne 1994 (cité: CHERPILLOD, Titularité et transfert).

DESSEMONTET FRANÇOIS, *Le droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausanne 1999 (cité: DESSEMONTET, *Droit d'auteur*).

DESSEMONTET FRANÇOIS, *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*, CEDIDAC, Lausanne 2011 (cité: DESSEMONTET, *PI et contrats de licence*).

DE WERRA JACQUES, *in*: DE WERRA/GILLIERON (édit.), *Commentaire romand – Propriété intellectuelle*, Bâle 2013 (cité: DE WERRA, *CR-PI*).

DIRINGER YVAN, *Gestion collective des droits d'auteur et droit de la concurrence. Pour une relecture à l'heure d'internet*, Tome I, th., Aix-en-Provence 2011.

DOCK MARIE-CLAUDE, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire*, *in*: *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, Paris N 79/1974, p. 126-205.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, *Le transfert fiduciaire: « donner pour reprendre ». Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle/Genève/Munich 2000.

ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Berne 1997.

FABRIN MARIANNE, *Urheber- und Verleger-Fürsorge-Stiftung der ProLitteris*, *sic !* 9/2002, p. 656-658.

FEHLBAUM PASCAL, *in*: DE WERRA/GILLIERON (édit.), *Commentaire romand – Propriété intellectuelle*, Bâle 2013 (cité: FEHLBAUM, *CR-PI*).

FICSOR MIHALY, *La gestion collective du droit d'auteur et des droits connexes*, OMPI, Genève 2002 (cité : FICSOR, *OMPI*).

FICSOR MIHALY, *Collective Management of Copyright and Related Rights from the Viewpoint of International Norms and the Acquis Communautaire*, *in* : GERVAIS DANIEL (édit.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 2^e éd., The Netherlands 2010 (cité : FICSOR, *Collective Management*).

GERBER BUGMANN SANDRA, *Lorsque la SSA gère les contrats de ses auteurs*, *sic !* 9/2005, p. 707-708.

GERVAIS DANIEL, *Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age*, *in* : GERVAIS DANIEL (édit.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 2^e éd., The Netherlands 2010.

GILLIÉRON PHILIPPE, *Anmerkung zu TF 2C_658/2008, GT 3 zur Neubeurteilung an die Vorinstanz*, *medialex* 2/2009, p. 115.

GOLDSTEIN/HUGENHOLTZ, *International Copyright. Principles, Law, and Practice*, 3rd éd., Oxford 2013.

GOVONI/STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, *in* : VON BÜREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), II/1 Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Bâle 2014.

GUIBAULT LUCIE, Collective Rights Management Directive, *in* : STAMATOUDI/TORREMANS (édit.), EU Copyright Law. A commentary, Cheltenham/Northampton 2014.

GUILLOD OLIVIER, Droit des personnes, 3^{ème} éd., Bâle/Neuchâtel 2012.

HEFTI ERNST, Die Tätigkeit der schweizerischen Verwertungsgesellschaften, *in* : VON BÜREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), II/1 Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Bâle 2014.

HELPER LAURENCE R., Collective Management of Copyrights and Human Rights : An Uneasy Alliance Revisited, *in* : GERVAIS DANIEL (édit.), Collective Management of Copyright and Related Rights, 2^e éd., The Netherlands 2010.

HERITIER LACHAT ANNE, *in* : THEVENOZ/WERRO (édit.), Commentaire romand – Code des obligations, Vol. I: Art. 1-529 CO, 2^e éd., Bâle 2012 (cité: HERITIER LACHAT, CR-CO I).

HERRADI JOLANDA, La Société Suisse des Auteurs (SSA) et son Fonds culturel, *sic* ! 6/2003, p. 557-558.

HILTY RETO M., Urheberrecht, Bern 2011.

KARNELL/VON LEWINSKI, Chapter 6., Collective Administration of Copyrights and Neighbouring Rights, *in* : SCHRICKER GERHARD (édit.), Copyright and Industrial Property, Vol. XIV, International Encyclopedia of Comparative Law, Dordrecht/Boston/Lancaster 2006.

KATZENBERGER PAUL, Les divers systèmes du droit de contrôle de la gestion collective de droits d'auteur dans les Etats européens, *in* : HILTY RETO M. (édit.), La gestion collective du droit d'auteur en Europe, Bâle/Francfort-sur-le-Main/Bruxelles/Cologne/Berlin/Bonn/Munich 1995.

KÖHLER DANIEL, SUISA se positionne sur le nouveau marché en ligne européen, *in* : SUISA éd., Rapport annuel 2014, Zurich 2015.

LICHTENEGGER MORITZ, Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und Neue Medien. Der wahrnehmungsrechtliche Grundsatz und seine Konsequenzen für die kartellrechtliche Bewertung der Verwertungsgesellschaften in Europa, th., Zurich 2014.

LIECHTI PATRICK F., Exceptions au droit d'auteur, copie privée, reprographie et gestion collective, *in* : MARCHETTO FABIO (édit.), La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur, CEDIDAC, Lausanne 1994 (cité: LIECHTI, Exceptions au droit d'auteur).

LIECHTI PATRICK F., Les possibilités et les limites de licences légales ou obligatoires selon la Convention de Berne, *in* : REHBINDER/LARESE (Hrsg.), Die Berner Übereinkunft und die

Schweiz. Schweizerische Festschrift zum einhundertjährigen Bestehen der Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, Berne 1986 (cité : LIECHTI, Licences légales ou obligatoires).

LING PETER, *in*: DE WERRA/GILLIERON (édit.), Commentaire romand – Propriété intellectuelle, Bâle 2013 (cité: LING, CR-PI).

MARBACH/RIVA, Sur la règle dite des 10 pour cent dans le droit d'auteur. Avis du 19 juin 1989 sur le projet fédéral pour une nouvelle loi sur le droit d'auteur, *in* : HILTY RETO M. (édit.), La gestion collective du droit d'auteur en Europe, Bâle/Francfort-sur-le-Main/Bruxelles/Cologne/Berlin/Bonn/Munich 1995.

MARTENET/CARRON, *in* : MARTENET/BOVET/TERCIER (édit.), Commentaire romand – Droit de la concurrence, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : MARTENET/CARRON, CR-LCart).

MEIER DIETER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, Bâle 2012.

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit suisse des sociétés. Avec mise à jour 2015, Berne 2015.

METTRAUX KAUTHEN CATHERINE, *in* : DE WERRA/GILLIERON (édit.), Commentaire romand – Propriété intellectuelle, Bâle 2013 (cité: METTRAUX KAUTHEN, CR-PI).

MEYER ALFRED, DRMS Do Not Replace Collecting Societies, *in* : GRABER CHRISTOPHE BEAT *et al.* (édit.), Digital Rights Management: The End of Collecting Societies ?, Berne 2005.

MEYER/ROTH, 75 ans au service de la musique. SUISA 1923-1998, Zurich/Lausanne 1998.

MONTAVON PASCAL, Abrégé de droit commercial, Droit et entreprise, 5^{ème} éd., Lausanne 2011 (cité : MONTAVON, Abrégé).

MONTAVON PASCAL, SCOOP. Société coopérative, Droit et entreprise, Lausanne 1999 (cité : MONTAVON, SCOOP).

MORIN ARIANE, *in*: THEVENOZ/WERRO (édit.), Commentaire romand – Code des obligations, Vol. I: Art. 1-529 CO, 2^e éd., Bâle 2012 (cité: MORIN, CR-CO I).

OERTLI REINHARD, *in* : MÜLLER/OERTLI (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz (URG). Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung, 2. Aufl., Berne 2012 (cité : OERTLI, SHK-URG).

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, OMPI glossaire du droit d'auteur et des droits voisins, Genève 1980 (cité: OMPI Glossaire).

OSWALD DENIS, Associations, fondations, et autres formes de personnes morales au service du sport, Berne 2010.

PERRET FRANÇOIS, Les droits voisins, *in*: MARCHETTO FABIO (édit.), La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur, CEDIDAC, Lausanne 1994.

PERRIN/CHAPPUIS, *Droit de l'association*, 3^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2008.

PIASKOWSKI NATHALIE, *Collective Management in France*, in : GERVAIS DANIEL (édit.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 2^o éd., The Netherlands 2010.

PHILIPPIN EDGAR, in: DE WERRA/GILLIERON (édit.), *Commentaire romand – Propriété intellectuelle*, Bâle 2013 (cité: PHILIPPIN, CR-PI).

PROLITTERIS, *ProLitteris : la société de gestion ProLitteris*, Zurich 2001 (cité : PROLITTERIS).

REHBINDER MANFRED, *Schweizerisches Urheberrecht*, 3. Aufl., Berne 2000.

REHBINDER/VIGANÒ, *URG : Urheberrecht und verwandte Schutzrechte mit ausführenden Verordnungen, Nebengesetzen, zwischenstaatlichen Verträgen (insbesondere WIPO- und TRIPS-Abkommen, RBÜ und Rom-Abkommen), weiteren Materialien sowie Sachregister*, 3. Aufl., Zurich 2008.

RUEDIN PIERRE-EMMANUEL, in: DE WERRA/GILLIERON (édit.), *Commentaire romand – Propriété intellectuelle*, Bâle 2013 (cité: RUEDIN, CR-PI).

RUEDIN ROLAND, *Gestion durable et formes de société*, in : TRIGO TRINDADE/PETER/BOVET (édit.), *Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain. Economie Environnement Ethique. De la responsabilité sociale et sociétale*, Genève/Zurich/Bâle 2009 (cité : RUEDIN, *Gestion durable*).

RUEDIN/DUBOIS/TISSOT, *Propriété intellectuelle. Jurisprudence fédérale et cantonale 2007-2011*, Bâle/Neuchâtel 2013.

SALVADE VINCENT, in: DE WERRA/GILLIERON (édit.), *Commentaire romand – Propriété intellectuelle*, Bâle 2013 (cité: SALVADE, CR-PI).

SALVADE VINCENT, *Droit d'auteur et technologies de l'information et de la communication*, Genève/Zurich/Bâle 2015 (cité: SALVADE, *Droit d'auteur et TIC*).

SALVADE VINCENT, *Gestion collective des droits et nouvelles technologies ; une mise en perspective par rapport aux questions actuelles*, in: TISSOT NATHALIE (édit.), *Quelques facettes du droit de l'Internet*, Vol. 3 et 4, Neuchâtel 2003, p. 95-119 (cité: SALVADE, *Nouvelles technologies*).

SALVADE VINCENT, *Les droits à rémunération instaurés par la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, sic ! 5/1997*, p. 448-457 (cité: SALVADE, *Droits à rémunération*).

SALVADE VINCENT, *L'exception de parodie ou les limites d'une liberté*, *medialex* 2/1998, p. 92-99 (cité: SALVADE, *L'exception de parodie*).

SALVADE VINCENT, *Tarifs de droits d'auteur : contrôle des abus ou abus de contrôle ?*, *medialex* 2/2003, p. 93-102 (cité : SALVADE, *Tarifs*).

SALVADE VINCENT, *Gestion collective et musique de film: au-delà d'un modus vivendi, sic!* 6/1999, p. 621-629 (cité: SALVADE, *Musique de film*).

SALVADE VINCENT, *in* : TISSOT/DUBOIS/CORDOBA, *Propriété intellectuelle. L'essentiel de la jurisprudence fédérale et cantonale 2012-2013, Bâle/Neuchâtel 2014* (cité : SALVADE, *jurisprudence*).

SAPPA CRISTIANA, *The Principle of Non-discrimination, in* : STAMATOUDI/TORREMANS (édit.), *EU Copyright Law. A commentary, Cheltenham/Northampton 2014*.

SCHIERHOLZ ANKE, *Collective Rights Management in Europe – Practice and Legal Framework, in* : WALTER/VON LEWINSKI (édit.), *European Copyright Law. A Commentary, New York 2010*.

SESSA STEPHANE, *Le téléchargement d'œuvres musicales sur Internet: Légiférer ou ne pas légiférer ?*, Mémoire de master, Neuchâtel 2012.

STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht. Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zurich/Bâle/Genève 2013*.

STEGER YOLANDA, *Le conseil juridique dans l'audiovisuel, sic !* 9/2000, p. 823-824.

STREULI-YOUSSEF MAGDA, *in*: STREULI-YOUSSEF (Hrsg.), *Urhebervertragsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2006*.

SUISA, *Droit et musique. Un guide pratique à l'intention des compositeurs, paroliers et arrangeurs d'œuvres musicales, Zurich/Lausanne 1986* (cité: SUISA, *Droit et musique*).

SUTER RICHARD, *Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag : nach schweizerischem Obligationenrecht, th., Berne 1933*.

TAISCH FRANCO, *Les entreprises coopératives. Un guide, Zurich/Saint-Gall 2012*.

TERCIER/FAVRE, *in*: TERCIER/FAVRE (édit.), *Les contrats spéciaux, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009*.

TERCIER/FAVRE/CONUS, *in*: TERCIER/FAVRE (édit.), *Les contrats spéciaux, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009*.

TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2012*.

THEVENAZ ALAIN, *La protection contre soi-même, Etude de l'art. 27 alinéa 2 CC, th., Lausanne/Berne 1997*.

TROLLER KAMEN, *Précis du droit suisse des biens immatériels, 2^e éd., Bâle/Genève/Munich 2006*.

WEGENER POTO, *Le contrat à 360° : un modèle commercial lucratif ?*, *in* : SUISAinfo 2.10, 2010.

WEHRLIN MARC, *La jungle du droit d'auteur. Un guide de SUISSIMAGE à travers la jungle du droit d'auteur et des droits voisins à l'intention des cinéastes*, 5^e éd., Bienne 2006.

WITTWEILER BERNHARD, *in* : STREULI-YOUSSEF (Hrsg.), *Urhebervertragsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2006.

WOODS TANYA, *Multi-territorial Licensing and the Evolving Role of Collective Management Organizations*, *in* : GERVAIS DANIEL (édit.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 2^e éd., The Netherlands 2010.

ZOELLY PHILIPPE, *Les fonds sociaux de la Société Suisse des Auteurs (SSA)*, *sic !* 6/2004, p. 541-542.

2. Rapports, études, documents officiels et travaux préparatoires

BLANK VALENTIN *et al.*, *Rapport de gestion 2014*. SUISSIMAGE, Berne 2015, accessible à l'adresse suivante :

<http://www.suissimage.ch/fileadmin/content/Jahresberichte_Online/2014/Geschaeftsbericht_fr/index.html> (cité : SUISSIMAGE rapport annuel 2014).

BLANK VALENTIN *et al.*, *Rapport de gestion 2012*. SUISSIMAGE, Berne 2013, accessible à l'adresse suivante :

<http://www.suissimage.ch/fileadmin/content/pdf/1_Portrait/jahresbericht_fr_2012.pdf> (cité : SUISSIMAGE rapport annuel 2012).

KÜBLER/SORG, *ProLitteris. Rapport annuel 2014*, Zurich 2015, accessible à l'adresse suivante :

<http://www.prolitteris.ch/fileadmin/user_upload/ProLitteris/Dokumente/Jahresberichte/Jahresbericht_2014_fr.pdf> (cité : PROLITTERIS rapport annuel 2014).

MEIER/DÜRLER/HELLSTERN, *Rapport annuel 2002*. SUISSIMAGE, Aarberg 2003, accessible à l'adresse suivante:

<http://www.suissimage.ch/fileadmin/content/pdf/1_Portrait/Jahresbericht_fr_2002.pdf> (cité: SUISSIMAGE rapport annuel 2002).

Message du 29 août 1984 concernant la loi fédérale sur le droit d'auteur (LDA), la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Paris, et la Convention universelle sur le droit d'auteur et ses protocoles additionnels 1 et 2 révisés à Paris, FF 1984 III 177 (cité: Message LDA 1984).

Message du 19 juin 1989 concernant une loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi sur le droit d'auteur, LDA), une loi fédérale sur la protection des topographies de circuits intégrés (loi sur les topographies, LTO), ainsi qu'un arrêté fédéral concernant diverses conventions internationales dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, FF 1989 III 465 (cité: Message LDA 1989).

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins ; Etude et conseil sur la création et le fonctionnement des organisations de gestion collective, Genève 1990 (cité: Etude OMPI 1990).

Rapport final AGUR12, du 28 novembre 2013, accessible à l'adresse suivante : <https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/Rapport_final_AGUR12_du_28_novembre_2013_F.pdf> (cité : Rapport final AGUR12).

Renouvellement d'une autorisation du 24 décembre 1971 concernant la perception de droits d'auteur (Pour la période du 1^{er} janvier 1972 au 31 décembre 1976), FF 1972 I 976 (cité : FF 1972 I 976).

RISLER/KUMMLI, Contrôle fédéral des finances (CDF), Aufsicht über die urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften. Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum, Berne 2014 (cité : Rapport CDF).

RUCHTI JÜRIG *et al.*, SSA. Société suisse des auteurs. L'année 2014 de la SSA. Rapport annuel, Renens 2015, accessible à l'adresse suivante : <http://www.ssa.ch/sites/default/files/ssadocuments/rapportannuel_ssa_2014.pdf>, (cité : SSA rapport annuel 2014).

SUISA Statuts, Coopérative des auteurs et éditeurs de musique, version du 1.7.2014, accessibles à l'adresse suivante : <http://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/downloadcenter/publikationen_allgem/Statuts.pdf> (cités: Statuts SUISA).

SSA Statuts, Société suisse des auteurs, version du 5 juin 2010, accessibles à l'adresse suivante: <<http://www.ssa.ch/sites/default/files/ssadocuments/m01f0610.pdf>> (cités: Statuts SSA).

SUISSIMAGE Statuts, Coopérative suisse pour les droits d'auteurs d'œuvres audiovisuelles, version 2011, accessibles à l'adresse suivante: <http://www.suissimage.ch/fileadmin/content/pdf/1_Portrait/si_statuten.pdf> (cités: Statuts SUISSIMAGE).

PROLITTERIS Statuts, Société suisse de droits d'auteur pour l'art littéraire et plastique, coopérative, version du 1^{er} septembre 2012, accessibles à l'adresse suivante: <http://www.prolitteris.ch/fileadmin/user_upload/ProLitteris/Dokumente/Reglemente_Statuten/Statuts_fr.pdf> (cités: Statuts PROLITTERIS).

SWISSPERFORM Statuts, version 12 juin 2012, accessibles à l'adresse suivante: <http://www.swissperform.ch/uploads/media/SWP_Statuts_2012_f_01.pdf> (cités: Statuts SWISSPERFORM).

TEBALDI GIORGIO, SUISA éd., Rapport annuel 2014, Zurich 2015, accessible à l'adresse suivante :

<http://www.suisa.ch/uploads/media/2014_SUISA_Rapport_annuel_FR_Web_High_02.pdf>, (cité : SUISA rapport annuel 2014).

WEGENER/VARISCO, SWISSPERFORM éd., Rapport annuel 2014, Zurich 2015, accessible à l'adresse suivante :

<http://www.swissperform.ch/uploads/media/2014_SWISSPERFORM_rapport_annuel_02.pdf>, (cité : SWISSPERFORM rapport annuel 2014).

Remarques

Bien que pleinement acquis à la lutte pour l'égalité de traitement entre femmes et hommes, nous avons choisi, pour une question de simplification rédactionnelle, de rédiger notre texte à la forme masculine. Il va de soi que, sauf si le sens de la phrase commande l'inverse, l'emploi de la forme masculine n'exclut pas la forme féminine, mais l'inclut pleinement.

De plus, comme nous traiterons principalement des droits des auteurs au sens de la LDA, nous emploierons généralement l'expression « droits d'auteur ». Néanmoins, à défaut d'indications contraires ou de précisions supplémentaires, le terme « auteur » englobera le titulaire de droits voisins.

Au fil de notre travail, nous emploierons toujours le terme de « société(s) de gestion » qui nous paraît être le plus adéquat. Cependant, on rencontre fréquemment dans la doctrine le terme « société(s) d'auteurs » ou « société(s) de perception ». Nonobstant les différences terminologiques, il s'agit des mêmes sociétés.

Par ailleurs, nous avons élaboré un questionnaire à l'attention des cinq sociétés de gestion suisses. Ce questionnaire contient une quinzaine de questions générales en lien avec la gestion collective et les sociétés de gestion. L'objectif recherché est de proposer au lecteur une sorte de radiographie des cinq sociétés de gestion suisses en 2015. En outre, ce questionnaire nous permettra d'élargir quelque peu notre spectre d'étude afin de mieux saisir le rapport d'interdépendance qui s'établit entre la gestion collective et l'épanouissement de la scène culturelle suisse. Nos questions et les réponses très aimablement fournies par les sociétés de gestion seront reproduites en annexe de notre mémoire, leur accord pour ce faire ayant préalablement été obtenu. Les éléments de réponses utilisés directement pour appuyer notre propos dans le cadre du présent travail seront référencés comme suit: « Réponse [société concernée] question N [numéro] ». A noter, que de très légères modifications d'ordre purement formel ont été apportées à ces réponses.

Les sites Internet sont référencés dans leur état au 30 septembre 2015.

Introduction

La culture nourrit l'homme et contribue à son épanouissement en société. Elle doit être considérée comme un élément fondamental de l'Etat. Ceci est si vrai qu'un article de la Constitution fédérale et une loi fédérale lui sont tout particulièrement consacrés³. Si l'Etat doit se donner les moyens d'encourager la culture en Suisse, il lui revient également – peut-être avant toute chose – de s'assurer de la condition des acteurs culturels, moteurs de cette culture. Plus particulièrement, il doit veiller à ce que les créateurs puissent tirer un revenu suffisant de leur activité créatrice. Ce but peut notamment être atteint grâce au droit de la propriété intellectuelle, sujet à un *numerus clausus*⁴, qui vise, entre autres, à protéger les créateurs et à stimuler leur inventivité. On peut scinder en deux grandes branches le droit de la propriété intellectuelle, à savoir, d'une part, le droit de la propriété industrielle et, d'autre part, le droit de la propriété littéraire et artistique. Les œuvres littéraires et artistiques sont protégées principalement par le droit d'auteur. C'est ce dernier domaine de la propriété intellectuelle qui va retenir notre attention.

Alors que l'on trouve déjà trace de la notion de propriété littéraire et artistique dans des écrits de l'époque romaine⁵, c'est lors de l'adoption de la loi fédérale sur le droit d'auteur du 23 avril 1883 que la Confédération helvétique a véritablement commencé à se doter d'un instrument législatif pour appréhender cette matière. Depuis lors, le droit d'auteur a bien sûr évolué et été révisé à plusieurs reprises. Les mots « droit d'auteur », « *Urheberrecht* » ou « *copyright* », sont utilisés dans le langage courant et l'actualité place fréquemment ce domaine du droit sous le feu des projecteurs. Quand bien même la notion générale de droit d'auteur n'est pas inconnue du grand public, de nombreuses facettes de ce droit ne relèvent, par contre, pas encore de l'évidence. En effet, combien de personnes ont-elles déjà entendu parler de gestion collective des droits d'auteur, hormis les quelques spécialistes du domaine ? Le présent travail repose sur le pari que, à tout le moins au sein d'une faculté de droit, une étude approfondie de la gestion collective et des sociétés de gestion sera susceptible d'intéresser et de renseigner tous ceux qui, tout comme nous, sont curieux de mieux cerner l'endroit où le droit et les acteurs culturels peuvent se rencontrer.

Très souvent méconnues du grand public, les sociétés de gestion occupent une place discrète tant dans la société que dans la doctrine suisse. Accompli dans l'ombre, leur travail est pourtant fondamental à la rémunération des auteurs, artistes interprètes ou autres ayants droit. Nous démontrerons ici que le rôle de ces sociétés ne se limite pas uniquement à servir

³ Cf. art. 69 Cst. et la loi fédérale du 11 décembre 2009 sur l'encouragement de la culture (LEC).

⁴ Les lois topiques en droit de la propriété intellectuelle sont les suivantes : la LDA, la LTo, la LBI, la LDes, la LPM et la LPOV.

⁵ Notamment, la correspondance et les ouvrages d'illustres auteurs latins, tels que Cicéron et Sénèque, permettent clairement de se rendre compte que, bien qu'il fût une idée embryonnaire, mal délimitée et absente de la législation positive, le droit d'auteur n'était pas totalement étranger à la société romaine. A ce sujet voir DOCK, p. 127 à 155. Comme le relève également TROLLER, « les sources grecques et romaines nous enseignent que les auteurs pouvaient s'opposer à l'avisement de leurs œuvres ou à l'usurpation de leur qualité d'auteur (plagiat) ». Voir TROLLER, p. 9.

d'intermédiaire entre les utilisateurs et les auteurs. Au service d'auteurs qui peinent souvent à bien vivre de leur passion littéraire ou artistique et constituant un maillon important pour assurer l'existence d'une offre culturelle de qualité en Suisse et dans le monde, il ne nous semble pas exagéré d'affirmer que les sociétés de gestion favorisent la littérature et l'art en Suisse, tout comme à l'étranger. A cet égard, sans auteurs ou artistes interprètes désireux ou à même de partager leurs œuvres à large échelle, la culture serait certainement tarie à sa source. Intéressés par le monde artistique, désireux de mieux cerner la manière dont les auteurs peuvent vivre de leur art et intrigués par leur rôle, nous souhaitons placer les sociétés de gestion au centre de nos recherches.

Dans cette perspective, la charpente de notre travail sera constituée de cinq chapitres. Tout d'abord, nous partirons à la découverte de la gestion collective au travers d'un bref éclairage historique. Ensuite, nous présenterons les différents droits d'auteur qui sont l'objet même de l'activité des sociétés de gestion, avant de débattre du fondement et de l'ampleur de la cessibilité de ces droits. Nous poursuivrons en détaillant la raison d'être des sociétés de gestion. Par la suite, nous dépeindrons le régime légal qui leur est réservé. Finalement, nous procéderons à une analyse des cinq sociétés de gestion suisses en mettant en évidence quelques unes de leurs caractéristiques et soulèverons quelques questions clés pour brosser un portrait global de ces sociétés. Nous découvrirons que les cinq sociétés de gestion fonctionnent comme les cinq doigts de la main. D'une part, elles ont chacune leur propre mécanisme tout en partageant de nombreuses similitudes. D'autre part, chacune d'entre elles est indispensable pour empoigner efficacement les défis inhérents à la sauvegarde d'un droit d'auteur équitable.

Chapitre 1 Quelques points de repère historiques

Avant de lever le rideau pour mettre en lumière ce qu'est devenue la gestion collective au XXI^e siècle en Suisse, il nous semble instructif de nous plonger brièvement dans le passé. Souvent, connaître et comprendre l'Histoire aide à mieux saisir et appréhender le présent. Il n'en va pas différemment en ce qui concerne la gestion collective puisque, comme le relève PIASKOWSKI, « the history of the emergence of collective societies contains in itself the reasons for their existence »⁶. Notre présentation historique du phénomène de gestion collective des droits d'auteur nous oblige à commencer par présenter le contexte dans lequel ont été fondées les premières sociétés de gestion de nos voisins français. Ce n'est qu'à partir de là que nous pourrions convenablement expliquer la genèse des sociétés de gestion suisses.

1.1 Le siècle des Lumières et l'idée de gestion commune

Le philosophe anglais John Lock peut être considéré comme l'un des précurseurs du droit d'auteur puisqu'il est l'un des premiers qui, dans ses *Traité du Gouvernement civil*, s'est consacré à défendre « les idées nouvelles d'individualisme, d'originalité [et] de relativisme esthétique »⁷. Le siècle des Lumières, chassant l'obscurantisme, dans une quête de connaissances nouvelles et de savoir scientifique, a aussi contribué à éclairer les esprits en provoquant l'avènement du droit d'auteur. Quant à l'idée de gestion collective, elle est née au XVIII^e siècle peu après que les premières lois sur le droit d'auteur aient vu le jour en France. On remarque alors que les titulaires de droits d'auteur n'ont pas tergiversé avant de se rendre compte que les droits qui leur étaient reconnus avaient parfois tout intérêt à être gérés collectivement.

Deux éléments intéressants sur les sociétés de gestion peuvent être historiquement établis. Premièrement, le berceau de la gestion collective se trouve en France puisque c'est dans ce pays qu'est née la première société de gestion⁸. Deuxièmement, ce sont des auteurs issus du milieu théâtral qui se sont les premiers regroupés pour défendre leurs droits.

Au XVIII^e siècle, la condition des auteurs de théâtre n'était pas franchement avantageuse et leurs droits s'avéraient clairement bafoués. La *Comédie Française*, célèbre théâtre au cœur de Paris, détenait un monopole sur la représentation des œuvres⁹. Forte de cette position de toute puissance, elle contraignait les auteurs de pièces de théâtre à renoncer à leurs droits d'auteur¹⁰. Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais a été le premier auteur à s'opposer à ce diktat. Sous son influence révolutionnaire, un décret de l'Assemblée nationale de 1791 a été adopté afin de reconnaître aux auteurs un **droit de représentation** sur leurs œuvres¹¹. Cela signifiait pour les auteurs de pièces de théâtre, que leur autorisation était

⁶ PIASKOWSKI, p. 169.

⁷ DOCK, p. 183.

⁸ DESSEMONTET, Droit d'auteur, p. 430.

⁹ PIASKOWSKI, p. 171.

¹⁰ A noter que sous l'*Ancien Régime* on ne parlait pas encore de droits d'auteur mais plutôt de « propriété du produit du génie ». Cf. PIASKOWSKI, p. 171.

¹¹ BARRELET/EGLOFF, p. 254.

requis dès l'instant où un théâtre souhaitait qu'une pièce soit jouée au sein de son établissement. Dès lors, cette obligation d'autorisation a permis aux auteurs d'exercer une pression sur les théâtres afin que ces derniers les rémunèrent pour utiliser leurs œuvres. Un autre décret du 3 septembre 1793 a conféré aux auteurs un **droit de reproduction** sur leurs œuvres¹². Ainsi, les auteurs étaient en droit de décider combien de fois et de quelle manière leurs œuvres pouvaient être matérialisées.

Cependant, on ne doit pas seulement à Beaumarchais son combat pour faire avancer la protection législative des auteurs. Avant même l'adoption de ces décrets, Beaumarchais a déjà eu l'audace de constituer un organisme collectif pour les auteurs, conscient que leur union faisait leur force. Dans cette optique, il a fondé à Paris, en 1777, un *Bureau de législation dramatique* dont le but était de regrouper des auteurs de pièces de théâtre¹³. On peut comparer le rôle de ce Bureau à celui d'un syndicat¹⁴. L'idée de départ de Beaumarchais était donc d'unir les auteurs afin que leur voix soit mieux entendue sous l'égide d'un organisme commun faisant office d'interlocuteur majeur. Cet organisme a évolué pour devenir en 1829 la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)¹⁵. Il ne servait plus uniquement à jouer un rôle de contrepoids dans les négociations avec les théâtres. En effet, les compétences de la SACD s'étendaient à l'information des auteurs au sujet de l'utilisation de leurs œuvres, à la vérification de la comptabilité des théâtres, ainsi qu'à l'encaissement des droits d'auteur de ses membres sur le territoire français¹⁶.

On relèvera encore que le décret de 1793 a définitivement ancré la propriété intellectuelle dans le droit français en promulguant une protection légale sur différents types d'œuvres. La loi reconnaissait dès lors clairement que tant les compositeurs de musique que les peintres et les dessinateurs étaient protégés¹⁷.

1.2 L'écllosion de plusieurs sociétés de gestion et l'internationalisation de la protection

Le domaine du théâtre n'était pas la seule cible des utilisations sans droit d'œuvres pourtant protégées par le droit d'auteur. En 1834, Honoré de Balzac, probablement exaspéré de ne pouvoir contrôler pleinement l'utilisation de ses écrits par des tiers, a suggéré à ses amis écrivains de se regrouper au sein d'un organisme commun afin d'exercer une pression sur les utilisateurs de leurs œuvres¹⁸. C'est ainsi qu'en 1838 la Société des gens de lettres (SGDL) est née du regroupement de 85 plumes françaises du XIX^e siècle¹⁹. En devenant membres de la SGDL, les auteurs acceptaient d'abandonner leurs droits au profit d'une exploitation en commun de ceux-ci par cette société²⁰. Néanmoins, ils avaient tout de même le choix de ne

¹² MEYER/ROTH, p. 11.

¹³ Etude OMPI 1990, p. 9.

¹⁴ SALVADE, CR-PI, p. 402.

¹⁵ DESSEMONTET, Droit d'auteur, p. 430.

¹⁶ BARRELET/EGLOFF, p. 254.

¹⁷ PIASKOWSKI, p. 171.

¹⁸ Voir: <<http://www.sgdl.org/sgdl/presentation/histoire>>.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

pas céder l'ensemble de leurs droits sur leurs œuvres. Dans le cas où un auteur choisissait d'exclure certaines de ses œuvres du transfert à la SGDL, les journaux abonnés à cette société ne pouvaient alors d'aucune manière reproduire les œuvres exclues²¹. Ainsi, nous pourrions constater que la SGDL, même dans son état d'origine, partageait déjà bon nombre de caractéristiques communes avec les sociétés de gestion telles qu'elles sont conçues aujourd'hui. Il est à relever que la SGDL existe toujours en France, mais qu'elle n'exerce plus les mêmes fonctions.

En 1847, c'est le domaine de la musique qui a permis la mise en place « d'une gestion collective au plein sens du terme »²². De par son obstination, le parolier français Ernest Bourget a réussi à se voir reconnaître de nouveaux droits, à savoir principalement le **droit à rémunération** dont tous les auteurs pourront dès lors se prévaloir. Il a démontré que lorsqu'il se rendait dans un établissement où ses œuvres étaient interprétées par un orchestre, le fait qu'il doive payer pour son siège et ses consommations relevait du paradoxe puisque, lui, ne recevait rien pour l'utilisation de ses compositions lors de la soirée²³. Avec l'appui de deux amis compositeurs aussi présents ce soir-là, ainsi que de leur éditeur, il a refusé de payer ce qu'il devait à l'établissement dénommé le café-concert « Les Ambassadeurs » et a intenté un procès à l'encontre de ce café-concert²⁴. L'enjeu du procès était de savoir si les auteurs pouvaient prétendre à une rémunération lorsque leurs œuvres étaient interprétées en public, ce qui n'avait encore jamais été expressément reconnu par les tribunaux²⁵. Le tribunal de commerce de la Seine a rendu une décision favorable à Bourget, condamnant le café-concert « Les Ambassadeurs » à rémunérer le parolier pour l'utilisation de ses œuvres et condamnant l'exploitant de cet établissement à lui verser des dommages-intérêts²⁶. Il s'agit d'une décision judiciaire historique, véritable précédent consacrant la protection des œuvres musicales et du droit à rémunération des auteurs lorsqu'un tiers utilise leurs œuvres²⁷. Dans l'impossibilité de consacrer personnellement tout leur temps à recenser les utilisations de leurs œuvres à travers la France, Bourget et ses amis ont fondé en 1850 une société de gestion spécialement consacrée aux œuvres musicales²⁸. Un an plus tard, cette société a été rebaptisée sous le nom de Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)²⁹. Elle constitue aujourd'hui la plus importante société de gestion en France.

Depuis lors, au fil des progrès technologiques³⁰, de nombreuses autres sociétés de gestion ont été créées en France pour gérer les droits des auteurs dans différents domaines. Il a

²¹ Ibid.

²² Etude OMPI 1990, p. 9.

²³ Voir: <http://www.sacem.fr/cms/home/la-sacem/histoire_sacem>.

²⁴ Etude OMPI 1990, p. 9.

²⁵ Voir: <http://www.sacem.fr/cms/home/la-sacem/histoire_sacem>.

²⁶ PIASKOWSKI, p. 171

²⁷ Ibid. ; MEYER/ROTH, p.11.

²⁸ Etude OMPI 1990, p. 10.

²⁹ CAVALLI, p. 184-185.

³⁰ « En 1913, on notera l'entrée au répertoire des œuvres cinématographiques, en 1923 celle des œuvres radiophoniques et enfin des œuvres de fiction télévisée en 1950 », voir : <<http://www.sacd.fr/Historique.31.0.html>>.

fallu attendre la deuxième moitié du XX^e siècle en France pour que les droits voisins soient protégés par la loi³¹. En conséquence et de manière similaire au déroulement des événements lors de l'acquisition de nouveaux droits par les auteurs, le besoin de créer de nouvelles sociétés de gestion pour les titulaires de droits voisins s'est rapidement fait ressentir.

S'agissant de l'internationalisation du droit d'auteur, Victor Hugo a joué un rôle clé en fondant une *Association littéraire et internationale*³². Notamment grâce aux travaux de cette association, la première convention internationale portant sur le droit d'auteur a pu être élaborée en 1886. Ainsi, les pays signataires de cette convention, connue sous le nom de Convention de Berne (CB), ont créé une « Union pour la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques »³³. Petit à petit, des sociétés de gestion se sont formées dans d'autres Etats. Dès que des lois nationales conféraient aux auteurs des droits et des moyens de se regrouper pour les sauvegarder sur leur territoire, des sociétés de gestion voyaient le jour³⁴. En 1926, la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC) a été créée. Il s'agit d'un organe faîtière composé aujourd'hui de 230 sociétés de gestion actives dans pas moins de 120 pays³⁵.

1.3 L'émancipation suisse et la création d'un monopole légal

En Suisse, la première loi sur le droit d'auteur a été adoptée en 1883³⁶. L'histoire de la gestion collective suisse a commencé peu avant, lorsque deux sociétés de gestion françaises se sont implantées sur le territoire helvétique. En 1871, la SACD a ouvert une agence en Suisse et, cinq ans plus tard, la SACEM a fait de même³⁷. Une société de gestion allemande active dans le domaine de la musique, la GEMA, s'est aussi installée en Suisse afin d'y percevoir les droits de ses membres sur ce territoire, cette implantation durant jusqu'à la signature du Traité de Versailles³⁸. Comme le suggèrent MEYER/ROTH, plusieurs raisons peuvent expliquer l'absence de sociétés de gestion nationales sur le territoire suisse au début du XX^e siècle. La petite taille du pays, tout particulièrement, et, probablement aussi, à notre sens, le multilinguisme ne permettaient pas aux artistes suisses de jouir du même rayonnement que leurs voisins français ou allemands³⁹. De plus, la première loi sur le droit d'auteur imposait un système de licence obligatoire pour le droit de représentation avec un prélèvement de redevances équivalant à 2% des recettes brutes⁴⁰. Pour les raisons précitées, l'attrait pour la création de sociétés de gestion suisses n'était pas très grand et les perspectives de gain peu élevées⁴¹.

³¹ PIASKOWSKI, p. 172-173.

³² Voir: <<http://www.sacd.fr/Historique.31.0.html>>.

³³ Art. 1 CB.

³⁴ CAVALLI, p. 185.

³⁵ Voir: <<http://www.cisac.org/Who-We-Are>>.

³⁶ MEYER/ROTH, p. 10.

³⁷ BARRELET/EGLOFF, p. 254.

³⁸ DESSEMONTET, Droit d'auteur, p. 434.

³⁹ MEYER/ROTH, p. 13.

⁴⁰ BARRELET/EGLOFF, p. 254.

⁴¹ MEYER/ROTH, p. 13.

Cependant, pendant la période de l'entre-deux-guerres, une nouvelle loi sur le droit d'auteur est entrée en vigueur. Cette loi de 1922, qui prévoyait des droits exclusifs pour les auteurs, a permis la création en 1923 de la première société de gestion suisse : la MECHANLIZENZ⁴². Une année plus tard, une autre société, la GEFA, a été fondée⁴³. En 1980, la GEFA – qui avait été rebaptisée SUISA en 1941 – a fusionné avec la MECHANLIZENZ pour former l'actuelle société de gestion SUISA⁴⁴. Ainsi, la Suisse s'est donc finalement émancipée, animée par la volonté de contrôler souverainement sur son territoire national les droits d'auteur des créateurs. Dans le but d'évincer les sociétés de gestion étrangères, le législateur suisse a adopté la LPerc du 25 septembre 1940⁴⁵. Cette loi avait pour but de « confier la gestion du droit exclusif d'exécuter publiquement les œuvres musicales à une seule société suisse de perception et de placer celle-ci sous la surveillance de la Confédération, ce qui impliquait notamment un contrôle des tarifs par une commission arbitrale fédérale »⁴⁶. Ainsi, la LPerc a instauré en Suisse un monopole dans le domaine de la gestion collective. Afin de contrecarrer les dérives que ce monopole pouvait induire, il était prévu que la Confédération exerce une surveillance sur les sociétés de gestion⁴⁷. Nous reviendrons par la suite sur le rôle de l'Etat dans la surveillance des sociétés de gestion⁴⁸.

Alors que la nécessité de la gestion collective était flagrante dans le domaine musical où l'ubiquité des œuvres a été très vite exploitée et même accentuée par les possibilités de reproduction sur boîtes à musique ou phonogrammes, elle existait également dans d'autres domaines du droit d'auteur. En effet, un réel besoin de diversification des sociétés de gestion se faisait ressentir en Suisse en raison « **du progrès de la technique** », qui permettait sans cesse d'utiliser une plus large palette d'œuvres et ceci à plus grande échelle.⁴⁹ On pense particulièrement à des avancées techniques telles que « la radiodiffusion, la retransmission par câble [ou] les techniques de reprographie domestique »⁵⁰. Pour répondre aux besoins des auteurs et des utilisateurs, les sociétés de gestion PROLITTERIS et TELEDRAMA, actives dans le domaine de la littérature et des arts dramatiques, ont été créées en 1974⁵¹. Ces deux sociétés ont fusionné en 1982 et PROLITTERIS a subsisté comme organisme unique⁵². En 1981, un arrêt du TF a étendu la gestion collective des droits d'auteur à la diffusion d'œuvres par réseaux câblés⁵³. Suite à cette jurisprudence novatrice, les sociétés de gestion

⁴² Elle s'occupait d'octroyer des licences et de percevoir des redevances sur le « droit mécanique » des auteurs, à savoir le droit de permettre la reproduction d'œuvres sur phonogrammes ou boîtes à musique. Cf. MEYER/ROTH, p. 14.

⁴³ La GEFA s'occupait de gérer les droits d'exécution des auteurs. Cf. MEYER/ROTH, p. 13.

⁴⁴ MEYER/ROTH, p. 13.

⁴⁵ FF 1940 1077.

⁴⁶ Message LDA 1984, 180-181.

⁴⁷ MEYER/ROTH, p. 20.

⁴⁸ *Infra* 4.2.

⁴⁹ BARRELET/EGLOFF, p. 255.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ MEYER/ROTH, p. 32.

⁵² PROLITTERIS, p. 3.

⁵³ MEYER/ROTH, p. 33.

SUISSIMAGE et la SSA ont été créées, respectivement en 1981 et 1985⁵⁴. En 1993 seulement, une société de gestion destinée à s'occuper spécifiquement de gérer les droits voisins a été fondée en Suisse. Sa création n'a rien d'étonnant si on se rappelle que la nouvelle LDA de 1992 a, pour la première fois, conféré des droits aux artistes interprètes, producteurs et organismes de diffusion⁵⁵. D'ailleurs, la LDA prévoit expressément qu'une seule société est autorisée à gérer les droits voisins⁵⁶. Cette société est connue sous le nom de SWISSPERFORM. Depuis 1993, la scène suisse a donc été gouvernée par cinq sociétés de gestion couvrant les principaux domaines de la propriété littéraire et artistique.

Chapitre 2 Les différents droits d'auteur et leur cessibilité

Nous ne nous étendons pas ici en détail sur certaines notions générales de la LDA, telles que l'œuvre ou l'auteur, bien qu'elles soient fondamentales⁵⁷. En revanche, en vue de rendre compréhensible pour le lecteur nos développements futurs, nous ne pouvons faire l'économie d'une présentation théorique de l'étendue du droit d'auteur. En effet, ce n'est qu'une fois que nous aurons examiné les droits légalement reconnus à un auteur sur ses œuvres que nous pourrions aborder la question centrale de leur gestion.

Le droit d'auteur est un droit exclusif et absolu⁵⁸. Les art. 9, 10 et 11 LDA font explicitement mention de ce caractère exclusif. Ainsi, seul l'auteur peut décider de ce qu'il adviendra de son œuvre puisqu'il est lié par une relation immédiate avec cette dernière⁵⁹. Le droit est absolu, car il s'impose de manière *erga omnes*, c'est-à-dire qu'il est opposable à l'égard de tous. On retrouve les dispositions qui ont trait à l'étendue du droit d'auteur au chapitre 3 de la LDA. Il est fondamental pour la bonne compréhension du sujet de distinguer les droits moraux d'un auteur sur son œuvre de ses droits patrimoniaux sur celle-ci. Cependant, les intitulés des articles de la LDA ne font pas mention expresse d'une telle distinction. C'est pourquoi la doctrine ne s'accorde pas toujours sur l'étendue des droits moraux ou patrimoniaux de l'auteur. De plus, une troisième catégorie de droits doit être distinguée des deux précédentes, il s'agit des droits à rémunération.

2.1 Les droits moraux

2.1.1 Généralités

De manière générale, on peut commencer par définir les droits moraux comme des droits qui « visent à préserver le lien particulier qui unit l'auteur à son œuvre »⁶⁰. Il s'agit des

⁵⁴ Voir : <http://www.suissimage.ch/index.php?id=unser_geschaefft&L=1> et <<http://www.ssa.ch/fr/content/portrait-de-la-ssa>>.

⁵⁵ MEYER/ROTH, p. 43 ; Voir aussi, <<http://www.swissperform.ch/fr/swissperform/portrait/histoire.html>>.

⁵⁶ Art. 42 al. 2 LDA.

⁵⁷ Cf. art. 2-5 et 6-8 LDA.

⁵⁸ BRAUN, p. 59.

⁵⁹ SALVADE, Droits à rémunération, p. 450.

⁶⁰ SALVADE, Droit d'auteur et TIC, p. 8.

droits les plus personnels qui sont reconnus à un auteur. Avant l'adoption de la révision totale de la LDA de 1992, les auteurs qui estimaient que des intérêts idéaux relatifs à leur oeuvre étaient violés devaient invoquer les dispositions des art. 28 ss CC concernant la protection de la personnalité⁶¹. Ils ne pouvaient se fonder sur la LDA que pour sauvegarder leurs intérêts de nature pécuniaire. La révision législative sus-mentionnée, en introduisant des droits de nature morale dans la LDA, a créé un nouveau système de protection censé fonctionner de manière autonome. Mais, comme nous l'expliquerons brièvement par la suite, de nombreuses questions, notamment celles qui sont relatives à la cessibilité de ces droits, restent encore aujourd'hui débattues en doctrine. L'autre nouveauté de la révision était d'introduire dans la LDA de 1992 des droits dits « voisins » pour les artistes interprètes⁶², les producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes⁶³, ainsi que pour les organismes de diffusion⁶⁴. Quinze ans plus tard, soit en 2007, l'Assemblée fédérale a procédé à une nouvelle révision de la LDA. Cette révision visait notamment à permettre à la Suisse de ratifier deux nouveaux traités de l'OMPI dédiés à l'adaptation de la protection des auteurs et des titulaires de droits voisins à l'environnement numérique, à savoir le WCT et le WPPT⁶⁵. L'introduction de droits moraux pour l'artiste interprète dans la LDA était une des conditions à remplir pour que la ratification du WPPT soit possible pour la Suisse⁶⁶. Il faut être attentif ici au fait que la portée des droits moraux de l'auteur est différente de celle des droits moraux de l'artiste interprète.

La doctrine majoritaire regroupe généralement en trois catégories les droits moraux d'un auteur⁶⁷, à savoir premièrement le droit de paternité, deuxièmement le droit de divulgation et troisièmement le droit à l'intégrité de l'oeuvre. Pour être plus précis, il nous semblerait adéquat de classer également le « droit de l'auteur d'accéder à l'oeuvre et de l'exposer »⁶⁸, ainsi que le droit de « protection [de l'oeuvre] en cas de destruction »⁶⁹ parmi les droits moraux⁷⁰. Néanmoins, nous nous contenterons, à l'instar de la doctrine majoritaire, de présenter, dans un premier temps, les trois principaux droits moraux reconnus à l'auteur et, ultérieurement, les deux principaux droits moraux reconnus à l'artiste interprète.

2.1.2 Droit de paternité (art. 9 al. 1 et 2 LDA)

Tout comme un enfant doit la vie à son père et à sa mère, l'oeuvre ne pourrait exister sans l'effort créatif de son auteur. Ainsi, le droit que l'on qualifie de « paternité » est le droit qui règle la relation intime entre l'auteur et son oeuvre. L'auteur a non seulement « le droit de

⁶¹ BRAUN, p. 71.

⁶² L'art. 33 al. 1 LDA donne une définition de l'artiste interprète en droit suisse.

⁶³ La LDA ne définit pas ce qu'est un producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes. En revanche, on trouve une définition du producteur de phonogrammes à l'art. 3 let. c CR et à l'art. 2 let. d WPPT.

⁶⁴ La LDA ne définit pas non plus ce qu'est un organisme de diffusion. En revanche, il n'est pas ardu d'en trouver une définition claire en doctrine, voir notamment : TROLLER p. 152 et BRAUN p. 31. Voir aussi dans les travaux préparatoires, notamment, Message LDA 1989, 466.

⁶⁵ BRAUN, p. 26-27.

⁶⁶ Ibid., p. 27.

⁶⁷ Ibid., p. 59.

⁶⁸ Art. 14 LDA.

⁶⁹ Art. 15 LDA.

⁷⁰ BARRELET/EGLOFF, p. 44.

faire reconnaître sa qualité d'auteur »⁷¹ ou, au contraire, de taire cette information, mais il a aussi le droit de décider, cas échéant, sous quel nom il veut se faire connaître⁷². En tous les cas, aucune de ses décisions n'a un caractère définitif dans la mesure où il peut, à tout moment, changer d'avis. De plus, en cas de menace, l'auteur peut toujours s'opposer à l'usurpation de sa qualité d'auteur par un tiers⁷³.

2.1.3 Droit de divulgation (art. 9 al. 2 et 3 LDA)

L'art. 9 al. 2 LDA commande que l'auteur soit le seul à pouvoir décider de la divulgation de son œuvre, ainsi que, cas échéant, de son moment et de sa manière. L'al. 3 du même article prévoit qu'il y a divulgation lorsque l'œuvre « est rendue accessible pour la première fois, par l'auteur ou avec son consentement, à un grand nombre de personnes ne constituant pas un cercle de personnes étroitement liées au sens de l'art. 19, al. 1, let. a »⁷⁴. Une fois la divulgation entreprise par l'auteur en un certain endroit, ce dernier ne pourrait se raviser et invoquer une violation de son droit si l'œuvre est commercialisée, ensuite, en un autre endroit. Le droit de divulgation est à ce titre irrévocable⁷⁵. En outre, le moment de la divulgation est particulièrement important puisqu'il déclenche la possibilité pour des tiers de se prévaloir des restrictions au droit d'auteur prévues au chapitre 5 de la LDA⁷⁶. Comme le relèvent BARRELET/EGLOFF, contrairement à la volonté de certains lors des travaux de révision de la LDA, le cercle de personnes étroitement liées dont il est question à l'art. 9 LDA ne doit pas nécessairement être étroitement lié à l'auteur lui-même⁷⁷.

A noter encore que souvent, mais pas systématiquement, la violation du droit de divulgation de l'œuvre d'un auteur est couplée à la violation d'un droit patrimonial sur cette même œuvre⁷⁸. Tel est par exemple le cas si l'œuvre est divulguée grâce à la confection d'un exemplaire additionnel de l'œuvre originale : en plus du droit de divulgation, le droit de reproduction⁷⁹ est touché.

Certains auteurs considèrent que le droit de divulgation peut être conçu comme une prérogative principalement patrimoniale⁸⁰. Nous ne l'appréhenderons pas comme tel, même si nous reconnaissons qu'il existe souvent des intérêts patrimoniaux à la divulgation d'une œuvre. L'exercice des autres droits moraux reconnus à l'auteur engendre aussi des conséquences patrimoniales. Par exemple, l'utilisation d'un pseudonyme peut influencer négativement les retours financiers d'un auteur de renom qui aurait mieux réussi à exploiter financièrement son œuvre si cette dernière était parue sous son véritable nom. De même,

⁷¹ Art. 9 al. 1 LDA.

⁷² Art. 9 al. 2 LDA.

⁷³ BARRELET/EGLOFF, p. 47.

⁷⁴ Art. 9 al. 3 LDA, (nous mettons en caractères gras et soulignons).

⁷⁵ DESSEMONTET, Droit d'auteur, p. 154.

⁷⁶ BARRELET/EGLOFF, p. 51. Cf. art. 19-28 LDA.

⁷⁷ BARRELET/EGLOFF, p. 51.

⁷⁸ Ibid., p. 49-50.

⁷⁹ *Infra* 2.2.2.

⁸⁰ Voir notamment : DESSEMONTET, Droit d'auteur, p. 147 ss.

l'auteur qui accepte que son œuvre soit utilisée pour la création d'une œuvre dérivée peut y consentir uniquement dans le but de se faire rémunérer. Il nous semble donc que ce n'est pas parce qu'il existe des conséquences patrimoniales simultanées ou subséquentes à l'exercice des droits moraux que ces mêmes droits moraux doivent être considérés comme étant des droits patrimoniaux. Nous pensons qu'il faut plutôt, par une interprétation téléologique, déterminer si le droit en question vise à protéger les intérêts idéaux ou les intérêts patrimoniaux de l'auteur. Par conséquent, nous considérons que seuls le droit de décider de l'*utilisation* d'une œuvre divulguée ou les *droits à rémunération* confèrent à l'auteur des prérogatives principalement patrimoniales.

2.1.4 Droit à l'intégrité de l'œuvre (art. 11 LDA)

Commençons par expliquer l'al. 1 de l'art. 11 LDA. Il est prévu que l'auteur puisse choisir « si, quand et de quelle manière l'œuvre peut être modifiée » et, de la même manière, qu'il puisse décider de la création d'une œuvre dérivée ou de la compilation de son œuvre dans un recueil. Ses choix auront souvent des conséquences patrimoniales pour l'auteur. Néanmoins, on peut déduire du message du CF relatif à la révision de la LDA que le but de cet alinéa 1 est avant tout de protéger les intérêts idéaux de l'auteur⁸¹. Selon BARRELET/EGLOFF, contrairement au droit de divulgation, l'accord de l'auteur pour la modification n'aurait ici pas besoin d'être exprès, mais pourrait être tacite⁸².

L'art. 11 al. 2 LDA protège le droit à l'intégrité de l'œuvre au sens étroit et non au sens large comme le fait l'al. 1. Il s'agit du noyau dur du droit à l'intégrité de l'œuvre⁸³. Il est prévu que l'auteur peut s'opposer, en toutes situations et en tout temps, à une altération de son œuvre si celle-ci porte atteinte à sa personnalité⁸⁴. Ainsi, même si, en vertu de l'art. 11 al. 1 LDA, il a préalablement autorisé un tiers à modifier son œuvre, il ne serait pas contradictoire ou schizophrénique que l'auteur empêche ensuite ladite modification s'il se rend compte que la modification correspond à une *altération (Entstellung)* qui porte atteinte à sa personnalité. Le TF considère qu'il y a altération seulement «wenn eine erhebliche Veränderung mit negativen Auswirkungen in Frage steht [...], bloss geringfügige und dem Urheber zumutbare Änderungen fallen nicht darunter»⁸⁵.

Une des grandes questions débattues en doctrine est celle de savoir si l'atteinte à la personnalité prévue à l'al. 2 renvoie ou correspond aux art. 27 ss CC ou, au contraire, s'il s'agit d'une notion autonome. Bien que cette question soit passionnante, nous ne pourrions malheureusement présenter ici les différents raisonnements doctrinaux. Nous sommes d'avis, comme CHERPILLOD, DE WERRA et BRAUN⁸⁶, que l'art. 11 al. 2 ne devrait pas être compris

⁸¹ Message LDA 1989, 515.

⁸² BARRELET/EGLOFF, p. 71. Voir aussi : PHILIPPIN, CR-PI, p. 99.

⁸³ BRAUN, p. 62.

⁸⁴ Art. 11 al. 2 LDA.

⁸⁵ ATF 120 II 65, consid. 8b = JdT 1994 I 373.

⁸⁶ BRAUN, p. 63. PHILIPPIN semble également plaider en faveur d'une protection autonome consacrée à l'art. 11 al. 2 LDA, bien qu'elle puisse être calquée selon lui sur les art. 28 ss CC. Cf. PHILIPPIN, CR-PI, p. 103.

comme un renvoi au droit de la personnalité au sens du CC, mais qu'il octroie un droit *sui generis* à l'auteur. En effet, on peut distinguer les cas où un auteur est atteint dans sa personnalité en tant qu'auteur de ceux où il est atteint dans sa personnalité en tant qu'être humain⁸⁷. Dès lors, comme le prévoit le message du CF de 1989, « la protection de la personnalité prévue à l'article 28 CC est réservée » et ceci lorsqu'une atteinte autre que celle au droit moral intervient⁸⁸.

2.1.5 Droits moraux de l'artiste interprète (art. 33a LDA)

Comme nous l'avons mentionné au début de ce chapitre, depuis 2007, les artistes interprètes se sont, eux aussi, vus reconnaître des droits moraux dans la LDA afin d'adapter la loi à l'ère numérique qui présentait de nouveaux défis pour eux⁸⁹. Si on compare les droits moraux de l'artiste interprète à ceux de l'auteur, on peut retrouver un équivalent pour l'artiste interprète, bien que quelque peu adapté, au droit de paternité et au droit à l'intégrité de l'œuvre de l'auteur. En revanche, on ne retrouve aucune trace d'un droit de divulgation pour l'artiste interprète. Ce dernier est donc uniquement titulaire de deux droits moraux.

Premièrement, il « a le droit de faire reconnaître sa qualité d'artiste interprète »⁹⁰. La loi ne précise pas s'il est libre de choisir sous quel nom sa prestation sera utilisée. BRAUN en se fondant sur le raisonnement de BARRELET/EGLOFF répond par l'affirmative à cette question⁹¹.

Deuxièmement, il a le droit de protéger sa prestation contre les altérations⁹². La loi prévoit à l'art. 33a al. 2 LDA que ce droit est directement régi par les art. 28 à 28I du CC. Par conséquent, le législateur a octroyé un droit à l'intégrité de la prestation de l'artiste interprète qui est plus restrictif que celui octroyé à l'auteur qui, selon nous, ne renvoie pas au CC. En effet, comme il a prévu un renvoi exprès aux art. 28 ss CC, le législateur a affirmé qu'il s'agissait d'un droit de la personnalité au sens du CC et non d'un droit *sui generis*⁹³. Il en découle que l'artiste interprète ne peut faire valoir ce droit que dans la mesure où il est atteint dans sa personnalité et il ne peut empêcher une modification de sa prestation dans les autres cas⁹⁴.

Contra : BARRELET/EGLOFF, p. 73-74 ; SALVADE, L'exception de parodie, p. 97 ; THEVENAZ, p. 191 ss. Le Tribunal fédéral semble aussi – mais il s'agit ici d'une déduction et non d'une certitude – admettre le renvoi aux art. 28 ss CC, déduction faite sur la base de l'ATF 117 II 466, consid. 5c.

⁸⁷ BRAUN, p. 64.

⁸⁸ Message LDA 1989, 515.

⁸⁹ *Supra* 2.1.1. Par contre, il faut relever que les autres titulaires de droits voisins ne peuvent pas se prévaloir de droits moraux sur leur prestation.

⁹⁰ Art. 33a al. 1 LDA.

⁹¹ BRAUN, p. 181.

⁹² Art. 33a al. 2 LDA.

⁹³ BRAUN, p. 193.

⁹⁴ Par exemple, si la prestation est améliorée ou modifiée dans un sens qui ne porte pas atteinte à son honneur ou à sa réputation professionnelle, l'artiste interprète ne peut s'y opposer. Cf. BRAUN, p. 194.

2.2 Les droits patrimoniaux

2.2.1 Généralités

Les droits patrimoniaux n'ont pas pour but de permettre à l'auteur d'affirmer sa personnalité créative, mais plutôt de lui donner les moyens de remplir son compte en banque grâce à son génie créatif. En effet, ils assurent à l'auteur de pouvoir « maîtriser les diverses formes d'exploitation de son œuvre, en les soumettant à son autorisation, qu'il peut faire dépendre du paiement d'une rémunération »⁹⁵. La LDA prévoit que l'auteur peut décider de manière exclusive d'octroyer à un tiers la possibilité d'utiliser son œuvre, ainsi que, cas échéant, du moment et de la manière de l'utilisation⁹⁶. Ainsi, l'auteur a le loisir de n'autoriser qu'une utilisation bien particulière de son œuvre et d'en exclure toutes autres formes. L'art. 10 al. 2 let. a-f LDA répertorie toutes les formes d'exploitation d'une œuvre, existantes à notre époque, qui sont *ipso facto* protégées par le droit d'auteur⁹⁷. La liste n'est pas exhaustive, et en principe, aux dires du TF, elle est formulée de manière « technologiquement neutre » afin de pouvoir aussi englober l'utilisation d'œuvres entreprise via de nouveaux procédés techniques⁹⁸. En outre, tant l'utilisation sous forme matérielle que celle sous forme immatérielle sont protégées⁹⁹. Les titulaires de droit voisins, c'est-à-dire l'artiste interprète, le producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes et les organismes de diffusion sont également au bénéfice de droits patrimoniaux sur leurs prestations, droits que nous présenterons à la fin de cette section¹⁰⁰.

Il est important de garder à l'esprit qu'il existe plusieurs exceptions au droit exclusif de l'auteur d'utiliser son œuvre¹⁰¹. Ces exceptions rendent licite, à certaines conditions, l'utilisation d'œuvres par des tiers malgré la garantie constitutionnelle du droit à la propriété de l'auteur. Elles se fondent alors sur d'autres droits fondamentaux pour justifier la restriction qu'elles apportent au droit d'auteur¹⁰².

2.2.2 Le droit de reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA)

Il s'agit du droit de créer des exemplaires de l'œuvre. Toute matérialisation de l'œuvre sur un support, quel qu'il soit, est protégée par le droit d'auteur, et ceci même si seulement certains éléments et non la totalité de l'œuvre sont reproduits¹⁰³. A titre d'exemple, le téléchargement d'une œuvre sur le disque dur d'un ordinateur doit être considéré comme une reproduction¹⁰⁴.

⁹⁵ CHERPILLOD, CR-PI, p. 84.

⁹⁶ Art. 10 al. 1 LDA.

⁹⁷ BRAUN, p. 59 ; CHERPILLOD, CR-PI, p. 83.

⁹⁸ BARRELET/EGLOFF, p. 56 ; TF 2A_53/2006, consid. 7.3.2.

⁹⁹ BARRELET/EGLOFF, p. 57.

¹⁰⁰ *Infra* 2.2.8.

¹⁰¹ Cf. art. 19-28 LDA.

¹⁰² SALVADE, Droit d'auteur et TIC, p. 9.

¹⁰³ CHERPILLOD, CR-PI, p. 84-85.

¹⁰⁴ BARRELET/EGLOFF, p. 57.

2.2.3 Le droit de mise en circulation (art. 10 al. 2 let. b LDA)

La LDA consacre le droit exclusif de l'auteur de mettre en circulation son œuvre, qu'il le fasse par le biais d'un acte de disposition ou par le biais d'une simple proposition qui n'emporte pas en soi le transfert de la propriété ou de la possession¹⁰⁵. Cependant, il faut être attentif au fait que ce droit concerne seulement les exemplaires corporels de l'œuvre susceptibles d'être un jour aliénés définitivement, ce qui le différencie du droit de mise à disposition et du droit de location¹⁰⁶. Par ailleurs, par définition, le droit de mise en circulation ne peut plus être invoqué par l'auteur une fois qu'il y a eu épuisement au sens de l'art. 12 LDA¹⁰⁷.

2.2.4 Le droit de communication (art. 10 al. 2 let. c LDA)

Comme CHERPILLOD, nous avons choisi de regrouper sous la dénomination générale de droit de communication les droits exclusifs de l'auteur suivants: les droits de récitation, de représentation, d'exécution, de faire voir ou entendre l'œuvre en un autre lieu et de mise à disposition.

Qu'il s'agisse d'œuvres littéraires, des beaux-arts, musicales, théâtrales ou audiovisuelles, l'auteur doit pouvoir décider d'autoriser leur utilisation en vue d'une « communication passagère », que celle-ci se fasse en direct ou par le biais d'un procédé technique¹⁰⁸. A cet égard, par exemple, l'auteur d'une chanson a tant le droit de décider s'il consent à l'exécution de son œuvre lors d'un concert que celui de décider s'il consent à l'exécution de celle-ci par la lecture d'un CD¹⁰⁹. Il peut également choisir d'accepter que l'œuvre puisse être entendue « en un lieu autre que celui où elle est présentée »¹¹⁰. Ainsi, lui seul peut permettre à des personnes d'entendre ou de voir l'œuvre de manière simultanée, alors qu'elles ne se trouvent pas à l'endroit où l'œuvre est communiquée¹¹¹.

Quant au droit de mise à disposition, introduit à la suite de la révision législative de 2007, il doit être compris comme le fait de rendre accessible à tout un chacun une œuvre par quelque moyen que ce soit, en un endroit et un moment choisis par *l'utilisateur*. Par conséquent, il vise une mise à disposition « interactive »¹¹². Ce sont en particulier les œuvres consultables à la demande sur un ordinateur par le biais d'Internet qui sont ici concernées.

¹⁰⁵ CHERPILLOD, CR-PI, p. 85.

¹⁰⁶ Ibid., p. 85-86 ; BARRELET/EGLOFF, p. 59.

¹⁰⁷ ATF 120 IV 208, consid. 2c et d.

¹⁰⁸ CHERPILLOD, CR-PI, p. 86.

¹⁰⁹ A noter qu'en ce qui concerne les œuvres des beaux-arts, les œuvres théâtrales ou audiovisuelles, il ne s'agit pas d'un droit d'exécution d'une œuvre mais d'un droit de représentation. S'agissant des œuvres littéraires, le droit équivalent au droit d'exécution est le droit de récitation.

¹¹⁰ Art. 10 al. 2 let. c LDA.

¹¹¹ BARRELET/EGLOFF, p. 61.

¹¹² CHERPILLOD, CR-PI, p. 87-88. La mise à disposition interactive doit être distinguée de l'offre de contenu opérée de manière linéaire où l'utilisateur n'a aucun contrôle sur le processus.

2.2.5 Le droit de diffusion (art. 10 al. 2 let. d LDA)

La diffusion consiste en la transmission d'une œuvre « par la radio, la télévision ou des moyens analogues, soit par voie hertzienne, soit par câble ou autres conducteurs »¹¹³. Seule la première transmission peut être qualifiée de diffusion¹¹⁴. La diffusion permet grâce à des moyens techniques de proposer l'œuvre de manière simultanée à un nombre indéterminé de personnes qui constituent un public¹¹⁵. Tant que la condition d'une diffusion simultanée est respectée, le diffuseur est libre de diffuser l'œuvre par plusieurs canaux à la fois¹¹⁶. Contrairement à la mise à disposition, la diffusion implique une linéarité. En d'autres termes, l'utilisateur devra se servir du moyen technique adéquat pour accéder à l'œuvre au moment où celle-ci est diffusée. Si l'utilisateur ou le moyen n'est pas disponible au moment voulu, l'œuvre lui échappera.

2.2.6 Le droit de retransmission (art. 10 al. 2 let. e LDA)

Par essence, la retransmission porte sur un contenu issu d'une première diffusion. Elle implique qu'une autre personne que le diffuseur d'origine utilise des moyens techniques pour proposer simultanément l'œuvre à d'autres¹¹⁷. Le public cible peut parfaitement être le même que celui visé par la diffusion¹¹⁸. Il est aussi possible que la retransmission n'ait pas un caractère public¹¹⁹. En général, ce sont des câblodistributeurs qui retransmettent les œuvres en les transférant dans un réseau câblé après avoir réussi à capter le signal émis par un organisme de diffusion¹²⁰. Cependant, la retransmission peut aussi très bien être le fait d'une personne physique¹²¹.

2.2.7 Le droit de faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition, diffusées ou retransmises (art. 10 al. 2 let. f LDA)

Un individu n'a pas besoin de l'autorisation de l'auteur pour faire voir ou entendre une œuvre mise à disposition, diffusée ou retransmise licitement, pour autant que cela intervienne dans le cadre fixé par l'art. 19 al. 1 let. a et b LDA¹²². En revanche, la réception publique d'une œuvre requiert l'autorisation de l'auteur. Ainsi, dans le cas où l'utilisateur fait voir ou entendre à des tiers « simultanément et sans modification »¹²³ une œuvre diffusée ou retransmise, sans que cela soit pour son usage privé, il doit non seulement obtenir l'autorisation pour le faire mais doit aussi en général s'acquitter de redevances¹²⁴.

¹¹³ Art. 10 al. 2 let. d LDA; DESSEMONTET, Droit d'auteur, p. 184.

¹¹⁴ ATF 139 IV 1, consid. 4.1.1.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ BARRELET/EGLOFF, p. 65.

¹¹⁷ Art. 10 al. 2 let. e LDA; BARRELET/EGLOFF, p. 65.

¹¹⁸ CHERPILLOD, CR-PI, p. 92.

¹¹⁹ Ibid., p. 93.

¹²⁰ Ibid., p. 92.

¹²¹ ATF 139 IV 1, consid. 4.1.1.

¹²² CHERPILLOD, CR-PI, p. 93.

¹²³ Art. 22 al. 1 LDA.

¹²⁴ BARRELET/EGLOFF, p. 66-67 ; Art. 22 LDA. Voir aussi *Infra* 3.1.2.3.

2.2.8 Les droits des titulaires de droits voisins (art. 33, 36 et 37 LDA)

Selon l'expression de BARRELET/EGLOFF, les droits voisins sont des « droits se trouvant dans le proche voisinage du droit d'auteur, mais qui ont tout de même leur caractère propre »¹²⁵. Ils ne portent pas sur une oeuvre, mais sur une *prestation*¹²⁶ relative à un bien immatériel¹²⁷. Tout comme les droits d'auteur, les droits voisins sont des droits exclusifs et absolus¹²⁸. Nous allons brièvement présenter les droits patrimoniaux des trois titulaires de droits voisins, à savoir de l'artiste interprète, du producteur de phonogrammes et de vidéogrammes, ainsi que de l'organisme de diffusion.

En vertu de l'art. 33 al. 1 LDA, la prestation de l'artiste interprète « doit porter sur l'exécution d'une oeuvre » au sens de l'art. 2 LDA¹²⁹. L'al. 2 du même article renseigne sur les droits patrimoniaux qui sont reconnus à l'artiste interprète. La loi y a établi une liste exhaustive¹³⁰. Ces droits ont pratiquement la même teneur que ceux qui sont conférés à l'auteur. Il paraît en effet normal que « là où la même utilisation touche des compétences relevant des droits d'auteur et des droits voisins » les droits patrimoniaux de chacun soient sauvegardés de la même manière¹³¹.

En outre, les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes ainsi que les organismes de diffusion se sont aussi vus reconnaître des droits patrimoniaux bien qu'ils ne soient, par contre, pas titulaires de droits moraux. Les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes se sont vus octroyer des droits exclusifs sur leurs enregistrements, car ceux-ci ont été réalisés par un « processus complexe de fabrication » onéreux dont on ne peut omettre de tenir compte¹³². La protection porte sur l'effort du producteur et non sur le contenu de l'enregistrement¹³³. A ce titre, seul le premier producteur peut se prévaloir de l'art. 36 LDA, à l'exclusion de celui qui ferait de la reproduction¹³⁴. Les droits conférés au producteur sur ses enregistrements sont les suivants: le droit de reproduction, le droit de mise en circulation et le droit de mise à disposition¹³⁵. Quant aux droits des organismes de diffusion, ils visent à protéger l'effort fourni par ces organismes pour créer « un signal de diffusion d'une émission destinée à être reçue par le public »¹³⁶. A l'instar des droits reconnus au producteur, l'art. 37 LDA n'a pas pour but de protéger le contenu de l'émission, mais uniquement le processus

¹²⁵ BARRELET/EGLOFF, p. 203.

¹²⁶ Nous utiliserons généralement le terme de « prestation » pour désigner l'objet de la protection des droits voisins. A noter que le terme allemand est « Darbietung », dont la traduction est aussi parfois « exécution ». Cf. METTRAUX KAUTHEN, CR-PI, p. 328.

¹²⁷ TROLLER, p. 150 ; METTRAUX KAUTHEN, CR-PI, p. 325.

¹²⁸ METTRAUX KAUTHEN, CR-PI, p. 325.

¹²⁹ Ibid., p. 329. Si l'oeuvre est tombée dans le domaine public, la prestation de l'artiste interprète peut tout de même être protégée. Par contre, l'exécution « d'une non-oeuvre » ne confère aucun droit au sens de l'art. 33 LDA. Cf. METTRAUX KAUTHEN, CR-PI, p. 329-330.

¹³⁰ ATF 129 III 719, consid. 4.3 ; BARRELET/EGLOFF, p. 208 ; METTRAUX KAUTHEN, CR-PI, p. 335.

¹³¹ BARRELET/EGLOFF, p. 208.

¹³² BARRELET/EGLOFF, p. 229.

¹³³ TROLLER, p. 152.

¹³⁴ BARRELET/EGLOFF, p. 229.

¹³⁵ Cf. *supra* 2.2.2, 2.2.3 et 2.2.4.

¹³⁶ ATF 139 IV 1, consid. 4.1.2.

permettant la création d'un signal de diffusion propre¹³⁷. Par conséquent, il importe peu que le contenu de l'émission soit protégeable par le droit d'auteur¹³⁸. L'art. 37 LDA relatif aux droits des organismes de diffusion doit être considéré comme une *lex specialis* par rapport à l'art. 36 LDA¹³⁹. De plus, seuls les organismes de diffusion sont bénéficiaires de droits et non les organismes de retransmission. Les droits exclusifs conférés aux organismes de diffusion sur leurs émissions sont les suivants: le droit de retransmission, le droit de faire voir ou entendre, le droit de reproduction sur quelque support de données que ce soit, ainsi que le droit de reproduire les enregistrements ainsi réalisés, le droit de mise en circulation et le droit de mise à disposition¹⁴⁰.

2.3 Les droits à rémunération

2.3.1 Généralités

En sus du gain qu'il peut tirer de l'exploitation autorisée de ses droits exclusifs, le titulaire de droits d'auteur est également en droit de se faire rémunérer dans certaines autres situations prévues exhaustivement par la LDA. Ces rémunérations d'un autre type doivent être versées dans des situations où le législateur a considéré qu'il était justifié de déroger aux droits exclusifs du titulaire de droits d'auteur¹⁴¹. Ces dérogations constituent donc des limites au droit d'auteur. Par principe, les limites au droit d'auteur résultent de la volonté du législateur de privilégier les intérêts des utilisateurs¹⁴², qu'importe que les droits des auteurs et titulaires de droits voisins s'en trouvent restreints. Néanmoins, dans certains cas, le législateur a cherché, en quelque sorte, à rééquilibrer les intérêts, en prévoyant que si la LDA pouvait priver le titulaire des droits d'auteur de son droit d'interdire l'utilisation de son œuvre ou de sa prestation, elle devait en contrepartie, tout de même, lui conférer un droit d'être rémunéré par l'utilisateur¹⁴³.

Comme l'indique SALVADE, des considérations tant idéologiques que pratiques ont légitimé l'instauration de droits à rémunération¹⁴⁴. Du côté des considérations idéologiques, le risque qu'un titulaire de droits d'auteur s'oppose à l'utilisation de ses œuvres ou prestations par des utilisateurs, alors privés du bénéfice que l'œuvre ou la prestation pourrait leur apporter, a été un argument de poids en faveur du système des droits à rémunération¹⁴⁵. D'un point de vue pratique, comme les utilisations d'œuvres ou de prestations permises directement par la LDA se révèlent être massives et, par conséquent, totalement incontrôlables par un seul individu, alors incapable de répondre à la demande, il fallait mettre en place un système viable

¹³⁷ BARRELET/EGLOFF, p. 233.

¹³⁸ ATF 139 IV 1, consid. 4.1.2.

¹³⁹ BARRELET/EGLOFF, p. 232.

¹⁴⁰ Cf. *supra* 2.2.6, 2.2.7, 2.2.2, 2.2.3 et 2.2.4.

¹⁴¹ SALVADE, Droits à rémunération, p. 448.

¹⁴² En particulier : les art. 11 al. 3, 20 al. 1, 22 al. 2, 24, 24a, 25, 26, 27 et 28 LDA.

¹⁴³ PHILIPPIN, CR-PI, p. 70.

¹⁴⁴ SALVADE, Droits à rémunération, p. 449.

¹⁴⁵ Ibid.

d'exploitation de ces droits¹⁴⁶. Au vu de ce qui précède, on comprend que les droits à rémunération sont conçus comme des « palliatifs »¹⁴⁷ qui tendent à satisfaire titulaires des droits *et* utilisateurs là où, à défaut, on ne saurait éviter des difficultés pratiques importantes.

2.3.2 Les cinq droits à rémunération

Dans cinq situations prévues par la LDA, le titulaire des droits d'auteur peut invoquer un droit à rémunération¹⁴⁸. Premièrement, l'art. 13 LDA prévoit que le titulaire des droits d'auteur a droit à être rémunéré lorsque un tiers « loue ou, de quelque autre manière, met à disposition à titre onéreux des exemplaires » de ses œuvres ou prestations, sauf dans les cas exhaustivement énumérés aux al. 2 et 4 du même article. Deuxièmement, en vertu de l'art. 20 al. 2 LDA, le titulaire des droits d'auteur doit être rémunéré si une reproduction de son œuvre ou de sa prestation est effectuée dans le cadre d'un usage privé qu'on peut qualifier d'« étendu »¹⁴⁹. Troisièmement, les producteurs et importateurs de cassettes vierges et d'autres supports permettant l'enregistrement d'œuvres ou de prestations doivent accorder une compensation financière aux titulaires de droits d'auteur en s'acquittant d'une redevance conformément à l'art. 20 al. 3 LDA¹⁵⁰. Quatrièmement, en vertu de l'art. 24c LDA, « 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 ». Cinquièmement, il existe selon l'art. 35 LDA, un droit à rémunération des titulaires de droits voisins pour certaines utilisations de phonogrammes et de vidéogrammes. Enumérées de manière exhaustive, les utilisations de phonogrammes ou de vidéogrammes qui donnent lieu à un droit à rémunération sont : la diffusion, la retransmission, la réception publique ou la représentation¹⁵¹. L'artiste interprète n'a le droit d'être rémunéré qu'à la condition que « les enregistrements utilisés soient disponibles sur le marché »¹⁵². De plus, il est prévu selon l'art. 35 al. 2 LDA que le producteur du support utilisé a également le droit de « prétendre à une part équitable de la rémunération due à l'artiste interprète ». En d'autres termes, aucun « droit propre » n'est reconnu au producteur, mais seulement un droit rattaché à celui de l'artiste interprète¹⁵³. En pratique, ce

¹⁴⁶ Ibid. Par la suite, nous analyserons, de manière approfondie ce système voir : *infra* 3.1.2.2.

¹⁴⁷ SALVADE, Droits à rémunération, p. 449.

¹⁴⁸ En réalité, quatre situations concernent les droits de l'auteur, *ainsi que* les droits des titulaires de droits voisins, en raison de l'art. 38 LDA. La cinquième concerne uniquement certains droits des titulaires de droits voisins (art. 35 LDA).

¹⁴⁹ Il faut distinguer l'usage privé au sens strict (art. 19 al. 1 let. a LDA) et l'usage privé étendu (art. 19 al. 1 let. b et c et art. 19 al. 2 LDA). L'usage privé constitue une restriction au droit d'auteur dans le sens où l'utilisateur peut se passer de l'autorisation du titulaire des droits d'auteur lorsqu'il utilise une œuvre ou prestation uniquement à des fins privées. Néanmoins, bien que l'absence d'autorisation soit prévue pour toutes les utilisations à des fins privées, seul l'usage privé au sens strict peut être réalisé gratuitement sous réserve de l'art. 20 al. 3 LDA. Cf. SALVADE, Droit d'auteur et TIC, p. 10-12.

¹⁵⁰ RUEDIN, CR-PI, p. 212. Il faut être attentif au fait que l'art. 19 al. 3^{bis} LDA est réservé.

¹⁵¹ Art. 35 al. 1 LDA.

¹⁵² En droit international, la condition essentielle est que l'enregistrement ait été « publié à des fins de commerce ». La jurisprudence, en l'état actuel, ne permet pas encore de savoir si la condition posée par le droit suisse est identique à ce qui est prévu en droit international. METTRAUX KAUTHEN, CR-PI, p. 355 ss.

¹⁵³ METTRAUX KAUTHEN, CR-PI, p. 360.

sont les statuts de SWISSPERFORM qui fixent la mesure de la répartition équitable à laquelle peut prétendre le producteur¹⁵⁴.

2.4 La cessibilité des droits en jeu et la controverse doctrinale autour de l'art. 16 LDA

La question de la cessibilité des droits d'auteur est réglée par l'art. 16 al. 1 LDA. Elle est particulièrement pertinente pour cette étude puisque, souvent, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, les titulaires de droits d'auteur cèdent volontairement leurs droits aux sociétés de gestion afin que ces dernières en assurent la gestion¹⁵⁵. La loi se contente d'affirmer que « les droits d'auteur sont cessibles et transmissibles par succession »¹⁵⁶. Or, on doit se rappeler que les droits d'auteur comportent tant des prérogatives morales que patrimoniales. Dès lors, une interprétation littérale de cet article permettrait de conclure à la cessibilité de toutes les prérogatives du droit d'auteur. Cependant, de même qu'une grande partie de la doctrine et comme l'a confirmé la jurisprudence récente du TF, nous doutons qu'il faille interpréter cet article de la sorte. En effet, nous ne pouvons que reconnaître que l'auteur est rattaché à son oeuvre par un lien indissoluble et indissociable, ce qui devrait amener à conclure que les droits moraux dont le but est de protéger ce lien ne peuvent être cédés¹⁵⁷. Comme nous l'avons expliqué, nous considérons que les droits moraux ont une nature *sui generis* ce qui les distingue des droits de la personnalité au sens du CC, sauf pour ce qui est du droit à l'intégrité de la prestation de l'artiste interprète où un renvoi exprès au CC a été opéré. Néanmoins, cette interprétation de la nature des droits moraux n'empêche pas de conclure à leur incessibilité. A la lumière de la jurisprudence fédérale les droits moraux étant incessibles, le contrat qui prévoirait une cession de tels droits devrait être considéré, selon DE WERRA, comme contraire aux bonnes mœurs ou comme portant atteinte à la personnalité de leurs titulaires au sens de l'art. 19 al. 2 CO¹⁵⁸. De l'avis de BARRELET/EGLOFF, le caractère incessible des droits moraux ne s'oppose toutefois pas à ce que l'exercice par autrui de certaines prérogatives de ces droits idéaux soit autorisé par l'auteur lui-même¹⁵⁹.

Cependant, deux courants doctrinaux se positionnent dans un sens contraire, considérant que la cessibilité des ou de certains droits moraux ne peut être exclue. D'une part, une branche libérale de la doctrine postule en faveur d'une « libre cessibilité » des droits moraux, à l'image des possibilités qui existent de commercialiser certains droits de la personnalité, tels que le droit à l'image ou au nom¹⁶⁰. D'autre part, certains auteurs considèrent qu'on ne peut prétendre que tous les droits moraux sont incessibles mais qu'au

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Lorsqu'une société de gestion doit gérer de manière obligatoire certains droits, la cession volontaire de ces droits n'est pas requise, ce qui n'empêche pas pour autant leur titulaire de les céder quand même contractuellement à la société de gestion. Cf. *infra* 3.1.2.2 et 3.1.2.3.

Voir également : *infra* 5.2.2 au sujet du simple mandat de gestion.

¹⁵⁶ Art. 16 al. 1 LDA.

¹⁵⁷ DE WERRA, CR-PI, p. 141 ; TF, sic ! 2010, p. 526-528 ; SALVADE, Droit d'auteur et TIC, p. 12 ;

BARRELET/EGLOFF, p. 102 ; REHBINDER, p. 167.

¹⁵⁸ DE WERRA, CR-PI, p. 139.

¹⁵⁹ BARRELET/EGLOFF, p. 102.

¹⁶⁰ Cf. DE WERRA, CR-PI, p. 140 et auteurs cités à la note de bas de page N 53 de cette référence. Sur cette question voir également : BRAUN, p. 74, 77-78.

contraire, il faut analyser leur cessibilité de manière isolée¹⁶¹. Quoi qu'il en soit, que l'on considère ou non que les droits moraux sont cessibles, l'auteur pourra toujours, en principe, renoncer à exercer ses droits et, par conséquent, exclure une protection du droit d'auteur sur ses œuvres¹⁶².

S'agissant des droits patrimoniaux de l'auteur, il ne fait aucun doute qu'ils sont cessibles, conformément à ce que prévoit le texte de l'art. 16 LDA. L'auteur pourra donc conclure un contrat avec un tiers afin de lui céder certains de ses droits¹⁶³. Par ailleurs, les droits à rémunération en tant que tels, contrepartie de la licence légale accordée à des tiers, ne peuvent être cédés qu'à des conditions restrictives¹⁶⁴. Principalement, la cession devrait être autorisée dans la mesure de ce que prévoient les règlements de répartition des sociétés de gestion chargées d'exercer les droits à rémunération en cause¹⁶⁵.

De plus, la loi prévoit que « sauf convention contraire, le transfert d'un des droits découlant du droit d'auteur n'implique pas le transfert d'autres droits partiels »¹⁶⁶. Ainsi, le droit d'auteur, à l'image d'un gâteau, peut être découpé en plusieurs parts et attribué par son titulaire à des personnes différentes en fonction de ses intérêts. Finalement, on précisera encore que, puisque le législateur a décidé que les droits d'auteur survivent à l'auteur¹⁶⁷, ceux-ci sont transmissibles par succession. Sans intention de nous lancer dans une analyse détaillée de la transmissibilité par succession des droits moraux, il nous faut simplement préciser ici que l'art. 29 LDA qui renseigne sur la durée de protection d'une œuvre par le droit d'auteur n'apporte pas d'information qui permettrait d'affirmer que seuls les droits patrimoniaux de l'auteur sur son œuvre lui survivent. Dès lors, ceux qui pensent que, du vivant de l'auteur, la conception libérale d'une cessibilité des droits moraux est à privilégier, peuvent tout autant considérer que les droits moraux sont transmissibles par succession¹⁶⁸.

¹⁶¹ Cf. BRAUN, p. 75-76, qui résume cette conception et énumère les auteurs qui la suivent; DE WERRA, CR-PI, p. 141-143.

¹⁶² BARRELET/EGLOFF, p. 105.

¹⁶³ WEHLIN, p. 26.

¹⁶⁴ BARRELET/EGLOFF, p. 103.

¹⁶⁵ Ibid. Cf. art. 48 al. 1 LDA ; METTRAUX KAUTHEN, CR-PI, p. 360-361.

¹⁶⁶ Art. 16 al. 2 LDA.

¹⁶⁷ L'art. 29 al. 2 LDA prévoit que la protection des droits d'auteur ne prend fin que lorsqu'un délai de 50 ans après le décès de l'auteur s'est écoulé en ce qui concerne les logiciels ou un délai de 70 ans après le décès de l'auteur pour toutes les autres œuvres. En ce qui concerne les droits voisins, l'art. 39 LDA stipule que la protection prend fin non au décès du titulaire de droits voisins mais 50 ans après le premier jour où la protection a commencé à courir pour chaque prestation. En conséquence, il n'est pas exclu que la protection des droits voisins se prolonge également après la mort du titulaire des droits.

¹⁶⁸ DE WERRA, CR-PI, p. 150. Sur cette question voir également BRAUN, p. 182-186. Dans cette optique, s'agissant du droit de faire reconnaître sa qualité d'artiste interprète (art. 33a al.1 LDA), l'art. 39 al. 1^{bis} LDA prévoit que l'artiste interprète peut se prévaloir de ce droit en tous les cas jusqu'à son décès. Si son décès intervient avant l'échéance du délai général de protection de 50 ans prévalant pour les droits voisins, alors afin de respecter le WPPT, le droit consacré à l'art. 33a al. 1 LDA doit survivre au titulaire décédé. Au vu de ce qui précède et puisque l'art. 38 LDA commande d'appliquer par analogie l'art. 16 LDA aux droits voisins, la conception libérale selon laquelle les droits moraux seraient transmissibles par succession pourrait se justifier aussi pour le droit de faire reconnaître sa qualité d'artiste interprète. Cf. BRAUN, p. 182 et 186.

Chapitre 3 Raison d'être des sociétés de gestion

Notre entrée en matière historique a permis de démontrer que l'impulsion pour la création de sociétés de gestion a été donnée d'abord par les auteurs eux-mêmes dans le but de servir leurs propres intérêts. Empreint de libéralisme, le législateur suisse a choisi de ne pas limiter dans une trop large mesure le champ d'activité des sociétés de gestion, ce qui a permis à ces sociétés de développer leur propre dynamique¹⁶⁹. Bien que les sociétés de gestion aient pour but principal de gérer des droits d'auteur, comme leur nom l'indique, il serait inexact de les réduire uniquement à cette tâche. Au contraire, elles ont également d'autres fonctions. Ce chapitre est destiné à démontrer et expliquer la pluralité de vertus que l'on peut attribuer aux sociétés de gestion afin d'assurer la bonne marche du droit d'auteur. D'ores et déjà, nous pouvons préciser qu'elles n'ont pas uniquement vocation à prêter main-forte aux auteurs. En effet, elles contribuent également à servir les intérêts des utilisateurs et, plus généralement, elles permettent de développer l'offre culturelle en Suisse.

3.1 Gestion collective des droits d'auteur

Comme nous l'avons expliqué, l'auteur et les titulaires de droits voisins sont au bénéfice de droits exclusifs sur leurs œuvres et prestations¹⁷⁰. Ainsi, eux seuls peuvent décider d'autoriser ou d'interdire tout acte touchant à leurs œuvres et prestations¹⁷¹. Pourquoi donc, du haut de leur position de toute puissance, les titulaires de droits d'auteur accepteraient-ils de confier une part de leurs pouvoirs à des sociétés de gestion ? Nous verrons que, parfois, ils n'en ont tout simplement pas le choix. D'autres fois, la réponse à cette question provient d'une réflexion économique. En effet, gérer des droits implique de supporter des coûts de transaction¹⁷². Réussir à identifier les utilisateurs et négocier avec eux les modalités de l'utilisation de l'œuvre et/ou de la prestation n'est pas sans coûts pour les titulaires de droits d'auteur, spécialement en termes de perte de temps et d'argent¹⁷³. Les sociétés de gestion permettent « to reduce the disabling transaction costs to below the value of the transaction, thus enabling the use to be licensed »¹⁷⁴. Dans cette optique, on comprendra qu'en acceptant la gestion collective de ses droits exclusifs par des tiers, le titulaire des droits fait un compromis. Il accepte une immixtion dans ses affaires privées en contrepartie d'une promesse de profit.

La gestion des droits d'auteur « constitue le fondement et la véritable raison d'être » de l'activité d'une société de gestion¹⁷⁵. Elle englobe plusieurs activités. On peut d'emblée préciser que le rôle d'une société de gestion n'est en aucun cas de gérer les œuvres ou les

¹⁶⁹ DESSEMONTET, Droit d'auteur, p. 441.

¹⁷⁰ *Supra* 2.1 et 2.2.

¹⁷¹ FICSOR, OMPI, p. 15.

¹⁷² GOLDSTEIN/HUGENHOLTZ, p. 275.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ FICSOR, OMPI, p. 20. Preuve du caractère central que la gestion des droits d'auteur doit revêtir pour l'activité d'une société de gestion, l'art. 5 des statuts de la CISAC exclut qu'une société de gestion puisse devenir membre ordinaire de cette organisation si elle ne gère pas des droits d'auteur.

prestations elles-mêmes, mais seulement les droits qui y sont rattachés¹⁷⁶. Avant de nous intéresser de plus près à ces différentes tâches inhérentes à la gestion¹⁷⁷, nous commencerons par présenter qui sont les principaux acteurs concernés par la gestion collective. Ensuite, nous poursuivrons en distinguant les quatre types de gestion des droits d'auteur susceptibles d'être mis en œuvre.

3.1.1. Les principaux acteurs concernés

En principe, à chaque fois que des droits d'auteur sont gérés collectivement, au moins trois acteurs interagissent: l'auteur ou le titulaire de droits voisins, la société de gestion et l'utilisateur¹⁷⁸. Ce dernier doit être distingué du consommateur. En effet, toute personne qui utilise une œuvre ou prestation protégée, uniquement à des fins personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées au sens de l'art. 19 al. 1 let. a LDA, peut se prévaloir d'une exception au droit d'auteur¹⁷⁹. A cet égard, celui que l'on peut qualifier de « consommateur final privé » n'est, quant à lui, pas tenu de rémunérer le titulaire de droits d'auteur pour l'utilisation de son œuvre ou de sa prestation¹⁸⁰. De ce fait, la règle veut que seul l'utilisateur qui peut retirer directement ou indirectement un bénéfice pour son activité de l'utilisation du bien protégé par le droit d'auteur doit rémunérer le titulaire des droits¹⁸¹. Ce n'est qu'un juste retour que d'exiger qu'une part de ses recettes soit reversée dans la mesure où l'œuvre ou la prestation apportent une plus-value à l'activité de l'utilisateur¹⁸². A noter également qu'il est relativement fréquent pour le titulaire originaire des droits d'auteur de céder ses droits à un tiers, qui deviendra alors titulaire des droits à titre dérivé¹⁸³. Par exemple, un travailleur peut céder ses droits d'auteur à son employeur. Dans un tel cas, cela sera au titulaire dérivé d'interagir avec la société de gestion.

3.1.2 Délimitation entre les différents types de gestion

Alors que l'art. 40 LDA se contente de préciser quels sont les droits dont la gestion est soumise à la surveillance de la Confédération, aucune disposition générale de la LDA n'indique quels sont les droits qui sont soumis à la gestion collective. Au contraire, pour le

¹⁷⁶ DESSEMONTET, PI et contrats de licence, p. 146. Comme DESSEMONTET le prévient, les activités de création et de commercialisation ne sont jamais du ressort de la société de gestion.

¹⁷⁷ *Infra* 3.1.3.

¹⁷⁸ Une analyse exhaustive des différents rapports contractuels qui peuvent se tisser entre tous les acteurs intervenant à un moment ou à un autre dans la gestion des droits d'auteur s'avérerait extrêmement complexe et dépasserait le cadre de la présente étude. Nous nous bornerons donc à présenter la nature des rapports qui existent entre ces trois principaux acteurs. On relèvera seulement que les titulaires de droits d'auteur sont souvent aidés par des professionnels pour mener à bien leurs carrières artistiques, professionnels avec lesquels ils concluent toutes sortes de contrats. Ces personnes peuvent être, par exemple, des managers, agents artistiques, des sociétés de production ou des éditeurs.

¹⁷⁹ Voir: <<http://www.swisscopyright.ch/fr/questions-et-reponses/droit-dauteur.html>>.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Concrètement, on peut notamment regrouper parmi les utilisateurs les organisateurs de concerts, les fabricants de DVD ou de CD, les câblo-opérateurs, les organismes de diffusion, les entreprises, les administrations, les écoles, les producteurs ou les éditeurs. Ces exemples sont tirés d'un schéma disponible à l'adresse suivante : <<http://www.swisscopyright.ch/fr/activites.html>>.

¹⁸² Voir: <<http://www.swisscopyright.ch/fr/questions-et-reponses/droit-dauteur.html>>.

¹⁸³ Cf. *supra* 2.4.

savoir, il faut consulter les « dispositions spécifiques [de la LDA] qui imposent une telle gestion »¹⁸⁴. Considérant que l'articulation de la loi ne facilite pas la compréhension de la délimitation à opérer entre les différents types de gestion des droits d'auteur, nous nous proposons, au travers de cette section, d'opérer une analyse de chaque type de gestion. Nous mettrons l'accent sur la nature et le fondement des rapports qui unissent les principaux acteurs. Notre analyse sera agrémentée d'une représentation graphique de ces rapports pour chaque type de gestion.

Avant d'amorcer notre analyse, quelques précisions préliminaires nous semblent utiles. La gestion des droits d'auteur est un domaine où droit d'auteur et droit des obligations s'imbriquent largement. Pourtant, le législateur a intentionnellement décidé de ne pas réglementer spécifiquement les différents types de contrats de droit d'auteur, mais plutôt de se contenter d'une application des règles générales du CO¹⁸⁵. A noter qu'en vertu de l'art. 7 CC, même lorsqu'aucun contrat n'est conclu, mais qu'il existe une créance, les règles générales du CO s'appliquent si le fondement de la créance repose sur une autre matière du droit civil, telle que le droit de la propriété littéraire et artistique¹⁸⁶. Ainsi, les questions relatives, par exemple, à la prescription ou l'exigibilité d'une créance résultant d'un droit à rémunération prévu par la LDA trouvent réponse directement dans le CO¹⁸⁷.

3.1.2.1 Gestion individuelle

Le principe veut que les titulaires de droits d'auteur soient libres de gérer individuellement leurs droits exclusifs, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être contraints d'en confier la gestion à une société de gestion que « si la loi le prévoit expressément »¹⁸⁸. Ainsi, certains actes juridiques de nature strictement privée sont généralement réalisés par les auteurs eux-mêmes¹⁸⁹. Par exemple, dans le domaine de la littérature, les auteurs (ou leurs représentants) concluent généralement eux-mêmes leurs contrats d'édition¹⁹⁰. La gestion individuelle est également de mise s'agissant des rapports entre les artistes et les galeries d'art ou s'agissant de la gestion des œuvres de publicité¹⁹¹. De plus, sous réserve des cas de gestion

¹⁸⁴ FEHLBAUM, CR-PI, p. 407.

¹⁸⁵ STREULI-YOUSSEF, p. 3. L'auteur est d'avis que la question d'une codification mérite d'être remise sur la table. En effet, les nouvelles technologies ont amplifié l'utilisation de masse qu'il peut être fait des œuvres et prestations et, partant, les enjeux commerciaux relatifs au droit d'auteur prennent toujours plus d'importance.

¹⁸⁶ Art. 7 CC ; SALVADE, Droits à rémunération, p. 453. Ainsi, comme SALVADE l'explique, le terme de « contrats » utilisé à l'art. 7 CC doit être compris au sens large comme un synonyme d'« obligations ».

¹⁸⁷ Ibid., p. 453-456.

¹⁸⁸ BLANK, p. 26 ; BARRELET/EGLOFF, p. 261 ; FEHLBAUM, CR-PI, p. 407 ; BREM/SALVADE/WILD, SHK-URG, p. 496.

¹⁸⁹ DESSEMONTET, Droit d'auteur, p. 442.

¹⁹⁰ Ibid. Le contrat d'édition est défini à l'art. 380 CO comme « un contrat par lequel l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique ou ses ayants cause s'engagent à la céder à un éditeur, qui s'oblige à la reproduire en un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires et à la répandre dans le public ».

¹⁹¹ Ibid., p. 443. L'auteur cite également d'autres exemples auxquels nous renvoyons pour plus de détails. Voir également : réponse PROLITTERIS question N 13.

collective obligatoire, les droits voisins sont toujours gérés individuellement¹⁹². La gestion individuelle n'empêche cependant pas les sociétés de gestion de jouer un rôle de conseil auprès des titulaires de droits d'auteur en cas de besoin¹⁹³. Les sociétés de gestion, créées par et pour les titulaires de droit d'auteur se doivent d'épauler leurs membres, de chercher des solutions avec eux et d'ouvrir leurs portes aux créateurs en toutes situations. Dans cette optique, la SSA¹⁹⁴ a même décidé que ses membres s'engagent, par la signature du contrat qui les lie à elle, dans des cas de gestion individuelle, « à n'accorder des autorisations qu'au travers de la société et conformément aux tarifs que la SSA a négociés avec les utilisateurs »¹⁹⁵.

De plus, afin de combler le manque de réglementation légale et de sauvegarder au mieux les intérêts des parties prenantes, il existe dans certains domaines, tel que le domaine audiovisuel, des contrats types sectoriels, élaborés par les associations professionnelles avec l'aide des sociétés de gestion¹⁹⁶. En outre, il existe des recommandations de prix¹⁹⁷ auxquelles le titulaire de droit d'auteur peut se référer s'il n'arrive pas à établir lui-même le montant de la rémunération qu'il entend demander pour l'utilisation de son œuvre.

3.1.2.1.1 Rapports entre les principaux acteurs concernés

En principe, la gestion individuelle des droits d'auteur ne concerne que deux acteurs¹⁹⁸: le titulaire des droits d'auteur et l'utilisateur. Ainsi, le titulaire des droits négociera lui-même directement avec les tiers souhaitant utiliser l'œuvre ou acquérir certains droits sur cette œuvre. En vertu du principe de la liberté contractuelle, le titulaire des droits pourra poser ses propres conditions à toute transaction, ceci, bien entendu, dans les limites générales de la loi¹⁹⁹. Comme aucune disposition légale ne régleme spécifiquement les contrats de droit d'auteur, la liberté de la forme et du contenu reste entière²⁰⁰. Néanmoins, le droit général des contrats tel que codifié dans le CO s'appliquera pleinement²⁰¹. Ainsi, une fois que le titulaire des droits d'auteur et l'utilisateur auront échangé leurs manifestations de volonté de

¹⁹² FEHLBAUM, CR-PI, p. 414. Néanmoins, SWISSPERFORM offre la possibilité à ses membres et mandants de lui transférer certains de leurs droits exclusifs habituellement gérés individuellement. Pour davantage de précisions voir : réponse SWISSPERFORM question N 13.

¹⁹³ DESSEMONNET, Droit d'auteur, p. 442.

¹⁹⁴ *Infra* 5.1.4.

¹⁹⁵ Réponse SSA question N 13. A cet égard, l'art. 3.3 du contrat de société prévoit que « l'auteur conserve le droit d'autoriser ou d'interdire la communication de ses œuvres au public, notamment leur adaptation et représentation dramatiques. Toutefois, son autorisation ou interdiction ne peuvent être données que par l'intermédiaire de la Société ». Voir : < <http://www.ssa.ch/sites/default/files/ssadocuments/m02f0213.pdf> >.

¹⁹⁶ Réponse SUISSIMAGE question N 13 ; BLANK, p. 25 ; WEHRLIN, p. 27.

¹⁹⁷ BENHAMOU, p. 251.

¹⁹⁸ Il peut y avoir des exceptions à cette règle. Par exemple, lorsque l'auteur s'engage à n'accorder des autorisations d'utilisation que par l'intermédiaire d'une société de gestion. Cf. *supra* note de bas de page N 195.

¹⁹⁹ TERCIER/PICHONNAZ, p. 164.

²⁰⁰ WEHRLIN, p. 26. Comme le relève WEHRLIN, il est intéressant de constater que tel n'est pas le cas dans d'autres Etats comme la France ou l'Allemagne. Ces Etats ont en effet fait le choix d'instaurer une protection accrue de l'auteur en lui conférant le statut de partie « faible » au contrat.

²⁰¹ BLANK, p. 25.

manière réciproque et concordante²⁰², un **rapport contractuel** naîtra entre eux. Ce qui joue un rôle particulièrement important pour le titulaire des droits est de pouvoir déterminer la rémunération que son cocontractant devra lui verser²⁰³. De plus, il pourra aussi faire dépendre l'octroi de licences ou la cession de droits à des tiers d'autres conditions que la seule rémunération²⁰⁴.

Les titulaires de droits d'auteur peuvent tirer un revenu de leurs œuvres ou prestations de deux manières. Premièrement, ils peuvent décider de transférer à des tiers tout ou partie de leurs droits exclusifs cessibles²⁰⁵. La **cession** se fait par le biais de contrats individuels qui prévoient, notamment, la durée, l'étendue de la cession²⁰⁶ et la contrepartie offerte par le cessionnaire. Le titulaire des droits d'auteur, en tant que cédant, se portera garant des qualités promises dans le contrat et tout particulièrement du fait « qu'il est habilité à disposer des droits qu'il cède »²⁰⁷. Parmi les différents types de contrats conclus lors de la gestion individuelle des droits d'auteurs et qui consacrent une cession de droits, on peut, entre autres, citer : les contrats d'édition ou les contrats qualifiés de « contrat à 360° »²⁰⁸. En toute logique, le titulaire des droits ne doit pas perdre de vue que, plus il « conserve de droits [d'auteur], plus grande sera la part qu'il touchera sur le chiffre d'affaires réalisé grâce » à son œuvre ou sa prestation²⁰⁹. Le titulaire des droits d'auteur doit donc trouver un juste équilibre. Avant de céder certains de ses droits, il lui faut s'assurer qu'il n'est pas en mesure de mieux valoriser ses droits lui-même, auquel cas il ne devrait alors pas céder à la pression commerciale exercée par des tiers ou à l'appât d'un profit immédiat.

Deuxièmement, les titulaires de droits d'auteur peuvent conclure des **contrats de licence** avec des tiers désireux d'utiliser l'œuvre. Les pages nous manqueraient pour réaliser une étude approfondie des différentes caractéristiques d'un contrat de licence. Néanmoins, nous considérons qu'il est, tout de même, judicieux de broser ici un rapide portrait de ce contrat. En effet, ce contrat innomé est incontournable et revêt une importance capitale en droit d'auteur. Il peut être défini comme « le contrat par lequel une personne [le concédant] donne à une autre [le licencié] le droit d'utiliser, en tout ou en partie, un droit immatériel sur lequel elle a l'exclusivité contre versement d'une rémunération, appelée la redevance (ou « royauté »)²¹⁰. La différence fondamentale par rapport à la cession est que, dans un contrat de licence, le concédant garde la propriété des droits d'auteur²¹¹. Ainsi, la licence « ne fait que

²⁰² Art. 1 al. 1 CO.

²⁰³ KARNELL/VON LEWINSKI, p. 7.

²⁰⁴ Ibid. Ces autres conditions peuvent par exemple être liées à l'exercice de certaines de ses prérogatives morales telle que le droit à l'intégrité de l'œuvre.

²⁰⁵ WEHRLIN, p. 26 ; CHERPILLOD, Titularité et transfert, p. 87.

²⁰⁶ WEHRLIN, p. 26.

²⁰⁷ CHERPILLOD, Titularité et transfert, p. 90.

²⁰⁸ Cf. WEGENER POTO, Bon à savoir, 15-16, accessible à l'adresse suivante : <http://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/service/Recht_Rat_FR/2010-2_Le_contrat_a_360_degre_un_modele_commercial_lucratif.pdf>.

²⁰⁹ Ibid., 14.

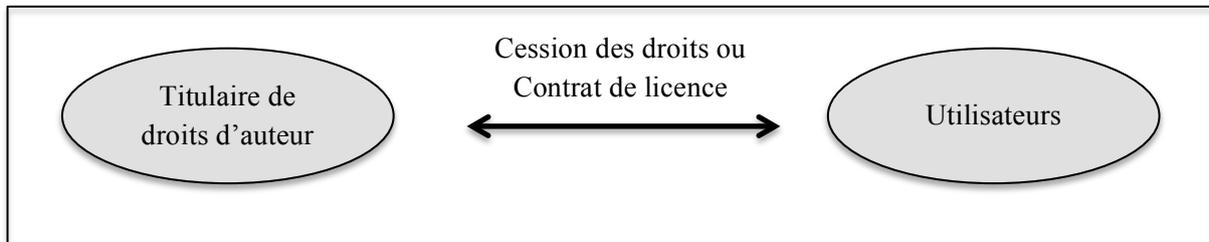
²¹⁰ TERCIER/FAVRE, p. 1197.

²¹¹ CHERPILLOD, Titularité et transfert, p. 91.

conférer un droit personnel (qui n'est opposable qu'au concédant) » et n'implique pas de transfert de droits absolus au licencié²¹².

3.1.2.1.2 Schéma récapitulatif

Le schéma ci-dessous illustre les rapports entre les principaux acteurs de la gestion individuelle:



3.1.2.2 Gestion collective obligatoire des simples droits à rémunération

Comme nous l'avons expliqué précédemment, la LDA a prévu cinq situations dans lesquelles les titulaires de droits d'auteur n'ont pas la possibilité de s'opposer à l'utilisation de leur œuvre ou prestation par des tiers²¹³, mais où, ils ont le droit d'être rémunérés pour l'utilisation qui en est faite. Les art. **13, 20, 24c et 35 LDA** prévoient tous expressément que « les droits à rémunération ne peuvent être exercés que par les sociétés de gestion agréées »²¹⁴. Dès lors, les simples droits à rémunération donnent lieu à une gestion collective obligatoire²¹⁵. Afin de bien comprendre en quoi consiste la gestion collective obligatoire, il est fondamental de distinguer la titularité matérielle des droits de leur exercice. La titularité matérielle des droits à rémunération appartient aux titulaires de droits d'auteur alors que l'exercice de ces mêmes droits est de la compétence des sociétés de gestion agréées²¹⁶. En d'autres termes, la loi ne prévoit aucune cession de droits lors de la gestion collective des simples droits à rémunération, mais confère simplement aux sociétés de gestion l'exercice d'une des prérogatives du titulaire de droits, à savoir la compétence de faire valoir et de percevoir les rémunérations. Par conséquent, le titulaire des droits d'auteur gardera la possibilité de céder ses droits patrimoniaux à un tiers, qui, lui-même, se verrait contraint de laisser la société de gestion exercer les droits assujettis à la gestion collective obligatoire²¹⁷. En revanche, l'exercice des droits moraux n'est pas concerné par la gestion collective obligatoire et appartiendra toujours au titulaire des droits d'auteur²¹⁸.

La jurisprudence a confirmé que même lorsqu'un titulaire de droits d'auteur utilise sa propre œuvre ou prestation, il doit verser une redevance à la société de gestion compétente

²¹² Ibid., p. 87 ; Voir également : STREULI-YOUSSEF, p. 25-26.

²¹³ *Supra* 2.3.

²¹⁴ Cf. art. 13 al. 3, art. 20 al. 4, art. 24c al. 4 et art. 35 al. 3 LDA.

²¹⁵ DESSEMONTET, PI et contrats de licence, p. 97 ; ATF 124 III 370 ; ATF 124 III 489 = JdT 1999 I 429.

²¹⁶ SALVADE, Droits à rémunération, p. 451.

²¹⁷ ATF 133 III 568, consid. 5.1 = JdT 2008 I 374.

²¹⁸ BARRELET/EGLOFF, p. 143 ; OERTLI, SHK-URG, p. 261.

quand son utilisation implique un droit à rémunération²¹⁹. Certes, cela signifie alors que, ce faisant, le titulaire des droits d'auteur s'auto-rémunère. En effet, il recevra ultérieurement des redevances sur l'ensemble des recettes que ses œuvres ou prestations ont générées et donc y compris sur l'éventuel montant qu'il a lui-même été contraint de verser à la société de gestion par ce biais²²⁰. Les raisons idéologiques et pratiques à la base des droits à rémunération justifient une éventuelle auto-rémunération des titulaires de droits, même si celle-ci peut paraître alors quelque peu paradoxale.

3.1.2.2.1 Rapports entre les principaux acteurs concernés

La gestion collective obligatoire des simples droits à rémunération soulève diverses questions concernant les rapports qui lient les principaux acteurs les uns aux autres. La première question qu'il nous semble primordial de traiter est la suivante : en vertu de quel fondement l'utilisateur est-il tenu de verser en mains de la société de gestion la rémunération due aux titulaires des droits ? La deuxième question qui retiendra notre attention se focalise sur un présupposé selon lequel le titulaire de droits d'auteur et la société de gestion compétente pour exercer ses droits à rémunération ne sont pas du tout ou, pas encore, liés par un rapport contractuel. Dans un tel cas, le fondement du rapport qui lie la société de gestion au titulaire des droits est-il quasi-contractuel²²¹ ou le rapport repose-t-il sur une autre source d'obligation ?

En ce qui concerne notre première question, il faut d'emblée expliquer que les droits à rémunération reposent toujours sur une **licence légale**²²². L'OMPI définit la licence légale comme « une autorisation donnée par la loi d'utiliser une œuvre protégée par le droit d'auteur d'une manière déterminée, à certaines conditions contre le paiement d'un droit d'auteur »²²³. L'utilisateur a donc carte blanche pour utiliser l'œuvre s'il respecte le cadre prévu par la licence légale. Le titulaire des droits d'auteur n'a, quant à lui, aucun moyen de s'opposer à de telles utilisations de son œuvre ou de sa prestation. Alors que l'utilisation peut parfois s'avérer gratuite, dans le cas des simples droits à rémunération, le législateur a considéré que l'atteinte portée aux droits exclusifs ne pouvait être admissible que si le titulaire des droits était rétribué en contrepartie²²⁴. Du fait de la licence légale, nous concluons que l'obligation

²¹⁹ ATF 124 III 489 consid. 2c = JdT 1999 I 429.

²²⁰ ATF 124 III 489 consid. 2c = JdT 1999 I 429. Néanmoins, il faut être attentif au fait qu'en raison de la gestion collective, comme nous le verrons pas la suite, différentes déductions devront être prélevées sur ses recettes.

²²¹ Tel serait le cas si l'exercice par les sociétés de gestion des droits à rémunération reposait sur une gestion d'affaires au sens des art. 419 ss CO.

²²² SALVADE, Droits à rémunération, p. 449. La licence légale doit être distinguée de la licence obligatoire dans le sens qu'elle ne prévoit pas d'obligation de contracter mais qu'elle confère une autorisation légale d'utilisation à toute personne s'acquittant de la redevance prévue. Quand l'utilisateur peut se prévaloir d'une licence légale, il n'est pas nécessaire, contrairement à ce qui serait exigé pour une licence obligatoire, de soumettre l'octroi de la licence à l'approbation d'un juge ou d'une autre autorité. Cf. LIECHTI, Exceptions au droit d'auteur, p. 157 ; SALVADE, Droits à rémunération, p. 450. Pour un exemple de licence obligatoire voir l'art. 23 LDA.

²²³ LIECHTI, Licences légales ou obligatoires, p. 378 ; OMPI Glossaire, p. 248.

²²⁴ La rémunération du titulaire des droits permet, en effet, de rétablir un certain équilibre quand le droit d'auteur est malmené afin de rendre possible une plus large diffusion de l'œuvre ou de la prestation. Cf. LIECHTI,

de l'utilisateur de rémunérer le titulaire des droits est une **obligation *ex lege*** ou légale²²⁵. En effet, nous ne pouvons que constater que la source de l'obligation ne se trouve ni dans un contrat, ni dans un acte illicite²²⁶. L'obligation ne résulte pas non plus de l'enrichissement illégitime ou de la gestion d'affaires²²⁷.

Quant à notre deuxième question, la réponse à y apporter ne nous semble pas couler de source. Tout d'abord, on peut préciser que la jurisprudence a clairement confirmé que le rapport entre une société de gestion et des titulaires de droits d'auteur ne devait pas nécessairement reposer sur un fondement contractuel²²⁸. En effet, l'exigence d'un rapport contractuel systématique entre ces deux acteurs entraverait le bon fonctionnement du système de la gestion collective. Il suffirait au titulaire des droits d'auteur de refuser de contracter pour empêcher les sociétés de gestion d'exercer les droits à rémunération²²⁹. Anticipant les difficultés qui pourraient survenir, le législateur a donc prévu « la reconnaissance d'un pouvoir légal en faveur de ces sociétés, qui leur permet d'intervenir auprès des utilisateurs même sans mandat des ayants droit »²³⁰. Ainsi, on peut déduire de la LDA que les sociétés de gestion ont une **autorisation légale d'agir**²³¹. En réalité, elles ne sont pas seulement autorisées à percevoir, mais elles y sont même obligées dans les situations où il doit y avoir une rémunération des titulaires de droit d'auteur²³². Dès lors, le fondement de leur action résulte directement du droit matériel²³³. En outre, nous constatons, de toute manière, que le rapport interne qui lie les sociétés de gestion aux titulaires des droits d'auteur ne pourrait pas reposer sur une gestion d'affaires au sens des art. 419 ss CO²³⁴, ceci pour les motifs qui suivent. Trois conditions doivent être remplies pour que la gestion d'affaires soit possible²³⁵. Premièrement, la loi exige qu'un tiers gère l'affaire d'autrui. Deuxièmement, il faut une absence de mandat et, troisièmement, il faut que le gérant ait conscience et volonté (ou une absence inexcusable de la conscience) de gérer l'affaire d'autrui²³⁶. Nous observons que la condition d'absence de mandat ne peut pas être remplie. En effet, cette dernière « ne doit pas se comprendre au sens strict d'absence de contrat de mandat selon les art. 394 ss, mais d'absence d'obligation, quelle qu'elle soit, d'agir (contractuelle, légale ou autre) envers le

Licences légales ou obligatoires, p. 377-378, qui relève, à juste titre, que « les intérêts des uns ne doivent pas conduire à l'anéantissement de ceux des autres ».

²²⁵ SALVADE, Droits à rémunération, p. 450. L'auteur donne la référence d'un arrêt dans lequel le TF considérerait étrangement que cette obligation était de nature quasi-contractuelle.

²²⁶ Ibid., p. 450. Sur la question des sources des obligations voir : ENGEL, p. 87-89.

²²⁷ SALVADE, Droits à rémunération, p. 450. A noter que la terminologie française du CO diffère un peu de la terminologie allemande puisque celle-ci prévoit le terme « gestion d'affaires » alors que celle-là parle de gestion d'affaires sans mandat « die Geschäftsführung ohne Auftrag », cf. TERCIER/FAVRE/CONUS, p. 896.

²²⁸ HILTY, p. 336 ; ATF 124 III 489, consid. 2a = JdT 1999 I 429 ; ATF 133 III 473 ; BREM/SALVADE/WILD, SHK-URG, p. 500 ; REHBINDER/VIGANO, p. 181.

²²⁹ SALVADE, Droits à rémunération, p. 452 ; ATF 124 III 489, consid. 2a = JdT 1999 I 429.

²³⁰ SALVADE, Droits à rémunération, p. 457.

²³¹ BARRELET/EGLOFF, p. 273.

²³² ATF 124 III 489, consid. 2 a = JdT 1999 I 429.

²³³ BREM/SALVADÉ/WILD, SHK-URG, p. 514.

²³⁴ BARRELET/EGLOFF, p. 273.

²³⁵ Cf. CHAPPUIS, p. 6-28.

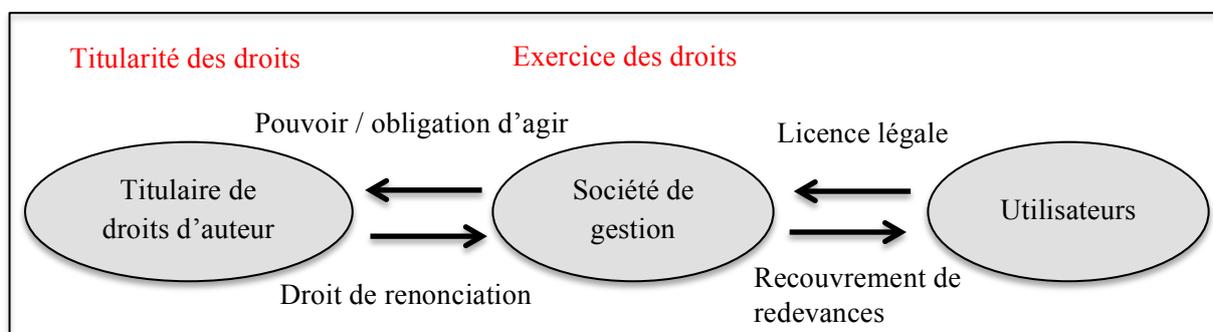
²³⁶ Ibid.

maître »²³⁷. En conséquence, comme les sociétés de gestion ont le pouvoir et le devoir d'agir, les art. 419 ss CO ne peuvent s'appliquer à leurs actions dans le cadre des droits à rémunération. La source de l'**obligation** des sociétés de gestion d'exercer les droits à rémunération n'est pas quasi-contractuelle mais *ex lege*.

En outre, bien que les sociétés de gestion soient légalement fondées à gérer, souvenons-nous que le titulaire des droits conserve toujours la possibilité de renoncer explicitement à la rémunération qu'il peut toucher du fait de l'utilisation massive de son œuvre ou de sa prestation²³⁸. Pour ce faire, il doit aussitôt informer les sociétés de gestion de sa renonciation²³⁹. Cas échéant, ces dernières seront impuissantes face à sa décision et devront s'abstenir de prélever des redevances auprès des utilisateurs concernés²⁴⁰.

3.1.2.2 Schéma récapitulatif

Le schéma ci-dessous illustre les rapports entre les principaux acteurs de la gestion collective obligatoire des simples droits à rémunération:



3.1.2.3 Gestion collective obligatoire de certains droits exclusifs

En plus des droits à rémunération, les dispositions topiques de la LDA prévoient que d'autres droits doivent impérativement être exercés par des sociétés de gestion agréées²⁴¹. Premièrement, il s'agit des droits relatifs à la communication d'œuvres diffusées (art. 22 LDA)²⁴². Deuxièmement, il s'agit des droits sur les productions d'archives des organismes de

²³⁷ CHAPPUIS, p. 14 ; Cet auteur renvoie également au raisonnement de SUTER, p. 18, qui considère, quant à lui, que « ce n'est pas l'absence d'obligation d'agir [...] qui est déterminante, mais l'absence d'autorisation d'agir ». Voir également : HERITIER LACHAT, CR-CO I, p. 2565 pour qui « l'existence d'un rapport juridique particulier résultant de la loi ou d'une décision d'une autorité, rapport qui autorise ou contraint une personne à intervenir dans la sphère juridique d'un tiers, exclut en conséquence l'application de CO 419 ». Selon TERCIER/FAVRE/CONUS, p. 902, la prestation doit être faite « sans mandat », ce qui veut dire qu'elle doit intervenir « sans cause ». Ce n'est pas le cas si le gérant agit en vertu de la loi.

²³⁸ BARRELET/EGLOFF, p. 273 ; ATF 124 III 489, consid. 2a = JdT 1999 I 429.

²³⁹ ATF 124 III 489, consid. 2a = JdT 1999 I 429.

²⁴⁰ SALVADE, Droits à rémunération, p. 452 ; ATF 124 III 489 consid. 2a = JdT 1999 I 429.

²⁴¹ BARRELET/EGLOFF, p. 258 ; FEHLBAUM, CR-PI, p. 409 ; SALVADE, Droit d'auteur et TIC, p. 22.

²⁴² Plus précisément, aux termes de l'art. 22 al. 1 LDA, la communication d'œuvres diffusées concerne « le droit de faire voir ou entendre simultanément et sans modification ou de retransmettre des œuvres diffusées au cours de la retransmission d'un programme d'émission ». Les al. 2 et 3 prévoient des exceptions où la gestion collective obligatoire n'est pas requise.

diffusion (art. **22a LDA**)²⁴³ et, troisièmement, des droits nécessaires à l'exploitation d'œuvres orphelines (art. **22b LDA**)²⁴⁴. En réalité, il faut être attentif ici au fait que, pour l'exploitation des œuvres orphelines, la gestion collective n'est pas automatiquement obligatoire, mais subsidiaire à l'exercice des droits par l'ayant droit²⁴⁵. Quatrièmement, il s'agit des droits de mettre à disposition des œuvres musicales diffusées (art. **22c LDA**)²⁴⁶ et, cinquièmement, des droits de reproduction à des fins de diffusion (art. **24b LDA**). Conformément à l'art. 38 LDA, les titulaires de droits voisins sont concernés, sauf indications contraires dans la LDA²⁴⁷, dans la même mesure s'agissant de leurs droits exclusifs correspondants. Nous n'analyserons pas en détail l'étendue de ces droits exclusifs car nous préférons nous intéresser plus particulièrement au fondement de la gestion collective à laquelle ils donnent lieu.

Nous rappelons que, comme nous l'avons expliqué pour les simples droits à rémunération, qui dit gestion collective obligatoire, dit distinction entre la titularité des droits et l'exercice des droits²⁴⁸. Par conséquent, seul l'exercice des droits exclusifs prévus aux art. 22, 22a, 22b, 22c et 24b LDA est conféré aux sociétés de gestion, la titularité des droits restant acquise aux auteurs, titulaires de droits voisins ou autres ayants droit²⁴⁹. Il n'en reste pas moins que, dans ces circonstances, le titulaire des droits d'auteur n'est plus seul maître à bord et qu'il doit laisser la société de gestion gérer ses droits. A cet égard, ici également, même si l'utilisation touchant à un droit exclusif assujéti à gestion collective obligatoire devait être entreprise par le titulaire des droits lui-même, celui-ci serait traité comme tout utilisateur et devrait s'adresser à la société de gestion pour utiliser sa propre œuvre ou prestation dans le respect des dispositions légales impératives²⁵⁰.

3.1.2.3.1 Rapports entre les principaux acteurs concernés

Nous nous apprêtons à expliquer quels sont le contenu et le fondement des rapports qui unissent, d'une part, une société de gestion et les utilisateurs, et, d'autre part, une société de gestion et les titulaires des droits d'auteur dans les situations de gestion collective obligatoire de certains droits exclusifs. Même si la gestion collective a une nature obligatoire tant pour l'exercice des simples droits à rémunération que pour l'exercice des droits exclusifs prévus aux art. 22, 22a, 22b, 22c et 24b LDA, des différences du point de vue des rapports entre les acteurs concernés doivent être relevées. Ainsi, il nous semble judicieux

²⁴³ Il doit y avoir gestion collective uniquement lorsque l'organisme de diffusion a la qualité de producteur au sens de l'art. 36 LDA. Voir BARRELET/EGLOFF, p. 150.

²⁴⁴ Les « œuvres orphelines » au sens de l'art. 22b LDA désignent les phonogrammes et les vidéogrammes « pour lesquels un droit d'utilisation ne peut plus être obtenu par voie contractuelle pour des raisons pratiques ». BARRELET/EGLOFF, p. 153.

²⁴⁵ Ibid., p. 154.

²⁴⁶ Est seule concernée l'hypothèse où l'intégralité de l'émission est mise à disposition et où les conditions prévues à l'art. 22c al. 1, let. a, b et c sont remplies. Cf. BARRELET/EGLOFF, p. 156-157.

²⁴⁷ Par exemple, la gestion collective obligatoire des droits des organismes de diffusion peut être limitée ou exclue. Tel est notamment le cas en vertu de l'art. 22a al. 3 LDA.

²⁴⁸ Sur cette question nous renvoyons le lecteur à ce qui a été expliqué *supra* 3.1.2.2.

²⁴⁹ Cf. notamment, BARRELET/EGLOFF, p. 141 et p. 170 ; LING, CR-PI, p. 228.

²⁵⁰ OERTLI, SHK-URG, p. 259.

d'entreprendre d'une manière comparative notre analyse du rapport qui existe entre les principaux acteurs concernés.

Il nous faut commencer par souligner une différence majeure entre les deux types de gestion collective obligatoire. La gestion collective des droits exclusifs prévus aux art. 22, 22a, 22b, 22c et 24b LDA concerne **l'ensemble des prérogatives** conférées par ces droits et non seulement la faculté de prélever une rémunération²⁵¹. Dès lors, tout exercice individuel par leur titulaire d'une prérogative conférée par ces droits est exclu, même l'exercice d'un droit de véto visant à empêcher un tiers d'entreprendre une utilisation déterminée²⁵². De plus, les titulaires de droits ne peuvent pas non plus donner des instructions directes aux sociétés de gestion sur la manière dont ils aimeraient qu'elles gèrent leurs droits²⁵³. Ceci garantit que la gestion soit « prévisible et transparente pour les intéressés »²⁵⁴. Cela signifie-t-il que les ayants droit – contrairement à ce qui est possible dans le cas des simples droits à rémunération – ne peuvent alors pas renoncer à recevoir une rémunération pour l'exploitation de leurs œuvres ou prestations ? Ce n'est pas le cas, car les titulaires gardent ici aussi la possibilité de renoncer à l'ensemble ou une partie de leurs droits d'auteur²⁵⁵. Pour que sa renonciation soit valable, l'ayant droit doit la notifier expressément à la société de gestion compétente²⁵⁶ et elle doit s'appliquer de manière *erga omnes*. Dans ces conditions, il va de soi que l'absence de gestion collective ne donne en aucun cas lieu à une gestion individuelle, rendue impossible par la renonciation²⁵⁷.

Une autre différence est à relever du point de vue de la relation qui lie la société de gestion aux utilisateurs. Contrairement au système mis en place pour les simples droits à rémunération, les art. 22, 22a, 22b, 22c et 24b LDA n'instaurent pas de licences légales en faveur des utilisateurs²⁵⁸. Ces derniers doivent donc impérativement et préalablement obtenir une autorisation directement auprès des sociétés de gestion pour pouvoir entreprendre une quelconque utilisation de l'œuvre²⁵⁹. Les autorisations sont accordées par la conclusion d'un **contrat de licence** avec l'utilisateur qui devra s'acquitter d'une redevance établie par un tarif.

En ce qui concerne les similitudes entre la gestion collective obligatoire des simples droits à rémunération et celle des droits exclusifs, dont il est question ici, il faut noter que l'obligation de la société de gestion de gérer les droits du titulaire repose dans les deux cas de gestion sur le même fondement. En effet, l'exercice des droits prévus aux art. 22, 22a, 22b, 22c et 24b LDA est entrepris sur la base d'une **autorisation légale** et non pas d'une gestion d'affaires²⁶⁰. Afin de ne pas nous répéter, nous renvoyons donc le lecteur à ce qui a déjà été

²⁵¹ Cf. notamment, BARRELET/EGLOFF, p. 142.

²⁵² BARRELET/EGLOFF, p. 142 et p. 148.

²⁵³ OERTLI, SHK-URG, p. 260.

²⁵⁴ JdT 2008 I 374 consid. 5.2 = ATF 133 III 568.

²⁵⁵ OERTLI, SHK-URG, p. 260 ; BARRELET/EGLOFF, p. 273.

²⁵⁶ OERTLI, SHK-URG, p. 260.

²⁵⁷ OERTLI, SHK-URG, p. 260 ; BARRELET/EGLOFF, p. 273.

²⁵⁸ REHBINDER/VIGANÒ, p. 103.

²⁵⁹ BARRELET/EGLOFF, p. 142.

²⁶⁰ Ibid., p. 273 ; BREM/SALVADÉ/WILD, SHK-URG, p. 514.

expliqué à ce sujet²⁶¹. On rappellera simplement encore que les sociétés de gestion peuvent également exercer les droits exclusifs sujets à gestion collective obligatoire lorsqu'elles ne sont pas du tout ou pas encore liées par un contrat avec l'ayant droit²⁶². En effet, la *ratio legis* de ces dispositions l'exige « car autrement les titulaires pourraient tenir en pièce la gestion collective de leurs droits en se refusant à conclure les contrats de gestion »²⁶³. Ainsi, à défaut de contrat, la gestion est fondée sur la loi²⁶⁴.

Au demeurant, une question spécifique aux droits exclusifs prévus aux art. 22, 22a, 22b, 22c et 24b LDA se pose. D'ores et déjà, le lecteur doit être averti que cette question divise la doctrine. Cette question est la suivante : dans les cas de gestion collective obligatoire des droits exclusifs précités, les sociétés de gestion ont-elles l'obligation de contracter avec les tiers souhaitant utiliser l'œuvre ou la prestation ? Nous sommes d'avis que les sociétés de gestion n'ont pas une telle *obligation*²⁶⁵. En effet, si telle avait été la volonté du législateur, pourquoi n'aurait-il pas plutôt instauré aussi une licence légale ou obligatoire pour ces droits ? Ce qui nous paraît certain est qu'on ne peut déduire directement du droit matériel, plus particulièrement de l'art. 44 LDA, que les sociétés de gestion ont une telle obligation envers les utilisateurs²⁶⁶. Cet article prévoit uniquement une obligation de gérer vis-à-vis des titulaires de droits. Dans un arrêt saint-gallois relativement ancien, la jurisprudence avait d'ailleurs considéré qu'il n'était pas arbitraire pour la SUISA d'interdire des exécutions musicales publiques d'œuvres dans la mesure où l'utilisateur ne fournissait pas de contre-prestation financière et, partant, que cette société de gestion n'avait pas d'obligation de contracter²⁶⁷. En effet, obliger les sociétés de gestion à conclure des contrats de licence avec les utilisateurs, sans exceptions, serait susceptible de créer des situations très défavorables aux ayants droit. Rappelons-nous que les sociétés de gestion ont initialement été créées par les auteurs eux-mêmes pour servir leurs propres intérêts. De plus, le principe d'égalité de traitement²⁶⁸, inscrit dans la LDA, sert déjà de garde-fou et oblige généralement, mais pas systématiquement, les sociétés de gestion à autoriser l'utilisation de l'œuvre²⁶⁹. Notre Haute Cour a tranché la question en 2007 en considérant, comme le rappelle SALVADE, que « les sociétés demeurent habilitées à faire valoir le droit de véto, mais uniquement si l'utilisateur n'est pas prêt à payer la redevance tarifaire »²⁷⁰. En définitive, la jurisprudence a donc adopté

²⁶¹ *Supra* 3.1.2.2.1.

²⁶² REHBINDER/VIGANO, p. 181.

²⁶³ JdT 2008 I 374 consid. 5.1 = ATF 133 III 568.

²⁶⁴ OERTLI, SHK-URG, p. 259.

²⁶⁵ D'un même avis : BREM/SALVADE/WILD, SHK-URG, p. 514-515 ; SALVADE, CR-PI, p. 427 ; DESSEMONTET, Droit d'auteur, p. 457-465. *Contra* : REHBINDER/VIGANO, p. 185 qui déduit de la situation de monopole des sociétés de gestion une obligation de contracter qui s'exprimait tant dans les rapports internes de la société de gestion avec l'ayant droit que dans les rapports externes que celle-ci peut avoir avec les utilisateurs.

²⁶⁶ Message LDA 1989, 542 ; BREM/SALVADÉ/WILD, SHK-URG, p. 514

²⁶⁷ DESSEMONTET, Droit d'auteur, p. 465 ; Urteil KG Sankt Gallen, II. ZK, vom 1. Oktober 1990, *in* : RSPI 1991, p. 76-79.

²⁶⁸ Cf. art. 45 al. 2 LDA.

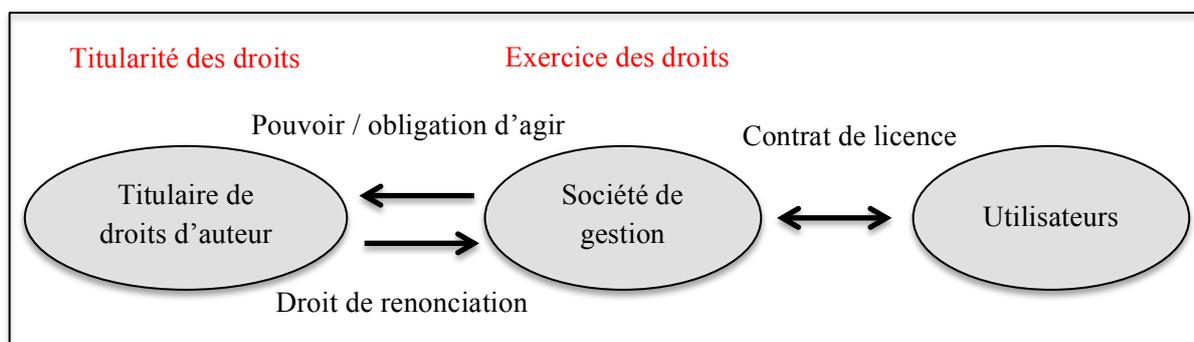
²⁶⁹ Selon GOVONI/STEBLER, p. 454, les sociétés de gestion ne peuvent interdire l'utilisation que si l'utilisateur ne s'acquitte pas de la redevance ou ne peut satisfaire les obligations relatives à la licence. BARRELET/EGLOFF, p. 273 et 277 partagent à peu près le même avis.

²⁷⁰ SALVADE, CR-PI, p. 427 ; ATF 133 III 568, consid. 5.6 = JdT 2008 I 374.

une solution équitable qui se rapproche beaucoup de la licence légale dans ses conséquences, mais qui prévoit les nuances nécessaires au respect des droits des titulaires en laissant la porte ouverte à un droit de véto des sociétés de gestion.

3.1.2.3.2 Schéma récapitulatif

Le schéma ci-dessous illustre les rapports entre les principaux acteurs de la gestion collective obligatoire de certains droits exclusifs:



3.1.2.4 Gestion collective volontaire ou facultative

Lorsque le titulaire de droits d'auteur ne doit pas recourir à la gestion collective, le principe veut, comme nous l'avons vu, qu'il soit libre de gérer ses droits individuellement. Cependant, rien ne l'empêche de choisir que ses droits soient tout de même gérés collectivement. Il est aussi possible que les ayants droit soient contraints de recourir à la gestion collective « par la nature des choses »²⁷¹. Qu'il s'agisse d'un choix ou d'une contrainte de fait, on parle alors de gestion collective volontaire ou facultative.

Le cas le plus typique où le titulaire de droits d'auteur est contraint en fait (et non en droit) de recourir à la gestion collective est celui de la gestion des œuvres musicales non théâtrales. L'importance de cette notion justifie que nous nous y attardions brièvement pour apporter un complément d'information. Les droits sur les œuvres musicales non théâtrales sont aussi qualifiés de « petits droits » par opposition aux « grands droits » que confèrent les œuvres musicales théâtrales. Historiquement, la délimitation entre ces deux types de droits a été établie dans l'autorisation du 24 décembre 1971 accordée à la SUISA par le DFJP²⁷². En substance, il faut comprendre que toutes les œuvres musicales qui ne sont pas des œuvres dramatico-musicales sont des œuvres non théâtrales²⁷³. A noter que la musique de film doit être considérée comme une œuvre non théâtrale²⁷⁴.

²⁷¹ BLANK, p. 27.

²⁷² FEHLBAUM, CR-PI, p. 410 ; Voir FF 1972 I 976, 977. Les délimitations établies dans cette ordonnance sont toujours valables sous l'empire du droit d'auteur actuellement en vigueur. Cf. SALVADE, Musique de film, p. 627-628.

²⁷³ FF 1972 I 976, 976-977. L'art. 1 al. 2 de l'ordonnance définit les œuvres dramatico-musicales comme « toutes les œuvres ayant un déroulement scénique qui s'incorpore dans des personnes jouant des rôles déterminés et qui dépendent si étroitement de la musique que ces œuvres ne sont généralement pas exécutées ou

Ces quelques précisions apportées, encore faut-il expliquer pourquoi la musique non théâtrale relève habituellement de la gestion collective facultative. La musique est un langage universel, elle n'a pas besoin d'être traduite pour être écoutée ou exécutée et est accessible à tous, ceci particulièrement lorsqu'elle n'est pas dramatico-musicale. Elle est d'un attrait fabuleux qui se reflète d'ailleurs dans l'utilisation abondante et facile qui en est faite. Il paraît clair alors que pour pouvoir contrôler les multiples utilisations possibles, il est nécessaire pour un titulaire de droits d'auteur d'avoir recours à la gestion collective, là où seul, il serait dépassé. Néanmoins, une distinction fondamentale doit être opérée. En ce qui concerne la gestion des droits sur les œuvres musicales non théâtrales, les titulaires originaires de droits d'auteur ne sont pas logés à la même enseigne que les titulaires dérivés tels que « l'éditeur, le producteur de films, le producteur de disques »²⁷⁵ qui ont acquis les droits auprès du titulaire originaire. En effet, on peut déduire de l'art. 40 al. 3 LDA que seuls les titulaires originaires sont autorisés à gérer personnellement les droits visés à l'art. 40 al. 1 let. a LDA²⁷⁶. En choisissant une gestion personnelle, ils font le choix de renoncer à une utilisation de masse de leurs œuvres²⁷⁷. Nous employons le terme titulaire originaire, mais la loi vise en réalité uniquement une gestion réalisée par l'auteur lui-même ou par ses héritiers, à l'exclusion des titulaires de droits voisins puisque l'art. 40 al. 1 let. a LDA vise les *œuvres* musicales non théâtrales et non les prestations²⁷⁸. En effet, comme nous l'avons expliqué, les droits voisins sont toujours gérés de manière individuelle, à défaut d'être soumis à la gestion collective obligatoire²⁷⁹. On doit également comprendre, *a contrario*, que les titulaires dérivés n'ont donc pas la possibilité de gérer personnellement les droits de l'art. 40 al. 1 let. a LDA et doivent s'en remettre à la gestion collective²⁸⁰. Toutefois, qu'il s'agisse de la gestion des droits d'auteur sur des œuvres musicales non théâtrales acquis par des titulaires dérivés, ou de la gestion de ces mêmes droits que le titulaire originaire confierait volontairement à une société de gestion, la gestion alors entreprise par les sociétés de gestion se distingue d'une gestion collective obligatoire²⁸¹. Nous allons l'expliquer dans la prochaine section.

3.1.2.4.1 Rapports entre les principaux acteurs concernés

Hormis en ce qui concerne les simples droits à rémunération et les droits exclusifs prévus aux art. 22, 22a, 22b, 22c et 24b LDA, aucune disposition topique de la LDA ne prévoit que d'autres droits ne peuvent être exercés que par des sociétés de gestion agréées.

radiodiffusées sans elle [sic] ». Appartiennent aussi à cette catégorie d'œuvres « les opéras et opérettes radiophoniques et télévisuelles et les œuvres analogues, ainsi que les ballets dont le déroulement scénique est présenté sous une forme chorégraphique ».

²⁷⁴ FEHLBAUM, CR-PI, p. 410 ; Voir également SALVADE, *Musique de film*, p. 627-628 ; *Contra BARRELET/EGLOFF*, p. 257-258.

²⁷⁵ BARRELET/EGLOFF, p. 262.

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ BREM/SALVADE/WILD, SHK-URG, p. 502.

²⁷⁸ De plus, selon BREM/SALVADE/WILD, SHK-URG, p. 502, il faudrait admettre qu'un représentant, curateur, exécuteur testamentaire ou représentant des héritiers, puisse écarter la gestion collective par une société de gestion en gérant personnellement les droits sur ces œuvres.

²⁷⁹ FEHLBAUM, CR-PI, p. 414. Cf. *supra* 3.1.2.1.

²⁸⁰ Ibid., p. 411.

²⁸¹ Ibid., p. 411.

Comme il n'existe pas d'obligations *ex lege* de gestion pour d'autres droits, seule une gestion collective volontaire est possible. Par conséquent, quand elle gère collectivement des droits qui ne sont pas assujettis à la gestion collective obligatoire, la société de gestion se fonde sur d'autres sources d'obligations que la loi²⁸². D'emblée, nous pouvons manifestement exclure qu'elle se fonde valablement sur un acte illicite ou sur l'enrichissement illégitime. En revanche, deux autres sources d'obligations peuvent être à la base du rapport unissant la société de gestion au titulaire de droits d'auteur.

Premièrement, ces deux acteurs peuvent s'unir par un contrat. Il s'agit du scénario habituel, scénario qui se révèle être le plus sûr du point de vue de l'octroi futur par la société de gestion d'une autorisation d'utilisation aux utilisateurs. En effet, un acte juridique bilatéral implique, en principe, que les parties aient manifesté leurs volontés de manière réciproque et concordante²⁸³. Ainsi, la société de gestion pourra gérer les droits conformément à la volonté de leurs titulaires. Le contrat topique conclu entre les titulaires de droits d'auteur et les sociétés de gestion est un **contrat de gestion**²⁸⁴. Ce contrat « obéit aux règles du mandat selon les art. 394 ss CO »²⁸⁵, même si aucune disposition du CO ne le mentionne²⁸⁶. A cet égard, si les auteurs de doctrine ne s'accordent pas sur la question de la qualification juridique du contrat en tant que mandat ordinaire ou contrat inomé *sui generis*, ils prônent, par contre, unanimement une application par analogie ou une application directe des règles du CO sur le contrat de mandat (art. 394-406 CO)²⁸⁷. En tous les cas, le contrat de gestion n'est pas un contrat de mandat « typique »,²⁸⁸ car une caractéristique bien particulière le singularise. Cette caractéristique est la suivante : la cession des droits patrimoniaux du titulaire à **titre fiduciaire** à la société de gestion²⁸⁹. La gestion collective volontaire des droits d'auteur est donc un cas typique de fiducie-gestion. Sans rechercher à présenter dans le détail cette institution bien particulière, nous souhaitons tout de même en esquisser les contours. Il s'agit du contrat (appelé *pactum fiduciae*) où le fiduciaire (en l'occurrence la société de gestion) prend l'engagement de gérer dans l'intérêt du fiduciaire (en l'occurrence le titulaire des droits d'auteur) des droits que ce dernier lui cède²⁹⁰. La fiducie implique une différenciation entre

²⁸² Cf. ENGEL, p. 87-89.

²⁸³ Art. 1 al. 1 CO.

²⁸⁴ Cf. BARRELET/EGLOFF, p. 262 ; DUNAND, p. 16. Le contrat de gestion est dénommé « *der Wahrnehmungsvertrag* » en allemand. Nous rendons le lecteur attentif au fait que certaines sociétés de gestion intitulent ce contrat différemment. Cependant, qu'il s'intitule « contrat de gestion », « contrat de sociétaire », « contrat d'adhésion », « contrat de membre », « mandat de gestion » ou autre, les caractéristiques fondamentales du contrat de gestion décrites dans la présente section se retrouvent généralement de manière similaire dans tous ces contrats. Néanmoins, nous distinguerons par la suite les contrats qui confèrent la qualité de sociétaire aux titulaires de droits d'auteur des simples mandats de gestion, *infra* 5.2.2.

²⁸⁵ BARRELET/EGLOFF, p. 262.

²⁸⁶ DUNAND, p. 31.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 31-32 et voir les auteurs qui y sont cités. Cf. également TERCIER/FAVRE/CONUS, p. 829-830 qui plaident en faveur de la qualification du contrat de « véritable contrat de mandat ». WITTWEILER, p. 272 considère que les règles du contrat de mandat sont au moins partiellement applicables.

²⁸⁸ TERCIER/FAVRE/CONUS, p. 803 ss.

²⁸⁹ BARRELET/EGLOFF, p. 262 ; DUNAND, p. 16 ; WITTWEILER, p. 269.

²⁹⁰ TERCIER/FAVRE/CONUS, p. 830.

les rapports externes et les rapports internes²⁹¹. Sur le plan externe, la cession de droits absolus rend opposable à l'égard de tous le transfert, alors que, sur le plan des rapports internes, *inter partes*, le *pactum fiduciae* limite dans une certaine mesure les effets de la cession²⁹². A cet égard, les droits et obligations de chaque partie sont réglés dans la convention de fiducie (*pactum fiduciae*)²⁹³. Le fiduciaire doit principalement s'engager « à n'exercer les droits dont la pleine titularité lui a été transférée que selon les termes de la convention, soit dans l'intérêt exclusif du fiduciaire, et à les transférer à un tiers ou les transférer au fiduciaire selon les termes convenus »²⁹⁴. Ainsi, comme les droits ont été cédés, tout exercice subséquent des droits d'auteur par le fiduciaire ne saurait être valable²⁹⁵. Il faut aussi se rappeler de l'adage latin « *nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet* »²⁹⁶. Une fois le transfert opéré, c'est la société de gestion qui gèrera en son propre nom les droits vis-à-vis de l'extérieur²⁹⁷. Dans cette optique, la jurisprudence a confirmé que le débiteur qui tenterait d'invoquer l'art. 167 CO pour se libérer en invoquant une acquisition de bonne foi des droits d'auteur auprès du pseudo-titulaire des droits ne saurait obtenir gain de cause²⁹⁸.

Deuxièmement, l'autre source d'obligations qui peut faire naître un rapport entre le titulaire de droits d'auteur et la société de gestion est la gestion d'affaires²⁹⁹. Nous ne reviendrons pas sur les conditions nécessaires à l'existence d'une gestion d'affaires, celles-ci ayant déjà été présentées³⁰⁰. Les statuts des cinq sociétés de gestion prévoient la possibilité, dans certaines circonstances, d'entreprendre une gestion d'affaires³⁰¹. A cet égard, la gestion d'affaires a toujours un caractère *subsidaire*, c'est-à-dire qu'elle n'intervient que si la société de gestion ne pouvait pas préalablement obtenir l'accord du titulaire et elle ne peut jamais être entreprise si le titulaire a explicitement déclaré qu'il ne voulait pas que la société de gestion gère ses droits³⁰². La jurisprudence et la doctrine distinguent quatre types différents de gestion d'affaires³⁰³. En l'occurrence, lorsqu'une société de gestion, de sa propre initiative, décide de gérer des droits d'auteur qui ne lui ont pas du tout ou pas encore été cédés, elle le fait, conformément à ses propres buts statutaires, pour sauvegarder les intérêts du titulaire des droits d'auteur. Ainsi, on peut partir du principe qu'elle entreprend une **gestion d'affaires**

²⁹¹ DUNAND, p. 17.

²⁹² Ibid., p. 17-19.

²⁹³ Ibid., p. 23.

²⁹⁴ Ibid., p. 23.

²⁹⁵ Ibid., p. 23 ; ATF 117 II 463 consid. 3 = JdT 1992 I 393-394.

²⁹⁶ Nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même.

²⁹⁷ BARRELET/EGLOFF, p. 262 ; ATF 117 II 463 = JdT 1992 I 393.

²⁹⁸ ATF 117 II 463 = JdT 1992 I 393-394. Cf. BARRELET/EGLOFF, p. 262.

²⁹⁹ HERITIER LACHAT, CR-CO I, p. 2559.

³⁰⁰ *Supra* 3.1.2.2.1

³⁰¹ Statuts SUISA, art. 3.2 ; Statuts SSA, art. 3 al. 5 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 2.1 ; Statuts PROLITTERIS, art. 3.2 ; Statuts SWISSPERFORM, art. 6 al. 4.

³⁰² TERCIER/FAVRE/CONUS, p. 903.

³⁰³ Premièrement, la gestion d'affaires parfaite (ou altruiste) et régulière. Deuxièmement, la gestion d'affaires parfaite (ou altruiste) et irrégulière. Troisièmement, la gestion d'affaires imparfaite (ou intéressée) de mauvaise foi ou consciente. Quatrièmement, la gestion d'affaires imparfaite (ou intéressée) de bonne foi ou non consciente. Cf. CHAPPUIS, p. 29-60 et TERCIER/FAVRE/CONUS, p. 897, 901 et 913 ; TF 4A.310/2007 du 4.10.2007, consid. 7.1 ; TF 4C.326/2003 du 25.5.2004, consid. 3.5. Comme le fait remarquer HERITIER LACHAT, CR-CO I, p. 2559, la terminologie française varie selon les auteurs et n'est pas aussi claire qu'en allemand.

parfaite régulière, car elle agit dans l'intérêt du maître dans des circonstances qui commandent une intervention de sa part pour préserver cet intérêt³⁰⁴. Les parties sont alors liées par une relation « quasi-contractuelle »³⁰⁵. Il suffira ensuite au titulaire de droits d'auteur de ratifier la gestion entreprise par la société de gestion pour que les règles sur le contrat de mandat s'appliquent pleinement³⁰⁶. A cet égard, la gestion collective est « facultative » puisque rien n'empêche le titulaire des droits d'auteur de refuser de ratifier les actes entrepris par la société de gestion. Selon la jurisprudence, la ratification peut non seulement intervenir de manière expresse par déclaration unilatérale de volonté, mais, parfois également, en « application du principe de la bonne foi objective », par le biais d'un silence de l'ayant droit³⁰⁷. En outre, il faut être attentif au fait qu'en entreprenant une gestion d'affaires, les sociétés de gestion prennent un certain risque: celui d'être impliqué dans un différend entre utilisateurs et titulaires des droits³⁰⁸. En effet, elles ne peuvent exclure que le titulaire des droits fasse également valoir directement ses droits d'auteur (par le biais de la gestion individuelle) auprès d'un utilisateur parfois qui risquerait de se méprendre et de s'acquitter deux fois de la redevance due pour une seule et même utilisation³⁰⁹. Dans un tel cas, l'utilisateur pourrait intenter une action en répétition de l'indu afin d'obtenir justice et de remettre la main sur les montants qu'il a payés en trop³¹⁰. Néanmoins, on retiendra que ce risque est généralement contrebalancé par la nécessité de recourir à la gestion d'affaires, là où, à défaut, l'exploitation d'œuvres étrangères serait pratiquement impossible³¹¹.

Finalement, il nous faut encore examiner les rapports qui existent, sur le plan externe, entre la société de gestion et les utilisateurs. L'intervention de la société de gestion « peut prendre la forme d'une simple activité de recouvrement ou d'une intervention directe pour concéder des licences »³¹². Dans ce dernier cas, la société de gestion sera liée par une relation contractuelle avec l'utilisateur. A cet égard, les sociétés de gestion ont mis au point des modèles de contrats individuels et des formules tarifaires³¹³. Ces dernières déterminant à l'avance, sur une base forfaitaire, la redevance qui sera perçue pour une utilisation déterminée d'une œuvre³¹⁴.

³⁰⁴ Cf. TF 4C.326/2003 du 25.5.2004, consid. 3.5.

³⁰⁵ TERCIER/FAVRE/CONUS, p. 897.

³⁰⁶ HERITIER LACHAT, CR-CO I, p. 2566 ; TERCIER/FAVRE/CONUS, p. 905. Cf. art. 424 CO.

³⁰⁷ TF 4C.389/2002 du 21.3.2003, consid. 3.4 ; TERCIER/FAVRE/CONUS, p. 905 ; CHAPPUIS, p. 33.

³⁰⁸ DESSEMONTET, PI et contrats de licence, p. 156.

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ Ibid. L'auteur évoque en particulier deux situations où, à défaut de gestion d'affaires, cette impossibilité serait manifeste : en cas d'utilisation « des œuvres étrangères provenant de pays où la gestion collective n'est pas bien implantée » ou si l'utilisation porte sur des œuvres provenant de pays « dont les sociétés n'ont pas encore passé d'accord de réciprocité avec l'une des sociétés suisses ». Au sujet des accords de réciprocité, cf. *infra* 3.4.

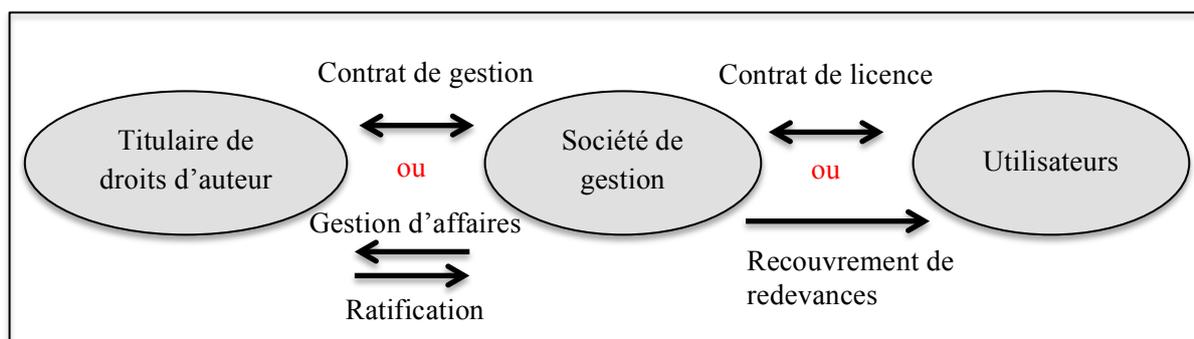
³¹² BLANK, p. 27.

³¹³ Ibid.

³¹⁴ Ibid.

3.1.2.4.2 Schéma récapitulatif

Le schéma ci-dessous illustre les rapports entre les principaux acteurs de la gestion collective volontaire ou facultative :



3.1.3 Activités relatives à la gestion collective

Les activités que nous nous apprêtons à décrire sont celles qui relèvent de ce que nous considérons comme étant purement de la *gestion* de droits d'auteur en faveur du titulaire. La société de gestion s'occupe en lieu et place du titulaire de droits d'auteur de mettre en œuvre des mécanismes afin de faire fructifier le produit de sa création. A ce sujet, nous suivrons la catégorisation opérée par FICSOR. Selon ce dernier, les principales activités d'une société de gestion englobent la négociation et la conclusion de contrats avec les futurs utilisateurs, le contrôle des utilisations des œuvres que la société de gestion gère et le prélèvement ainsi que la répartition des redevances³¹⁵. A cette liste nous ajoutons la faculté de la société de gestion de conduire des procès pour défendre les intérêts de ses membres. A toutes fins utiles, on rappellera encore que « dans certains cas, [...] les titulaires de droits n'autorisent pas l'organisme de gestion collective à exécuter l'ensemble des fonctions ainsi définies, mais seulement certaines d'entre elles »³¹⁶.

3.1.3.1 Négociation avec les tiers et octroi de licences

En tout premier lieu, la société de gestion doit établir un dialogue avec les utilisateurs afin de connaître l'utilisation de l'œuvre ou de la prestation qu'ils souhaitent entreprendre, ceci en vue de négocier les conditions des licences qu'ils devront obtenir. La société de gestion peut accorder différentes sortes de licences en fonction de l'utilisation projetée. Elle peut notamment conférer une licence sur l'utilisation d'une seule œuvre ou prestation spécifique ou, au contraire, de l'ensemble de son répertoire³¹⁷.

Une des particularités de la gestion collective réside dans le fait que la redevance à payer dans le cadre d'un contrat de licence est souvent fixée dans des tarifs, négociés à

³¹⁵ FICSOR, OMPI, p. 17.

³¹⁶ Ibid., p. 18.

³¹⁷ Voir: <<http://fr.cisac.org/l-universite-CISAC/La-gestion-collective/Le-systeme-de-la-gestion-collective>>.

l'avance³¹⁸. Néanmoins, comme HEFTI le souligne, « für den nicht bewilligungspflichtigen Bereich sind die Verwertungsgesellschaften frei, Tarife aufzustellen »³¹⁹. Une négociation personnelle avec un utilisateur particulier sans application de tarifs ne serait pas exclue³²⁰. Cependant, on peut retenir que, généralement, les licences ne sont octroyées que contre paiement d'une redevance fixée de manière tarifaire, ce qui a pour conséquence de standardiser la conclusion de contrats³²¹.

3.1.3.2 Contrôle de l'utilisation des œuvres et prestations

Un contrôle efficace des utilisations ne peut être effectué si, en amont, une documentation fiable sur la paternité des œuvres n'a pas été établie³²². Dans cette perspective, toutes les sociétés de gestion sont dotées de bases de données exhaustives sur le répertoire qu'elles gèrent³²³. Par ailleurs, les sociétés de gestion ont la tâche de réviser les contrats de gestion qui les lient aux titulaires de droits d'auteur en fonction des besoins nouveaux et des développements du droit d'auteur.³²⁴ Grâce à ces révisions, les ayants droit bénéficient d'une protection complète qui leur assure en général une rémunération, ceci malgré les différentes évolutions envisageables de l'utilisation de leurs œuvres et prestations.

Une fois les différentes bases contractuelles établies avec les utilisateurs et les titulaires de droits d'auteur, une phase de « monitoring » des utilisations doit être mise en place. La tâche n'est pas évidente en raison de la multitude d'« utilisateurs, langues, fuseaux horaires et canaux de distribution sur lesquels ses [sic] œuvres sont exploitées »³²⁵. La société de gestion doit non seulement répertorier les utilisations, mais également centraliser toutes les données afin de pouvoir établir un décompte total servant de base à la perception³²⁶. La société de gestion se base alors sur les indications fournies par les utilisateurs, mais peut, si nécessaire, entreprendre des investigations complémentaires³²⁷. Bien évidemment, la société de gestion contrôle uniquement l'utilisation des œuvres ou prestations déclarées par ses membres ou mandants, qui lui ont généralement cédé par contrat de gestion leurs droits d'auteur³²⁸. Aussi, elle contrôlera les utilisations qui sont faites d'œuvres ou de prestations dont elle doit obligatoirement assurer la gestion collective ou qu'elle décide de gérer dans le cadre d'une gestion d'affaires. La collecte d'informations est essentielle pour une société de

³¹⁸ BLANK, p. 30. Cf. *infra* 3.3.

³¹⁹ HEFTI, p. 34. Pour connaître les domaines de gestion assujettis à la surveillance de la Confédération, voir : *infra* 4.2.2.

³²⁰ HEFTI, p. 34

³²¹ KARNELL/VON LEWINSKI, p. 5.

³²² Voir : <<http://fr.cisac.org/l-universite-CISAC/La-gestion-collective/Le-systeme-de-la-gestion-collective>>.

³²³ Ibid.

³²⁴ SALVADE, *Nouvelles technologies*, p.100.

³²⁵ Voir: <<http://fr.cisac.org/l-universite-CISAC/La-gestion-collective>>.

³²⁶ BLANK, p. 30.

³²⁷ Ibid.

³²⁸ Ibid.

gestion. D'ailleurs, GERVAIS considère que: « from an operational standpoint, CMOs are essentially data collecting and processing entities »³²⁹.

En raison de la mondialisation et des multiples possibilités de partage des informations aux quatre coins du globe, il n'est pas possible pour une société de gestion de faire bande à part³³⁰. Par exemple, si une chanson d'un compositeur suisse est diffusée aux Etats-Unis, la SUISA doit pouvoir recevoir de la société compétente aux Etats-Unis les informations relatives à l'utilisation qui en a été faite³³¹. L'échange d'informations entre sociétés de gestion étrangères est rendu notamment possible grâce à l'existence et à l'activité de la CISAC³³². En raison de la complexité des outils que la CISAC a développés et de l'interdisciplinarité de connaissances qu'ils impliquent pour être compris, nous nous contenterons d'apporter quelques précisions sur l'outil principal développé par la CISAC. Il s'agit du CIS qui est un système d'information commun et donc accessible à toutes les sociétés membres de la CISAC³³³. Le CIS fonctionne grâce à une multitude de « codes internationaux normalisés » basés sur des normes ISO³³⁴, plusieurs outils et bases de données pour l'échange d'informations (par exemple CIS-Net) et « un ensemble de formats normalisés »³³⁵. La SUISA, SSA, SUISSIMAGE et PROLITTERIS sont membres de la CISAC³³⁶, SWISSPERFORM étant membre d'autres organisations faîtières en Europe³³⁷. Le CIS est un exemple de système technique de management des droits d'auteur³³⁸, ou de Digital Rights Management (DRM). A cet égard, on comprend que les sociétés de gestion sont intéressées, dans une certaine mesure, à collaborer à l'élaboration de mesures techniques et à les utiliser afin de contrôler l'usage qui est fait des œuvres et prestations dont elles gèrent les droits³³⁹. En plus de collaborer sur le plan international avec des sociétés étrangères, les sociétés de gestion suisses collaborent également nationalement sur différents projets³⁴⁰. Entre autres, les cinq sociétés suisses ont mis en place un « comité de coordination » qui se réunit à intervalle

³²⁹ GERVAIS, p. 8.

³³⁰ Voir: <<http://fr.cisac.org/l-universite-CISAC/La-gestion-collective/Le-systeme-de-la-gestion-collective>>.

³³¹ Ibid.

³³² Ibid.

³³³ Voir: <<http://fr.cisac.org/CISAC-FR/Nos-Activites/Services-d-information>>.

³³⁴ Il s'agit en fait de codes internationaux permettant d'identifier différentes catégories d'œuvres, de prestations et d'ayants-droits.

Voir: <<http://www.iso.org/iso/fr/home/standards.htm>>, on apprend sur le site Internet de l'organisation internationale qu'« une norme est un document qui définit des exigences, des spécifications, des lignes directrices ou des caractéristiques à utiliser systématiquement pour assurer l'aptitude à l'emploi des matériaux, produits, processus et services ».

³³⁵ Voir: <<http://fr.cisac.org/CISAC-FR/Nos-Activites/Services-d-information>>.

³³⁶ Voir: <<http://fr.cisac.org/Nos-Membres/Annuaire-Des-Membres/Par-Territoire#s>>.

³³⁷ Voir: <<http://www.swissperform.ch/fr/swissperform/partenaires/cooperation-internationale.html>>.

³³⁸ MEYER, p. 61.

³³⁹ SALVADE, *Nouvelles technologies*, p. 112. On notera encore qu'en raison des défis inhérents à l'utilisation d'œuvres sur Internet, différents dispositifs technologiques ont été créés. D'une part, il existe des dispositifs de « verrouillage » permettant de bloquer l'accès à une œuvre ou à une prestation. La LDA protège selon l'art. 39a les mesures techniques afin d'empêcher leur contournement. D'autre part, les « filigranes numériques (des tatouages d'œuvres en quelque sorte) » rendent possibles la traque d'une œuvre ou prestation sur Internet. Cela fait partie de ce que l'on appelle « l'information sur le régime des droits », protégée par l'art. 39c LDA. Cf. SALVADE, *Nouvelles technologies*, p. 108 et SESSA, p. 13.

³⁴⁰ Cf. SUISSIMAGE rapport annuel 2002, p. 23.

régulier (environ tous les deux mois) afin de discuter de leurs priorités communes et de coordonner leur collaboration³⁴¹. En 2014, les sujets abordés ont été variés, allant des questions tarifaires communes aux relations et affaires publiques ou à la question de la collaboration dans la surveillance sur la gestion³⁴².

3.1.3.3 Prélèvement et répartition des redevances

Condition essentielle de la licence accordée à l'utilisateur, la société de gestion prélèvera une redevance pour l'utilisation de l'œuvre ou de la prestation. Comme les sociétés de gestion sont des organismes sans but lucratif, les fonds récoltés auprès des utilisateurs doivent être complètement reversés aux ayants droit³⁴³. Cependant, une société de gestion ne pourrait exister si elle ne bénéficiait pas de recettes pour couvrir ses charges. C'est pourquoi les sociétés de gestion prélèvent, tout de même, des frais administratifs sur les redevances perçues, avant d'en effectuer la répartition³⁴⁴. De plus, une autre partie (relativement faible) des recettes provenant des redevances est affectée à des fins socio-culturelles et n'est pas directement reversée aux ayants droit³⁴⁵. Dans les domaines assujettis à la surveillance de la Confédération, afin de s'assurer que la répartition ne soit pas arbitraire et obscure, les sociétés de gestion doivent adopter un règlement de répartition du produit de la gestion et le faire approuver par l'IPI³⁴⁶. Le contrôle de l'IPI est uniquement de nature juridique et consiste à vérifier que les principes de gestion de l'art. 45 LDA n'ont pas été bafoués, pas plus que l'art. 49 LDA violé³⁴⁷. Ce règlement qui prévoit la manière dont « les redevances encaissées sont rétrocédées aux bénéficiaires »³⁴⁸ est accessible sur les sites Internet des sociétés de gestion. Il constitue donc pour les titulaires de droits d'auteur l'assurance d'une répartition claire³⁴⁹.

Les données (ou *data*) récoltées par une société de gestion dans le cadre de son activité de gestion sont ici encore essentielles. Le véritable défi est de réussir à faire un lien entre les données relatives à l'utilisation des œuvres et celles relatives à la paternité des œuvres³⁵⁰. Le principe en droit suisse est de répartir le produit de la gestion « proportionnellement au rendement de chaque œuvre et de chaque prestation », à moins que cela entraîne des frais trop importants, auquel cas des évaluations peuvent être entreprises³⁵¹. Lorsqu'une répartition proportionnelle est possible, on parle de répartition « par œuvre »³⁵². Le système fonctionne

³⁴¹ Ibid.

³⁴² SWISSPERFORM rapport annuel 2014, p. 36. Le rapport précise aussi que des discussions ont notamment eu lieu sur la teneur de la prochaine révision de la LDA ou sur la collaboration « au sein de l'Alliance contre le piratage sur Internet ».

³⁴³ Voir: <<http://www.swisscopyright.ch/fr/recettes-et-repartition.html>>.

³⁴⁴ Ibid. En outre, les sociétés de gestion perçoivent également des recettes annexes qui proviennent d'autres sources de revenus que les licences sur les œuvres et prestations de leurs membres. Ainsi, leurs frais administratifs peuvent être diminués par ce biais-là.

³⁴⁵ Cf. *infra* 3.5.

³⁴⁶ Art. 48 al. 1 LDA.

³⁴⁷ SALVADE, CR-PI, p. 442.

³⁴⁸ Ibid., p. 441.

³⁴⁹ Voir : <<http://www.swisscopyright.ch/fr/activites.html>>.

³⁵⁰ GERVAIS, p. 9.

³⁵¹ Art. 49 al. 1 et 2 LDA.

³⁵² Voir: <<http://www.swisscopyright.ch/fr/recettes-et-repartition/repartition/types-de-repartition.html>>.

alors selon le principe que les Anglo-saxons dénomment « follow the dollar », principe selon lequel le titulaire des droits reçoit si possible la part exacte de rémunération que son œuvre a générée³⁵³. Lorsqu'il n'est pas possible ou pas raisonnable d'établir effectivement l'utilisation exacte qui a été faite d'une œuvre, la société de gestion n'a pas d'autre choix que de recourir à des estimations et on parle alors de répartition « forfaitaire »³⁵⁴. Par exemple, tel est le cas pour les redevances sur les photocopies où les tarifs sont établis sur la base d'évaluations³⁵⁵.

En outre, il y a des situations où la répartition se fait en deux temps. D'abord à l'externe, en faveur d'autres sociétés-sœurs et ensuite seulement, à l'interne, chaque société répartit les sommes encaissées en faveur de ses membres³⁵⁶. C'est le cas lorsqu'il existe des tarifs communs parce que plusieurs sociétés sont compétentes dans un même domaine d'activité³⁵⁷. Comme on veut éviter que l'utilisateur doive payer à plusieurs endroits différents, une seule société de gestion est désignée comme organe commun d'encaissement³⁵⁸. Cette société s'occupe ensuite de transmettre les montants convenus aux autres sociétés concernées, selon une clé de répartition préétablie³⁵⁹. Dans un deuxième temps, chaque société, après déduction de ses frais administratifs et selon son règlement de répartition, distribuera aux ayants droit les sommes perçues³⁶⁰.

Il faut également être attentif au fait que, « comme on diffuse en Suisse une grande proportion d'œuvres étrangères, une part importante des recettes de licences quittent [sic] la Suisse et sont versées [sic] aux membres des sociétés étrangères, via ces sociétés »³⁶¹.

Le dernier élément sur lequel nous souhaitons attirer l'attention du lecteur est de nature fiscale. Les redevances perçues constituent un revenu, au sens de la LIFD et de la LHID, pour les titulaires de droits d'auteur. Ainsi, il est impératif pour eux de ne pas omettre de s'acquitter de l'impôt fédéral, cantonal et communal sur le revenu y relatif³⁶².

3.1.3.4 Conduite de procès

Qu'elles se trouvent dans des situations de gestion collective obligatoire des simples droits à rémunération ou de certains droits exclusifs, ou encore, de gestion collective facultative, il faut reconnaître aux sociétés de gestion la qualité pour agir en justice. Personnes morales ayant l'exercice et la jouissance des droits civils, les sociétés de gestion ont indéniablement la capacité d'être parties à une procédure judiciaire et d'ester en justice³⁶³. Quant à la qualité pour agir en justice, elle implique, par le biais d'un droit d'action, d'être en

³⁵³ GERVAIS, p. 9.

³⁵⁴ Voir: <<http://www.swisscopyright.ch/fr/recettes-et-repartition/repartition/types-de-repartition.html>>.

³⁵⁵ Ibid.

³⁵⁶ Voir: <<http://www.swisscopyright.ch/fr/recettes-et-repartition.html>>.

³⁵⁷ Art. 47 al. 1 LDA.

³⁵⁸ Art. 47 al. 1 LDA ; HEFTI, p. 35.

³⁵⁹ Voir: <<http://www.swisscopyright.ch/fr/recettes-et-repartition/flux-financiers.html>>.

³⁶⁰ Ibid.

³⁶¹ Voir: <<http://www.swisscopyright.ch/fr/activites/collaboration-internationale/contrats.html>>.

³⁶² SUISA, Droit et musique, p. 30.

³⁶³ BOHNET, PC, p. 107-108 et 113-114.

droit d'obtenir un jugement au fond³⁶⁴. La qualité pour agir se distingue de la légitimation qui « relève du droit matériel » et qui « définit simplement le titulaire du droit matériel invoqué »³⁶⁵. Ainsi, la légitimation active n'est pas une condition en tant que telle de la recevabilité d'une demande³⁶⁶ alors que la qualité pour agir l'est. Toutefois, la nuance entre légitimation et qualité pour agir reste subtile³⁶⁷.

Dans les cas de gestion collective obligatoire, si un contrat de gestion n'est pas passé avec les ayants droit, les sociétés de gestion ont la qualité pour agir, mais n'ont pas la légitimation active, car elles ne sont pas titulaires des droits qu'elles gèrent³⁶⁸. En effet, elles se voient simplement attribuer, de par la loi, l'*exercice* exclusif des droits d'auteur. Ainsi, « il en résulte la séparation de la titularité du droit de la qualité pour agir »³⁶⁹. Cette particularité procédurale est connue sous le nom de « *Prozessstandschaft* »³⁷⁰. Sous cet angle, il nous semble particulièrement pertinent de reprendre l'analogie opérée par SALVADE entre le statut procédural de l'exécuteur testamentaire et celui des sociétés de gestion³⁷¹. Le TF a affirmé que lorsque l'administration des biens successoraux lui est confiée, l'exécuteur testamentaire est une partie au procès et peut donc conduire le procès en son nom propre, même s'il n'est pas le sujet du droit contesté sur le fond³⁷². Ce droit résulte directement de sa situation légale qui commande que l'exécuteur testamentaire sauvegarde les droits successoraux³⁷³. Il nous semble que les principes énoncés par cette jurisprudence peuvent parfaitement s'appliquer aux sociétés de gestion. D'ailleurs, la pratique a démontré que tel doit être le cas, puisque les sociétés de gestion ont, à de multiples reprises, porté des différends de ce genre devant les tribunaux. Pour exemple, on peut citer un arrêt dans lequel PROLITTERIS a intenté une action en paiement, en son propre nom, contre un utilisateur qui ne s'était pas acquitté de la redevance due sur la base du droit à rémunération prévu par l'art. 20 al. 2 LDA³⁷⁴. Par ailleurs, les droits à rémunération et certains droits exclusifs gérés par les sociétés de gestion seraient vidés de leur sens s'ils ne pouvaient être déduits en justice par ceux qui sont chargés de les exercer³⁷⁵. Fondés sur ce qui précède, nous concluons qu'une des conséquences de la gestion collective obligatoire est de priver les titulaires de droits d'auteur de la faculté de faire valoir eux-mêmes en justice les droits ainsi gérés.

³⁶⁴ Ibid., p. 110.

³⁶⁵ Ibid., p. 110.

³⁶⁶ BOHNET, RDS 2009, p. 290.

³⁶⁷ BOHNET, PC, p. 110, l'auteur reconnaît qu'il existe une controverse et que « bien des auteurs ne font pas la distinction » entre légitimation et qualité pour agir.

³⁶⁸ Cf. SALVADE, Droits à rémunération, p. 452.

³⁶⁹ LING, CR-PI, p. 233.

³⁷⁰ BOHNET, RDS 2009, p. 292 ; SALVADE, Droits à rémunération, p. 453.

³⁷¹ Cf. SALVADE, Droits à rémunération, p. 452.

³⁷² ATF 116 II 131, consid. 3a, cité par SALVADE, Droits à rémunération, p. 452 et BOHNET, PC, p. 111. Voir également d'autres décisions citées par BOHNET, PC, p. 111 confirmant l'ATF précité: TF 4A_145/2012 du 19.09.2012, consid. 4.2 précisant que le pouvoir de l'exécuteur testamentaire « est exclusif en ce sens que le droit correspondant des héritiers leur est retiré » et TF 5A_40/2013 du 29.10.2013, consid. 3.

³⁷³ ATF 116 II 131, consid. 3 a.

³⁷⁴ TF 4A_522/2007 du 15.02.2008, résumé in : RUEDIN/DUOIS/TISSOT, p. 27.

³⁷⁵ SALVADE, Droits à rémunération, p. 452.

Dans les situations de gestion collective volontaire, la distinction entre légitimation et qualité pour agir n'a pas à être opérée. En effet, comme nous l'avons expliqué, les droits d'auteur sont généralement transférés contractuellement par le biais d'une cession à titre fiduciaire à la société de gestion. Dès lors, il appartient à la société de gestion d'intenter les actions en justice requises pour défendre les droits qui lui ont été cédés³⁷⁶. Le fiduciaire perd la qualité pour agir tant et aussi longtemps que le fiduciaire ne lui a pas retransféré les droits sujets à gestion³⁷⁷.

En revanche, toujours en cas de gestion collective volontaire, si la société de gestion agit par le biais de la gestion d'affaires, la question de la conduite d'un procès est plus délicate. Dans ce cas, la loi ne lui a pas confié la tâche de sauvegarder les droits d'auteur, pas plus que l'auteur ne lui a cédé ses droits. Comme le Conseil fédéral le précise, « la gestion sans mandat est limitée par la réserve de gestion individuelle »³⁷⁸, ce qui implique qu'à défaut de ratification de la gestion, le titulaire des droits d'auteur pourra vouloir faire valoir lui-même en justice ses droits d'auteur. Nous avons déjà évoqué la possibilité qu'il existe pour l'utilisateur d'intenter une action en répétition de l'indu dans le cas d'un paiement des redevances effectué à double³⁷⁹. Comme l'explique DESSEMONTET, dans un tel cas, « les sociétés de gestion feront leur la dispute qui éclaterait entre l'auteur et les utilisateurs ayant acquitté leur dû »³⁸⁰. Ainsi, la société de gestion a qualité pour défendre dans le cadre de l'action intentée par l'utilisateur. Un autre garde-fou peut être érigé par le biais de l'interdiction de l'arbitraire dont doit faire preuve la société de gestion lorsqu'elle entreprend une gestion d'affaires (conformément à l'art. 45 al. 2 LDA)³⁸¹. De plus, la société de gestion doit informer les utilisateurs de la nature des droits qu'elle exerce, permettre au titulaire de droits d'auteur « de consulter son répertoire en tout temps » et lui distribuer « les montants qu'elle a encaissés au titre de la gestion d'affaires »³⁸². Toutefois, nous sommes d'avis que la société de gestion n'aurait pas qualité pour agir devant les tribunaux pour intenter, par exemple, une action en paiement. En effet, il ne peut s'agir d'un cas de « Prozesstandschaft » puisque la qualité pour agir des sociétés de gestion dans le cadre de la gestion d'affaires n'est pas prévue par la loi ni par la jurisprudence³⁸³, contrairement à ce qui prévaut pour les simples droits à rémunération ou les droits exclusifs soumis à la gestion collective obligatoire. Dès lors, « sauf exceptions, notre ordre juridique n'autorise pas un justiciable à faire valoir le droit d'un tiers en justice »³⁸⁴. En outre, il n'est pas possible de voir une analogie entre cette

³⁷⁶ DUNAND, p. 16.

³⁷⁷ Ibid., p. 17.

³⁷⁸ Message LDA 1989, 541.

³⁷⁹ *Supra* 3.1.2.4.1.

³⁸⁰ DESSEMONTET, PI et contrats de licence, p. 156.

³⁸¹ Message LDA 1989, 541.

³⁸² BARRELET/EGLOFF, p. 273 ; Message LDA 1989, 541.

³⁸³ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 189.

³⁸⁴ BOHNET, RDS 2009, p. 293.

situation et celle où un preneur de licence a qualité pour tenter une action en son propre nom³⁸⁵, puisqu'aucun contrat ne lie la société de gestion au titulaire des droits.

En guise de conclusion, on peut retenir que le pouvoir que les sociétés de gestion se voient accorder d'agir devant les tribunaux relève de la nécessité d'assurer la sauvegarde des droits des titulaires de droits d'auteur qu'elles sont chargées de gérer. Néanmoins, la société de gestion ne peut pas agir lorsque la loi, la jurisprudence ou le titulaire des droits ne l'y autorise. Aussi comme l'explique MEYER, l'intervention des sociétés de gestion est nécessaire parce que « often the amount at stake would not justify the costs of proceedings for individual right owners. Collecting societies have the means to build up the reputation, by those who refuse to take out a license or pay for it, of not letting go. The same is also true for the fight against piracy »³⁸⁶.

3.2 Simplification pour les utilisateurs

Outre le fait d'avoir une utilité très marquée pour les titulaires de droits d'auteur, il ne faut pas sous-estimer l'importance que les sociétés de gestion ont pour les utilisateurs. Nous avons déjà souligné le rôle central des sociétés de gestion qui dressent un pont entre ceux à la base de la création littéraire ou artistique et ceux qui veulent en jouir. L'offre comme la demande est très élevée dans certains domaines. C'est dans cette optique que l'existence des sociétés de gestion facilite considérablement la démarche des utilisateurs qui peuvent se contenter de traiter avec un seul interlocuteur majeur, apte à les renseigner et leur indiquer la procédure à suivre pour agir en toute légalité, le tout à moindres coûts³⁸⁷. Particulièrement là où des utilisations de masse sont entreprises, il serait impossible pour le titulaire des droits d'auteur de faire face, seul, aux demandes, ce qui aurait pour conséquence de priver la majorité des utilisateurs de la possibilité d'exploiter l'œuvre légalement.

De plus, depuis les avancées technologiques et l'avènement de ce qu'on pourrait qualifier d'« ère multimédia », un mariage des genres dans la création littéraire et artistique est devenu de plus en plus fréquent: texte, son et image se mélangent fréquemment³⁸⁸. Conscientes que l'utilisateur souhaitera toujours un maximum de simplicité, les sociétés de gestion ont été contraintes de se regrouper et de proposer des « guichets uniques »³⁸⁹. Par ce biais, les utilisateurs peuvent obtenir des licences uniques couvrant toutes les utilisations projetées, ou, tout au moins, ils peuvent obtenir des informations afin de simplifier l'acquisition des droits, en frappant, pour ce faire, à la porte d'une seule société de gestion³⁹⁰. A cet égard, les sociétés PROLITTERIS, SUISSIMAGE, SUISA et SSA avaient fondé le

³⁸⁵ TF 4A_142/2007 du 26.09.2007, consid. 4 cité par STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 189. Sur la même question voir également ATF 113 II 190 = JdT 1988 I 300. A cet égard, on précisera que l'art. 62 al. 3 LDA confère au preneur de licence exclusive la qualité pour agir « pour autant que le contrat de licence ne l'exclue pas explicitement ».

³⁸⁶ MEYER, p. 64.

³⁸⁷ FICSOR, OMPI, p. 18.

³⁸⁸ SALVADE, Nouvelles technologies, p. 101.

³⁸⁹ Ibid., p. 101-102. Sur la problématique des « guichets uniques », voir également *infra* 3.4.

³⁹⁰ Ibid., p. 102.

Swiss multimedia clearing center (SMCC)³⁹¹. Cette organisation, dirigée par PROLITTERIS, avait vocation à renseigner tous les producteurs multimédias³⁹². Elle n'est cependant plus active aujourd'hui³⁹³, ce que l'on peut regretter.

3.3 Négociation de tarifs

Puisque la gestion de droits d'auteur est la principale raison d'être des sociétés de gestion, il en découle que la négociation de tarifs fait également partie de leurs tâches. En effet, l'établissement de tarifs en amont constitue une condition préalable de la gestion collective, du moins lorsque celle-ci est obligatoire. Nous exposerons plus en détail les tenants et aboutissants des tarifs dans la suite de notre travail³⁹⁴. Nous pouvons d'ores et déjà expliquer qu'« un tarif permet de fixer à l'avance, de façon générale et obligatoire pour tous, le montant des redevances à percevoir pour certaines prestations »³⁹⁵. Il ne s'agit pourtant pas d'une loi, mais bel et bien d'une réglementation de nature privée³⁹⁶.

3.4 Conclusion de contrats de représentation réciproque

Dans la mesure où seules les sociétés de gestion peuvent être parties aux contrats de représentation réciproque, qui s'avèrent être essentiels dans notre société globalisée du XXI^e siècle, nous considérons que la conclusion de ces contrats est aussi l'une des raisons d'être des sociétés de gestion. Au travers de cette section, nous suivrons deux axes. Premièrement, nous commencerons par expliquer en quoi consistent les contrats de représentation réciproque. Deuxièmement, nous poursuivrons en présentant le double bénéfice qui peut être retiré des contrats de représentation réciproque.

3.4.1 Quelques notions élémentaires

Les contrats de représentation réciproque sont des contrats bilatéraux conclus entre des sociétés de gestion actives dans différents Etats³⁹⁷. Par ces contrats, « each of the contracting societies mandates the other one to represent the sister organization's repertoire in the respective country »³⁹⁸. La nécessité de conclure de tels contrats découle du principe de la territorialité et de la concrétisation qui en est généralement faite dans le droit interne des Etats³⁹⁹. En Suisse, le principe de la territorialité en matière de gestion collective a été concrétisé à l'art. 42 al. 1 let. a LDA. Il y est prévu que seules les sociétés de gestion « qui ont été constituées selon le droit suisse et ont leur siège et leur direction en Suisse » peuvent obtenir une autorisation pour gérer des droits d'auteur soumis à la surveillance de la

³⁹¹ Ibid., p. 102.

³⁹² Rapport annuel 2002 Suissimage, p. 23. Pour davantage de renseignements sur le SMCC, nous renvoyons le lecteur à : PROLITTERIS, p. 22-23.

³⁹³ BARRELET/EGLOFF, p. 261.

³⁹⁴ *Infra* 4.2.4.

³⁹⁵ BLANK, p. 30.

³⁹⁶ SALVADE, Droits à rémunération, p. 453.

³⁹⁷ SCHIERHOLZ, p. 1155.

³⁹⁸ Ibid., p. 1154-1155.

³⁹⁹ Ibid., p. 1154.

Confédération⁴⁰⁰. Cette règle de nature administrative n'a pas été instaurée par chauvinisme, mais elle vise uniquement à garantir une « surveillance efficace »⁴⁰¹ des sociétés de gestion sur le territoire suisse. Dès lors, comme seules des sociétés de gestion suisses sont autorisées à gérer les droits d'auteur assujettis à la surveillance de la Confédération sur le territoire suisse, les sociétés-sœurs étrangères doivent pouvoir s'arranger avec les sociétés de gestion suisses pour qu'elles acceptent d'exercer les droits d'auteur des artistes et titulaires de droits voisins étrangers sur le territoire helvétique⁴⁰².

La LDA prévoit que la conclusion de contrat de représentation réciproque doit être entreprise par les sociétés de gestion « dans la mesure du possible »⁴⁰³. La relative souplesse de la règle légale laisse une marge de manœuvre aux sociétés de gestion helvétiques. Ainsi, si une société-sœur étrangère semble manquer d'efficacité ou si les perspectives économiques à contracter avec elle sont insatisfaisantes, les sociétés de gestion suisses peuvent renoncer à conclure des contrats de représentation réciproque avec cette société étrangère⁴⁰⁴. Il en résulte aussi, contrairement à ce que prévoit la jurisprudence européenne pour les Etats européens⁴⁰⁵, que « les ayants droit étrangers n'ont aucun droit à une affiliation directe auprès des sociétés suisses »⁴⁰⁶.

De plus, de nos jours, les contrats de représentation réciproque sont généralement standardisés⁴⁰⁷. La CISAC et le BIEM, entre autres, ont élaboré à l'attention de leurs membres des contrats types⁴⁰⁸. Parmi les clauses incontournables de ces contrats, on trouve notamment des clauses prévoyant l'application du principe du traitement national. Ce principe cardinal en droit international et européen qui est consacré dans plusieurs instruments internationaux relatifs au droit d'auteur – notamment dans la Convention de Berne, la Convention Universelle et la Convention de Rome⁴⁰⁹ – commande que les ressortissants étrangers ne soient pas discriminés par rapport aux ressortissants nationaux d'un Etat⁴¹⁰. On le retrouve également dans la récente Directive que le Parlement européen et le Conseil ont édictée sur la gestion collective⁴¹¹. En vertu du droit international et européen, seuls les Etats (et non les particuliers) sont contraints de mettre en œuvre ce principe⁴¹². Comme l'explique KARNELL, les organisations faîtières internationales, en insérant le principe du traitement national dans leurs contrats types « contribute to the fulfilment of state obligations to provide national

⁴⁰⁰ Art. 42 al. 1 let. a LDA. Voir également l'art. 41 LDA.

⁴⁰¹ SALVADE, CR-PI, p. 418-419.

⁴⁰² Et *vice versa*.

⁴⁰³ Art. 45 al. 4 LDA.

⁴⁰⁴ SALVADE, CR-PI, p. 431.

⁴⁰⁵ Voir la jurisprudence européenne citée *in* : SALVADE, CR-PI, p. 420 N 9-10.

⁴⁰⁶ SALVADÉ, CR-PI, p. 431.

⁴⁰⁷ SCHIERHOLZ, p. 1155.

⁴⁰⁸ CAVALLI, p. 189.

⁴⁰⁹ Voir art. 5 et 6 CB ; Art. II CUA ; Art. 2 CR. Il faut préciser que le principe du traitement national connaît des exceptions, prévues chacune par les conventions précitées. Cf. SAPPÀ, p. 27-28.

⁴¹⁰ KARNELL/VON LEWINSKI, p. 22.

⁴¹¹ Cf. Directive 2014/26/EU, art. 14.

⁴¹² KARNELL/VON LEWINSKI, p. 22.

treatment in accordance with conventions »⁴¹³, cette contribution reposant sur une base volontaire. Parmi les autres dispositions standard prévues par les contrats types, on trouve des dispositions sur les pourcentages de déductions admissibles (par exemple pour les frais de gestion ou les buts socio-culturels), des dispositions sur la révocation du contrat, ou encore notamment sur les obligations des parties⁴¹⁴.

3.4.2 Une solution gagnant-gagnant

La conclusion de contrats de représentation réciproque bénéficie tant aux titulaires de droits d'auteur qu'aux utilisateurs. On peut donc appréhender leur conclusion comme une solution gagnant-gagnant.

Même s'ils ont habituellement la possibilité d'exclure contractuellement la gestion de leurs droits dans certains pays, les titulaires de droits d'auteur préfèrent, en général, réduire les formalités administratives et laisser aux sociétés de gestion nationales compétentes le soin de gérer l'ensemble de leurs droits sur le territoire mondial⁴¹⁵. Dans ces cas, lorsqu'il existe des contrats de représentation réciproque, les titulaires de droits d'auteur ont l'assurance, comme nous venons de l'expliquer, de ne pas se faire discriminer à l'étranger. Cette assurance est particulièrement importante s'agissant de la rémunération à laquelle ils pourront prétendre. Par ailleurs, le réseau de contrats de représentation réciproque conclus permettra aux sociétés de gestion de jouir d'une plus grande représentativité dans leurs domaines respectifs⁴¹⁶. A cet égard, en 1981 déjà, selon les termes du TF, SUIA était autorisée à gérer en Suisse les droits d'exécution concernant « praktisch das gesamte Weltrepertoire nichttheatralischer Musik », ceci en raison des nombreux contrats de représentation réciproque qu'elle avait conclus⁴¹⁷. Plus une société de gestion compte de membres et gère de droits, plus son pouvoir, sa force de négociation, s'en trouve augmentée, ce qui profite, à l'évidence, à ses membres et mandants⁴¹⁸. D'ailleurs, la SUIA est reconnue comme étant la plus conséquente et importante société de gestion en Suisse⁴¹⁹. Aussi, « only with a critical mass of its repertoire can a CRM [collective rights manager] effectively protect its members' rights and interests and carry out its activities on the necessary scale »⁴²⁰.

En somme, sous cet angle de vue plus international, le recours aux services d'une société de gestion suisse pour gérer ses droits à l'étranger se révèle généralement être la meilleure option pour un titulaire de droits d'auteur suisse. En effet, seul, il ne peut pas faire

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ SCHIERHOLZ, p. 1155 ; KARNELL/VON LEWINSKI, p. 30.

⁴¹⁵ SCHIERHOLZ, p. 1154.

⁴¹⁶ SALVADÉ, CR-PI, p. 431.

⁴¹⁷ ATF 107 II 57, consid. 1, cité in : SALVADE, CR-PI, p. 431.

⁴¹⁸ Voir: <<http://members.cisac.org/CisacPortal/page.do?id=18>>.

⁴¹⁹ HILTY, p. 341. A noter qu'à ce jour, la SUIA a conclu environ une centaine de contrats de représentation réciproque. Cf. Réponse SUIA question N 12.

⁴²⁰ SCHIERHOLZ, p. 1154.

le poids dans les négociations internationales face aux pressions des utilisateurs⁴²¹. Seul, il ne peut pas non plus faire face au nombre élevé de demandes. D'autre part, ses uniques autres alternatives réalistes seraient soit d'engager un agent chargé de gérer ses droits à l'étranger, ce qui s'avérerait très coûteux, soit d'essayer de s'affilier directement à des sociétés de gestion étrangères, ce qui se révélerait administrativement plus compliqué et pourrait lui faire perdre du temps⁴²².

En ce qui concerne les utilisateurs, l'intérêt de s'adresser à une société de gestion collective jouissant d'une large représentativité paraît manifeste. Quoi de plus pratique que de pouvoir s'adresser à une seule entité pour obtenir les droits sur des œuvres et/ou des prestations du monde entier ? La société de gestion fait alors office de « guichet unique » ou ce que les Anglo-saxons nomment « a one-stop-shop »⁴²³. Au-delà de cet évident avantage qu'elles incarnent, les sociétés de gestion permettent également aux utilisateurs d'avoir l'assurance d'obtenir des licences valables, puisque conférées par un organisme spécialisé dans la gestion de droits d'auteur et bénéficiant de partenariats avec des sociétés-sœurs à l'étranger.

3.5 Promotion de la culture et protection sociale des auteurs

Comme nous l'annoncions en début chapitre, les sociétés de gestion ne doivent pas être perçues uniquement comme des machines à dollars, ou à francs suisses, devrions-nous dire, qui ne feraient que percevoir et rémunérer. En effet, une partie de leur activité consiste aussi à promouvoir des causes culturelles et sociales. Avant de détailler la manière dont les sociétés de gestion s'y prennent, nous désirons d'abord nous attarder quelque peu sur l'origine de cette pratique et sur le débat houleux que ces activités « connexes » à la stricte gestion de droits d'auteur peuvent susciter sur le plan international.

3.5.1 Tour d'horizon historique et divergences

C'est au milieu du XX^e siècle que l'idée d'étendre le rôle et l'activité des sociétés de gestion à la promotion de causes « socio-culturelles »⁴²⁴ a abouti sur le plan international⁴²⁵. En modifiant ses modèles de contrats de représentation réciproque, afin d'y ajouter une nouvelle clause, la CISAC a ouvert une nouvelle voie pour la gestion collective⁴²⁶. Les modèles de contrats de la CISAC prévoyaient désormais que les sociétés contractantes s'autorisaient mutuellement « à affecter jusqu'à 10% des droits nets encaissés » à des fonds sociaux et culturels créés à cet effet⁴²⁷. Cela peut paraître étonnant si l'on se souvient que le

⁴²¹ Néanmoins, cette affirmation connaît des exceptions. La taille et la force économique de certains ayants droit peuvent mieux leur permettre de tirer leur épingle du jeu des négociations que d'autres ayants droit moins puissants.

⁴²² KARNELL/VON LEWINSKI, p. 26. Voir également : Réponse SUISSIMAGE question N 5, qui confirme que « les affiliations doubles ou multiples sont problématiques, superflues et indésirables ».

⁴²³ SCHIERHOLZ, p. 1154.

⁴²⁴ Terme employé par SALVADE, CR-PI, p. 443.

⁴²⁵ Voir : < <http://www.swisscopyright.ch/fr/culture-et-social.html> >.

⁴²⁶ Ibid.

⁴²⁷ ZOELLY, p. 541.

principe prioritaire en matière de répartition est celui de « follow the dollar », en d'autres termes d'une répartition proportionnelle par œuvre où le titulaire des droits peut prétendre à la totalité des revenus générés par son œuvre ou sa prestation. Sous cet angle, on doit, en effet, constater que « les déductions socio-culturelles dérogent à la fonction fiduciaire des sociétés »⁴²⁸. Cependant, elles sont le reflet de la volonté altruiste des titulaires de droits et l'expression du principe de solidarité entre créateurs⁴²⁹. Ce principe veut que les titulaires de droits aux revenus les plus modestes puissent recevoir un soutien financier des auteurs et titulaires de droits voisins dont la réussite est avérée, ceci étant possible en prélevant une partie des redevances de ces derniers pour aider les premiers⁴³⁰. Dans cette optique, afin de la rendre conforme au droit d'auteur, toute affectation à des fins socio-culturelles requiert toujours l'autorisation des titulaires de droits exclusifs⁴³¹. Le caractère controversé de l'affectation provient du fait que cette autorisation n'est que rarement formulée expressément. Au contraire, elle intervient plutôt implicitement et automatiquement « lors de l'adhésion à l'organisation [de gestion collective] et de l'acceptation des conditions d'affiliation » ou, dans le cas des titulaires étrangers, lors de la conclusion de contrats de représentation réciproque par leur société de gestion⁴³². Ces contrats sont conclus par les organes des sociétés, organes nommés directement ou indirectement par les sociétaires et donc censés refléter leur propre volonté. De ce fait, les opposants à ces déductions pourraient argumenter que le titulaire des droits est un peu pris au piège par une pratique qu'il n'a pas le pouvoir d'écarter à lui seul ou seulement en refusant en bloc toute gestion, pourtant précieuse, de ses droits pas la société de gestion. C'est ainsi que se profile le tableau sur la controverse générée par les fonds socio-culturels des sociétés de gestion.

Au fond, la question du bien-fondé des fonds socio-culturels met en lumière des divergences plus profondes inhérentes à la conception du droit d'auteur et de la gestion collective dans les différents systèmes juridiques des Etats. Dans les pays de *common law*, une approche économique-utilitaire du droit d'auteur est prévalente, approche selon laquelle les sociétés de gestion ont pour seul but de préserver les intérêts économiques de l'auteur⁴³³. Dans les pays de droit civil, il est aussi clairement reconnu que la fonction des sociétés de gestion consiste à tirer profit des œuvres ou prestations des titulaires de droits d'auteur afin de leur reverser ce qui leur est dû. Toutefois, les droits moraux de l'auteur ou de l'artiste interprète revêtent une importance peut-être encore plus marquée dans les pays de droits civil, où l'œuvre et la prestation sont perçues comme n'étant rien d'autre qu'une émanation de la personnalité de leur créateur⁴³⁴. Dans cette perspective, gérer l'œuvre ou la prestation revient

⁴²⁸ SALVADE, CR-PI, p. 443 ; BREM/SALVADE/WILD, SHK-URG, p. 537 ; HILTY, p. 346.

⁴²⁹ FICSOR, OMPI, p. 156.

⁴³⁰ HERRADI, p. 558.

⁴³¹ FICSOR, OMPI, p. 154.

⁴³² Ibid., p. 154-155.

⁴³³ LICHTENEGGER, p. 52.

⁴³⁴ Ibid.

aussi à sauvegarder les intérêts sociaux et culturels du titulaire des droits d'auteur, appréhendé en tant que personne vivant en société⁴³⁵.

En Suisse, l'idée de permettre à des organismes privés tels que les sociétés de gestion de contribuer à l'encouragement de la culture et à des projets sociaux a aussi dû faire son chemin avant d'être acceptée⁴³⁶. Comme le relève DESSEMONTET, certains voyaient là une immixtion dans la politique culturelle de l'Etat⁴³⁷, qu'il s'agisse de celle des cantons ou de celle de la Confédération. A l'heure actuelle, la LDA prévoit que « l'affectation d'une part du produit de la gestion à des fins de prévoyance sociale et d'encouragement d'activités culturelles requiert l'approbation de l'organe suprême de la société »⁴³⁸. L'approbation de l'assemblée générale de la société est requise pour empêcher les abus et donner de la légitimité à des déductions qui sont entreprises en contournant la fonction fiduciaire des sociétés⁴³⁹. Rappelons tout de même que la promotion d'activités socio-culturelles a été initialement introduite de par la volonté des titulaires de droits eux-mêmes⁴⁴⁰ et que les décisions de l'assemblée générale reflètent, par définition, l'expression de leur volonté commune. Les cinq sociétés de gestion suisses ont toutes créé des fonds ou des fondations socio-culturelles. En revanche, le pourcentage de déduction qu'elles appliquent varie quelque peu d'une société à l'autre. A cet égard, le législateur n'a pas articulé de pourcentage maximum de déduction admissible, ceci probablement pour permettre aux sociétés de gestion de s'adapter en cas d'évolution internationale⁴⁴¹. Néanmoins, la doctrine s'accorde à dire qu'il ne faudrait pas dépasser une déduction de 10 % du produit net de la gestion⁴⁴², ce qui correspond à la limite également fixée dans le contrat type de la CISAC.

Le dernier problème en lien avec les déductions socio-culturelles que nous souhaitons aborder implique de se questionner sur la manière dont ces déductions s'articulent avec le principe du traitement national. Nous avons expliqué que les contrats de représentation réciproque standardisés, élaborés par les organisations faïtières internationales, prévoient l'application du principe du traitement national aux relations contractuelles établies entre les sociétés de gestion contractantes⁴⁴³. Dès lors, la part de déductions socio-culturelles prélevées par une société de gestion sur les recettes provenant de l'utilisation des œuvres et prestations des titulaires de droits étrangers membres de sociétés-sœurs étrangères, ne doit pas être supérieure à la part prélevée sur les recettes générées par les droits de ses propres membres. En outre, ces déductions ne peuvent être prélevées qu'avec l'accord exprès des titulaires de

⁴³⁵ Ibid. A regret, nous ne pourrions exposer tous les différents arguments avancés par les auteurs favorables à l'existence de fonds socio-culturels au sein des sociétés de gestion. Pour une bonne synthèse de ces arguments voir : HELFER p. 98-99.

⁴³⁶ DESSEMONTET, Droit d'auteur, p. 430.

⁴³⁷ Ibid., p. 430.

⁴³⁸ Art. 48 al. 2 LDA.

⁴³⁹ Message LDA 1989, 542 ; SALVADE, CR-PI, p. 443.

⁴⁴⁰ Voir: < <http://www.swisscopyright.ch/fr/culture-et-social.html>>.

⁴⁴¹ BARRELET/EGLOFF, p. 290.

⁴⁴² Ibid., p. 290 ; SALVADE, CR-PI, p. 443 et les auteurs cités au même endroit.

⁴⁴³ *Supra* 3.4.1. Les titulaires de droits d'auteur étrangers doivent bénéficier « d'une protection au moins égale au niveau minimum prescrit par les normes internationales pertinentes », FICSOR, OMPI, p. 157.

droits étrangers ou avec l'accord exprès de la société-sœur étrangère à laquelle ils sont affiliés⁴⁴⁴. Dans ces conditions, selon FICSOR, le fait que les déductions prélevées sur les droits d'auteur étrangers soient affectées uniquement ou principalement à des causes socio-culturelles *nationales* n'est pas nécessairement contraire au principe du traitement national, l'accord donné à ces déductions l'autorisant généralement⁴⁴⁵.

En guise de synthèse de notre opinion, il nous apparaît que les déductions socio-culturelles sont honorables et légitimes. Ces déductions voulues par la majorité des membres des sociétés de gestion⁴⁴⁶ permettent la réalisation de projets sociaux ou culturels généreux qui, en plus de bénéficier directement à une partie des artistes eux-mêmes, démontrent que le droit d'auteur, si on encourage sa protection, peut avoir un impact positif sur la société. En outre, les projets qu'elles permettent aux sociétés de gestion ou à leurs fondations de réaliser mettent en lumière l'une des manières dont les sociétés de gestion favorisent la littérature et l'art sur la scène suisse. A vrai dire, nous allons même jusqu'à juger ces déductions nécessaires à la sauvegarde des intérêts des titulaires de droits d'auteur et de la scène culturelle suisse, à tout le moins dans une optique internationale comparative. En effet, ne pas prévoir de telles déductions dans les contrats de représentation réciproque priverait les sociétés de gestion suisses de la possibilité d'enrichir les fonds destinés à des causes sociales ou culturelles en Suisse lorsque des œuvres ou prestations étrangères sont utilisées en Suisse⁴⁴⁷. A cet égard, la Suisse étant un pays largement importateur de « productions du domaine culturel ou [...] de l'information », l'enjeu est d'autant plus important⁴⁴⁸. De plus, à l'inverse, les titulaires de droits d'auteur ou sociétés de gestion suisses ne parviendraient peut être pas à négocier que les utilisations de leurs œuvres et prestations à l'étranger soient réalisées sans prélèvement de déductions par les sociétés de gestion étrangères sur les redevances auxquelles elles donnent droit, ce qui reviendrait alors, en quelque sorte, à subventionner les ayants droit de ces Etats sans retour équivalent de leur part⁴⁴⁹. En d'autres termes, il s'avère particulièrement avantageux pour les sociétés de gestion suisses de négocier dans les contrats de représentation réciproque le prélèvement de déductions socio-culturelles. En outre, à l'évidence, les sociétés de gestion suisses doivent toujours veiller à ne pas concéder plus qu'elles n'obtiennent elles-mêmes.

⁴⁴⁴ FICSOR, OMPI, p. 160. Nous avons expliqué ci-avant le côté controversé de ces déductions quand elles sont prélevées sur la base d'un accord émanant d'un organe de la société et non du membre lui-même.

⁴⁴⁵ Ibid.

⁴⁴⁶ Comme nous le verrons par la suite, la forme juridique des sociétés de gestion permet la participation directe ou indirecte de tous les membres aux décisions de ces sociétés. *Infra* 5.2.3.

⁴⁴⁷ BARRELET/EGLOFF, p. 290.

⁴⁴⁸ FICSOR, OMPI, p. 158. L'auteur soutient également que ces déductions peuvent contribuer à convaincre les politiques, particulièrement dans les pays importateurs, du besoin de protéger efficacement le droit d'auteur puisqu'un avantage direct sur le territoire national en résulte, la protection ne profitant pas uniquement aux titulaires de droits étrangers.

⁴⁴⁹ HELFER p. 99.

3.5.2 Les causes culturelles et sociales

L'art. 48 al. 2 LDA, relativement concis, traite des déductions socio-culturelles et prévoit une affectation « à des fins de prévoyance sociale et d'encouragement d'activités culturelles », sans précision supplémentaire. Par conséquent, il appartient à l'assemblée générale des sociétés de gestion de décider du pourcentage et de l'objet de l'affectation sociale ou culturelle⁴⁵⁰. La proportion des montants destinés à des causes socio-culturelles prélevés sur les redevances est fixée dans les statuts des sociétés de gestion et de manière plus précise dans leurs règlements de répartition. A titre d'exemple, en 2014, CHF 20 millions ont été consacrés au total par les sociétés de gestion suisses à des causes sociales et culturelles⁴⁵¹. En règle générale, les statuts des sociétés de gestion prévoient la possibilité de créer des fondations ou des fonds spéciaux gérés par les organes de la société à ces fins⁴⁵². SUISA, SUISSIMAGE, SSA et PROLITTERIS ont créé leurs propres fonds et fondations spéciales alors que SWISSPERFORM préfère allouer les montants en question à des fondations qu'elle n'a pas elle-même directement constituées⁴⁵³.

Les modalités de l'action socio-culturelle des sociétés de gestion et de leurs fondations sont réglées dans différents règlements adoptés au sein de chaque société⁴⁵⁴. Habituellement, les activités culturelles englobent l'«organisation de prix, de concours, [l'] octroi de bourses, etc.» et de manière générale toute activité qui pourrait être susceptible de stimuler la créativité⁴⁵⁵. Il s'agit aussi de soutenir la promotion d'œuvres suisses qui, à défaut, ne pourraient pas connaître le chemin de la reconnaissance et du succès⁴⁵⁶. Quant aux activités sociales, elles consistent, en général, à mettre en place des systèmes de « prévoyance retraite et décès en faveur des auteurs sociétaires » ou, parfois aussi, à venir en aide aux sociétaires qui se trouveraient dans des situations de précarité, ceci par l'allocation d'une aide d'urgence⁴⁵⁷. La prévoyance professionnelle établie par les sociétés de gestion n'a pas vocation à se substituer au régime de la LPP, mais à le compléter⁴⁵⁸. Nous soulignons que, paradoxalement, cette prévoyance « sui generis » est généralement plus généreuse que celle qui résulte de la LPP⁴⁵⁹.

⁴⁵⁰ BARRELET/EGLOFF, p. 291 ; art. 48 al. 2 LDA.

⁴⁵¹ Voir : <<http://www.swisscopyright.ch/fr/culture-et-social/prestations.html>>.

⁴⁵² Cf. Statuts SUISA, art. 3.3 et 3.4 ; Statuts SSA, art. 3 al. 6 ; Statuts SUISSIMAGE art. 6.7 ; Statuts PROLITTERIS p. 1 et 5.

⁴⁵³ Voir: <<http://www.swisscopyright.ch/fr/culture-et-social/fondations.html>>.

La liste des différents fonds et fondations des cinq sociétés de gestion suisses peut être consultée à partir du même lien.

⁴⁵⁴ Pour un exemple voir le « Règlement général » pour le fonds culturel SSA accessible à l'adresse suivante : <<http://www.ssa.ch/sites/default/files/ssadocuments/m17f0113.pdf>>.

⁴⁵⁵ FICSOR, OMPI, p. 155.

⁴⁵⁶ HERRADI, p. 557.

⁴⁵⁷ ZOELLY, p. 541 ; FABRIN, p. 657.

⁴⁵⁸ Ibid.

⁴⁵⁹ Voir : <<http://www.swisscopyright.ch/fr/culture-et-social/soutien.html>>; ZOELLY, p. 541.

3.6 Conseils juridiques et combat idéologique

Comme nous nous sommes attelés à le démontrer, les sociétés de gestion ont pour mission d'épauler les titulaires de droits d'auteur afin de leur permettre de tirer profit de leur activité créatrice. Ceci implique aussi parfois qu'elles promulguent, en marge de leur activité de perception, des conseils juridiques ou d'ordre plus général à tout membre qui se trouverait dans une situation délicate ou incertaine⁴⁶⁰. Il est probable que les titulaires de droits d'auteur aient parfois le sentiment que le monde de l'art et de la littérature se trouve aux antipodes du monde juridique, particulièrement en termes de prévention et d'appréhension des problèmes. C'est pourquoi l'aide des sociétés de gestion pour la « formalisation des rapports » contractuels et pour d'autres problématiques juridiques se révèle être un précieux service qui leur est rendu, suffisant parfois à éviter la survenance de litiges⁴⁶¹. Bien qu'il soit d'une utilité qui n'est plus à démontrer et qu'il soit largement plébiscité par les membres des sociétés de gestion, le conseil juridique connaît tout de même des limites. A cet égard, il ne saurait être dénué de connexité avec le répertoire géré ou avec le droit d'auteur, pas plus qu'il ne pourrait mobiliser des ressources disproportionnées ou impliquer des démarches d'une trop longue durée⁴⁶². En effet, par exemple, les conseils juridiques que la SSA propose à ses membres sont gratuits⁴⁶³ et donc inévitablement limités. Qui plus est, les sociétés de gestion proposent d'autres activités qui dépassent le cadre du « pur » conseil juridique. Ainsi, elles offrent parfois, à l'instar de la SSA, une « médiation lorsque les parties qui se trouvent dans l'impasse le demandent » ou mettent « à disposition des auteurs des modèles de contrats »⁴⁶⁴. Aussi, les différents sites Internet des sociétés de gestion regorgent d'informations juridiques en tout genre, susceptibles d'être utiles aux utilisateurs ou titulaires de droits. Dans le même élan pédagogique, les sociétés de gestion publient aussi des journaux et autres notices explicatives à l'attention de leurs membres. Pour terminer, nous mentionnerons encore que certaines sociétés de gestion proposent un service de gestion de contrats, qui a pour but d'assurer aux titulaires de droits d'auteur que leurs cocontractants respectent les dispositions contractuelles, puisqu'ils sont alors surveillés par des professionnels de la gestion⁴⁶⁵. Par contre, ce service est onéreux, bien qu'il n'ait pas vocation à se substituer totalement à l'assistance d'un agent artistique⁴⁶⁶.

Finalement, il ne faut pas oublier que les sociétés de gestion servent également à « brandir l'étendard de la défense idéologique »⁴⁶⁷. En fait, ce combat idéologique est un combat pour l'avenir. La gestion collective n'est pas figée dans le marbre. Bien au contraire, elle doit s'adapter à son époque, notamment aux défis inhérents à l'avancée de la technologie,

⁴⁶⁰ KARNELL/VON LEWINSKI, p. 6 ; GERBER BUGMANN, p. 707.

⁴⁶¹ STEGER, p. 823-824.

⁴⁶² Ibid., p. 823.

⁴⁶³ Ibid., p. 823. Les autres sociétés de gestion suisses font généralement de même. Nous renvoyons le lecteur à la consultation de leurs sites Internet respectifs pour davantage d'informations à ce sujet.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 823.

⁴⁶⁵ GERBER BUGMANN, p. 707.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 707-708.

⁴⁶⁷ SALVADE, Nouvelles technologies, p. 118.

et assurer un cadre législatif propice au droit d'auteur. Pour ce faire, les sociétés de gestion peuvent recourir tant au *lobbying* en tentant d'influencer différents acteurs au sein des institutions législatives qu'à des actions judiciaires « pilotes » destinées à faire avancer la cause des auteurs par le biais du droit prétorien⁴⁶⁸. Ainsi, un lobbyiste engagé conjointement par les sociétés de gestion suisses œuvre sous la coupole fédérale pour défendre la cause des titulaires de droits d'auteur⁴⁶⁹. A cet égard, comme la LDA sera prochainement révisée, ce lobbyiste est actuellement chargé de faire entendre la voix des sociétés de gestion à Berne, en s'assurant notamment que leur activité ne sera pas parsemée d'embûches par la révision à venir⁴⁷⁰. En outre, forte de la renommée de certains de ses membres artistes interprètes, SWISSPERFORM les mobilise parfois pour des campagnes de sensibilisation sur le droit d'auteur et les droits voisins, ce qu'elle a notamment déjà fait au Palais fédéral⁴⁷¹. Le site Internet administré en commun par les cinq sociétés de gestion leur sert également de vitrine⁴⁷². Finalement, par surabondance, il nous faut relever que SUISA et SUISSIMAGE sont membres de la Communauté d'intérêts des entreprises coopératives⁴⁷³. Cet organisme « a pour but de défendre efficacement les intérêts spécifiques des coopératives au plan politique et législatif de même que dans l'opinion publique et les médias »⁴⁷⁴.

Chapitre 4 Différentes facettes légales de la gestion collective en Suisse

Pas encore passées au crible à ce stade de notre étude, les principales dispositions légales consacrées directement aux sociétés de gestion méritent de retenir dès lors toute notre attention. Après avoir posé le décor, en expliquant le fondement constitutionnel et légal de la gestion collective en Suisse, nous examinerons la thématique principale qui ressort des art. 40-60 LDA, à savoir la question de la surveillance des sociétés de gestion.

En revanche, nous ne dédions pas de section spécifique à l'ensemble des obligations des sociétés de gestion, telles qu'elles sont énoncées aux art. 44-50 LDA et telles qu'elles ressortent généralement des statuts des sociétés de gestion⁴⁷⁵. Néanmoins, ces obligations transparaissent au fil de plusieurs de nos développements.

4.1 Le fondement légal

Dans un premier temps, nous allons présenter la place qui est réservée à la gestion collective et aux sociétés de gestion en droit suisse. Dans un second temps, nous nous intéresserons à la réglementation de la gestion collective en droit international. Dans un

⁴⁶⁸ Ibid.

⁴⁶⁹ Cf. Réponses SUISSIMAGE, SUISA, PROLITTERIS, SSA question N 15.

⁴⁷⁰ Cf. Réponses SUISSIMAGE, SUISA, PROLITTERIS question N 15.

⁴⁷¹ Cf. Réponse SWISSPERFORM question N 15.

⁴⁷² Cf. Réponses SUISSIMAGE et PROLITTERIS question N 15.

⁴⁷³ Voir : < <http://iggenossenschaftsunternehmen.ch/uber-uns/bronzemitglieder/?lang=fr>>.

⁴⁷⁴ SUISSIMAGE rapport annuel 2012, p. 32.

⁴⁷⁵ Cf. Statuts SUISA, art. 8 ; Statuts PROLITTERIS, art. 7 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 6 ; Statuts SWISSPERFORM, art. 2 et 2a notamment ; Statuts SSA, art. 17-20.

troisième temps, au vu de la proximité de la Suisse avec l'Europe, nous aborderons brièvement le sort réservé à la gestion collective en droit communautaire.

4.1.1 En droit national

Comme la LDA est la loi topique qui protège la propriété littéraire et artistique, il n'est pas étonnant que les règles relatives aux sociétés de gestion aient été directement prévues dans cette même loi. En revanche, il nous paraît plus inattendu de relever que pratiquement un quart de la LDA est consacrée aux sociétés de gestion⁴⁷⁶. Ainsi, la place prépondérante qui leur est réservée dans cette loi ne fait que confirmer leur importance aux yeux du législateur et, par voie de conséquence, leur place incontournable en droit d'auteur.

Historiquement, la compétence du législateur fédéral pour régler le droit de la gestion collective reposait sur les art. 64 et 31 al. 2 aCst⁴⁷⁷. L'art. 64 aCst trouve son pendant à l'art. 122 de la Cst actuellement en vigueur⁴⁷⁸, qui prévoit que « la législation en matière de droit civil [...] relève de la compétence de la Confédération »⁴⁷⁹. Comme le Conseil fédéral l'a indiqué, « la doctrine dominante étend cette compétence à tout le droit d'auteur, par conséquent aussi aux normes de droit public », raisonnement qui permet aussi à la Confédération d'édicter des dispositions de droit public sur les sociétés de gestion dans la LDA⁴⁸⁰. Néanmoins, cette interprétation commande que les dispositions de droit public s'avèrent être « nécessaires pour imposer et appliquer de manière uniforme le droit civil fédéral ou pour éviter des conflits de lois »⁴⁸¹. Tel est le cas des quelques dispositions que la Confédération a adoptées s'agissant de la surveillance des sociétés de gestion. Quant à l'art. 31 al. 2 aCst, il correspond à l'art. 95 de la Cst actuellement en vigueur⁴⁸² qui prévoit que « la Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées »⁴⁸³. Partant de cette habilitation constitutionnelle, le législateur était fondé à rédiger des dispositions sur les sociétés de gestion, en réglementant, en partie, la manière dont le droit d'auteur devait être exploité⁴⁸⁴. En effet, même si le but lucratif fait défaut à l'activité des sociétés de gestion, leur activité doit tout de même être considérée comme une activité économique lucrative privée relevant de la liberté économique (94 al.1 Cst.)⁴⁸⁵ et exercée en vue de procurer une rémunération aux titulaires de droits d'auteur⁴⁸⁶.

⁴⁷⁶ DESSEMONTET, Droit d'auteur, p. 435.

⁴⁷⁷ BREM/SALVADE/WILD, SHK-URG, p. 489 ; Message LDA 1989, 590.

⁴⁷⁸ Cf. préambule LDA.

⁴⁷⁹ Art. 122 al. 1 Cst.

⁴⁸⁰ Message LDA 1989, 590.

⁴⁸¹ Ibid., 590-591.

⁴⁸² Cf. préambule LDA ; SALVADE, CR-PI, p. 403.

⁴⁸³ Art. 95 al. 1 Cst.

⁴⁸⁴ Message LDA 1989, 590-591.

⁴⁸⁵ BARRELET/EGLOFF, p. 3 ; Cf. Message LDA 1989, 590-591.

⁴⁸⁶ A noter que BARRELET/EGLOFF font preuve d'un certain scepticisme quant à la mesure de l'atteinte portée par la Confédération à la liberté économique et se demandent si « la véritable assise constitutionnelle n'est pas plutôt [uniquement] l'art. 122 Cst », BARRELET/EGLOFF, p. 3.

Ce travail ne vise pas à analyser en détail les bases constitutionnelles des dispositions sur les sociétés de gestion mais plutôt à présenter les rouages et la raison d'être de la gestion collective ; c'est pourquoi nous ne nous

Pour en revenir à la LDA, l'art. 1 al. 1 prévoit que l'objet de la loi s'articule autour de trois axes principaux. L'un de ces axes est « la surveillance fédérale des sociétés de gestion »⁴⁸⁷. Contrairement au système prévu par la LDA d'avant 1992, le droit d'auteur « au sens restreint » n'est plus l'unique objet de la LDA mais il comprend aussi le « droit de gestion »⁴⁸⁸. Dans cette optique, le titre 4 de la loi est spécialement consacré aux sociétés de gestion⁴⁸⁹. La LPerc de 1940 ayant été abrogée le 1^{er} juillet 1993⁴⁹⁰, les dispositions de droit public qu'elle contenait se sont, dès lors, retrouvées incorporées dans ce titre 4 de la LDA⁴⁹¹. En outre, précisons encore que la révision de la LDA en 2007 n'a modifié pratiquement aucune disposition du titre 4 : seul l'art. 40 LDA a connu des modifications⁴⁹² et l'art. 52 al. 2 LDA a été abrogé.

En outre, l'ODAu doit aussi être recensée parmi les sources de droit interne contenant des règles édictées en matière de gestion collective des droits d'auteur. En fait, l'ordonnance précise la LDA principalement sur un point susceptible de nous intéresser : elle prévoit des règles détaillées sur la CAF et la procédure à suivre devant elle. Nous aurons prochainement l'occasion d'examiner le rôle de la CAF⁴⁹³.

Du reste, il nous faut encore relever que « le fonctionnement interne des sociétés de gestion n'est quasiment pas touché par la loi sur le droit d'auteur »⁴⁹⁴. A cet égard, ce sont les règles du CO et du CC sur les SCOP et l'association qui s'appliquent pleinement⁴⁹⁵.

4.1.2 En droit international

A ce jour, il n'existe pas à notre connaissance de convention internationale qui régit la gestion collective des droits d'auteurs en tant que telle⁴⁹⁶. En effet, il n'est fait allusion aux sociétés de gestion ou à la gestion collective dans aucune des principales conventions internationales traitant du droit d'auteur, qu'il s'agisse de l'ADPIC, de la CB, du WPPT, de la CUA, du WCT ou de la CR⁴⁹⁷. Cependant, bien que la gestion collective soit donc basée sur le droit national de chaque Etat⁴⁹⁸, on ne peut pour autant conclure qu'elle n'éveille pas

aventurerons pas dans une analyse plus approfondie des bases constitutionnelles. Néanmoins, nous nous interrogeons, tout comme les auteurs précités, sur la présence d'une dérogation à la liberté économique (ce que le CF semblait exclure dans son message de 1989) au sens de l'art. 94 al. 4 Cst puisque le système mis en place par le législateur consacre pour ainsi dire un monopole de fait aux sociétés de gestion. Cf. BARRELET/EGLOFF, p. 3. Sur la question de la mesure dont doit faire preuve la Confédération dans son intervention, voir également : SALVADE, CR-PI, p. 403.

⁴⁸⁷ Art. 1 al. 1 let. c LDA.

⁴⁸⁸ Message LDA 1989, 505.

⁴⁸⁹ Art. 40-60 LDA.

⁴⁹⁰ Voir: <<https://www.admin.ch/opc/fr/stats/abrogated/by-decision-date/1940/index.html>>.

⁴⁹¹ SALVADE, CR-PI, p. 403.

⁴⁹² BREM/SALVADE/WILD, SHK-URG, p. 489.

⁴⁹³ *Infra* 4.2.4.

⁴⁹⁴ DESSEMONTET, Droit d'auteur, p. 452.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ Cf. FICSOR, Collective Management, p. 29.

⁴⁹⁷ FICSOR, Collective Management, p. 29.

⁴⁹⁸ KARNELL/VON LEWINSKI, p. 4-5. Une réserve doit, bien entendu, être émise dans les Etats de l'UE lorsqu'il existe certaines normes de droit communautaire en la matière.

l'attention des acteurs internationaux. En effet, depuis la fin des années septante, l'OMPI, notamment, s'est intéressée à cette matière en commandant la rédaction d'études juridiques à ce sujet, en organisant des conférences et en conduisant divers projets de recherche sur la gestion collective⁴⁹⁹.

4.1.3 Excursus en droit communautaire

Quelques informations en droit communautaire méritent aussi d'être brièvement apportées car il ne peut être totalement exclu que le législateur suisse s'inspire un jour de certaines règles de droit qu'il énonce, même si les enjeux politiques et les intérêts économiques de la Suisse peuvent être différents de ceux de l'UE. A la suite d'années de débats sur la façon et l'opportunité de créer un cadre légal pour la gestion collective en Europe⁵⁰⁰, le droit européen a récemment été enrichi d'une directive très détaillée consacrée spécialement à la gestion collective des droits d'auteur⁵⁰¹. La transposition de cette directive en droit national via l'adoption de dispositions législatives au sens formel devrait intervenir au plus tard le 10 avril 2016⁵⁰². La Suisse n'étant pas membre de l'UE, cette directive ne sera, bien évidemment, en aucun cas transposable en Suisse. La directive 2014/26/UE poursuit un double but d'harmonisation. Premièrement, elle vise à mettre en place des bonnes pratiques de gouvernance pour les sociétés de gestion européennes, notamment en consacrant des règles particulières sur leur obligation de transparence⁵⁰³. Deuxièmement, elle contient des dispositions afin d'encourager au sein des sociétés de gestion le développement de *licences multiterritoriales* de droits en ligne sur des œuvres musicales⁵⁰⁴. Comme le relève KÖHLER, certains des effets attendus de la Directive sont une augmentation de la concurrence entre sociétés de gestion européennes mais aussi une collaboration entre elles plus importante et ciblée⁵⁰⁵. En effet, « les membres pourront immédiatement confier la gestion de leurs droits en ligne à une autre société de gestion si la leur ne parvient pas à mettre en œuvre les règles relatives à la délivrance de licences multi-territoriales [sic] dans les temps prévus »⁵⁰⁶.

⁴⁹⁹ Cf. FICSOR, *Collective Management*, p. 29-40.

⁵⁰⁰ SCHIERHOLZ, p. 1167.

⁵⁰¹ Directive 2014/26/UE. La directive est composée d'un long préambule et de 45 articles.

⁵⁰² Directive 2014/26/UE, art. 43. Cf. KÖHLER, p. 10.

⁵⁰³ GUIBAULT, p. 699.

⁵⁰⁴ Ibid., p. 699-700. Les licences multiterritoriales permettent d'octroyer une seule autorisation d'utilisation d'une œuvre, autorisation qui sera valable dans plusieurs États. Selon WOODS p. 106, Internet et l'avènement des nouvelles technologies soulèvent de nouveaux défis qui rendent inévitable la remise en question des modèles d'exploitation de droits d'auteur, particulièrement leur dimension territoriale. Cet auteur affirme que les licences multiterritoriales pourraient être la solution toute trouvée pour surmonter ces défis.

Pour davantage de précisions sur la directive européenne, voir : GUIBAULT, p. 696-794.

A noter qu'en Suisse, la SUISA fait œuvre de pionnière puisqu'elle délivre, depuis 2013, de telles licences pour les utilisations en ligne valables dans toute l'Europe, voir: SALVADE, *Droit d'auteur et TIC*, p. 25 et KÖHLER, p. 10.

⁵⁰⁵ KÖHLER, p. 10.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 10 ; Cf. Directive 2014/26/UE, art. 31.

4.2 La surveillance de la Confédération

En tout premier lieu, avant de présenter les domaines de gestion surveillés et les deux types de surveillance qui existent en droit suisse⁵⁰⁷, il nous semble essentiel d'expliquer *pourquoi* un contrôle étatique est nécessaire et comment il s'exprime.

4.2.1 Pourquoi faut-il un contrôle étatique et quelles en sont les spécificités ?

D'entrée de jeu, il faut distinguer le contrôle étatique du contrôle interne. Le contrôle interne s'étend à l'ensemble des activités des sociétés de gestion, ceci indépendamment de la surveillance exercée par la Confédération. En effet, un « autocontrôle » est en tous les cas assuré par les organes des sociétés⁵⁰⁸. En particulier, conformément à la loi et aux statuts des sociétés⁵⁰⁹, un organe de révision indépendant doit être institué dans chaque société afin, notamment, qu'il se charge de la vérification des comptes annuels⁵¹⁰. Cet organe de révision doit rédiger un rapport de révision dans lequel il atteste avoir rempli sa mission de vérification⁵¹¹. Par essence, ce contrôle relève donc du droit privé. Cette distinction fondamentale opérée, nous pouvons maintenant expliquer pourquoi les sociétés de gestion sont en sus assujetties à un contrôle étatique.

4.2.1.1 Le monopole de fait comme principale raison

Il existe plusieurs raisons de surveiller les sociétés de gestion⁵¹². La raison principale est que la surveillance permet de « compenser l'absence de concurrence entre les sociétés de gestion »⁵¹³. En effet, un monopole de fait⁵¹⁴ a été instauré par l'art. 42 al. 2 LDA. Il est prévu, qu'« en règle générale », il est uniquement permis « à une société par catégorie d'œuvres et à une société pour les droits voisins » d'obtenir une autorisation étatique⁵¹⁵. Or, en vertu de l'art. 41 LDA, les droits soumis à surveillance de la Confédération ne peuvent être licitement gérés à défaut d'autorisation étatique⁵¹⁶. A noter que cette autorisation « n'est pas une concession, mais une **autorisation de politique économique** » puisqu'elle ne vise pas un bien ou une activité réservés à l'Etat mais encadre une activité privée du fait de l'existence

⁵⁰⁷ A ce stade, il nous faut préciser que les cinq sociétés de gestion suisses sont aussi « chargées de la gestion collective des droits dans la principauté du Liechtenstein », BLANK, p. 27. Dans le cadre de cette activité, les sociétés de gestion sont surveillées uniquement par le ministère du Transport et du Commerce de cet Etat, BLANK, p. 32. Comme nous avons choisi d'axer notre étude sur la gestion collective en Suisse, nous n'approfondirons pas davantage la question de la surveillance des sociétés de gestion au Liechtenstein.

⁵⁰⁸ BLANK, p. 32

⁵⁰⁹ Cf. art. 906 et 727-731a CO ; 69b CC ; Statuts Swissperform, art. 20 ; Statuts SSA, art. 29 ; Statuts SUISA, art. 9.7 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 8.4 ; Statuts PROLITTERIS, art. 8.3.

⁵¹⁰ BLANK, p. 32.

⁵¹¹ Ibid., p. 32.

⁵¹² Cf. SALVADÉ, CR-PI, p. 403 ; KATZENBERGER, p. 24.

⁵¹³ SALVADE, CR-PI, p. 403. Voir également : GOVONI/STEBLER, p. 501-502.

⁵¹⁴ SALVADE, CR-PI, p. 421 ; HILTY, p. 352.

⁵¹⁵ Art. 42 al. 2 LDA.

⁵¹⁶ Art. 41 LDA *a contrario*. A noter également que, selon l'art. 43 al. 1 LDA, l'autorisation est valable pour une durée de cinq ans, qui peut être renouvelée. Tout acte relatif à l'autorisation, qu'il s'agisse de l'octroi, du renouvellement, de la modification, de la révocation ou du non-renouvellement, doit être publié, cf. art. 43 al. 2 LDA.

d'un intérêt public⁵¹⁷. Ainsi, contrairement au précédent régime instauré par la LPerc⁵¹⁸, la loi n'impose plus un monopole légal mais se contente de prévoir une règle qui, selon les termes du CF, permet de « favoriser fortement » la concentration⁵¹⁹. Même si l'art. 42 al. 2 LDA, par l'utilisation de la formule « en règle générale », semble laisser la porte ouverte à des exceptions, la pratique a démontré que, dans les faits, les sociétés de gestion jouissent d'un monopole dans leurs domaines respectifs⁵²⁰. De plus, KATZENBERGER, qualifie même la position des sociétés de gestion « d'espèce de *monopole mondial* » sur leur territoire en raison des accords de représentation réciproque qu'elles ont conclus avec leurs sociétés-sœurs étrangères⁵²¹. En tous les cas, le plus important problème vient du fait que tout monopole génère par nature un risque d'abus de position dominante sur le marché. Par exemple, une société de gestion pourrait être tentée de ne pas accorder certaines autorisations d'utilisation, de discriminer certains utilisateurs ou d'exiger une contrepartie financière excessive à l'octroi de licences dans la mesure où il lui serait possible d'agir « les coudées franches » sur un marché dénué de toute concurrence⁵²². Anticipant ces problèmes, le législateur a donc instauré un régime de surveillance.

4.2.1.2 Spécificités du système suisse à la lumière du droit communautaire

Une comparaison entre les conceptions de la gestion collective en droit suisse et en droit européen nous permettra simultanément de faire ressortir deux éléments qui seront à garder en mémoire lorsque nous analyserons plus en détails les art. 40-60 LDA. En effet, force est de constater que la Suisse, îlot indépendant entouré d'une Europe qui sera désormais plus harmonisée en matière de gestion collective, se distingue au moins à deux égards de ses voisins européens.

4.2.1.2.1 Les règles sur la concurrence

La relation entre le droit de la concurrence et la gestion collective est appréhendée d'une manière particulière en Suisse. En application de l'art. 3 al. 1 let. a ou let. b LCart, les sociétés de gestion, lorsqu'elles sont soumises à la surveillance de la Confédération – mais uniquement dans ce cas de figure –, échappent aux règles sur la concurrence prévues dans la LCart⁵²³. Cela s'explique par le fait que, d'une part, le régime de tarifs instauré par la LDA

⁵¹⁷ SALVADE, CR-PI, p. 415-416. Voir aussi : BARRELET/EGLOFF, p. 264 ; BREM/SALVADE/WILD, SHK-URG, p. 503 ; REHBINDER/VIGANO, p. 183.

⁵¹⁸ Cf. art. 2 al. 1 LPerc.

⁵¹⁹ Message LDA 1989, 540.

⁵²⁰ Voir notamment BARRELET/EGLOFF, p. 269 et TF 4A.5/1996 résumé *in* : medialex 1997, p. 96, où la SSA avait tenté d'étendre la portée de son autorisation à des oeuvres normalement gérées par SUISSIMAGE, ce que le TF avait empêché en confirmant qu'il était souhaitable, à défaut d'intérêt prépondérant, d'encourager le regroupement et non l'empiètement des autorisations les unes sur les autres.

⁵²¹ KATZENBERGER, p. 19.

⁵²² FICSOR, OMPI, p. 149-150.

⁵²³ SALVADE, CR-PI, p. 403 ; MARTENET/CARRON, CR-LCart, p. 175.

L'art. 3 al. 1 LCart prévoit que :

« Les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment :

a. celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique ;

doit être considéré comme un régime de marché ou de prix de caractère étatique au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart⁵²⁴. D'autre part, au bénéfice d'une « autorisation dont le régime est fixé par une loi », les sociétés de gestion « jouissent de droits spéciaux qui excluent de la concurrence la gestion de droits d'auteurs ou de droits voisins » en raison de l'art. 3 al. 1 let. b LCart⁵²⁵. Au contraire, en droit communautaire, puisque « l'objectif de concurrence et de réalisation du marché intérieur sont l'alpha et l'oméga de la politique européenne de concurrence », l'application du droit de la concurrence à l'activité des sociétés de gestion ne semble pouvoir être écartée aussi aisément qu'en droit suisse⁵²⁶.

4.2.1.2.2 *Le type de surveillance*

La surveillance exercée par la Confédération est limitée. Si le législateur suisse a décidé de pratiquer une « **surveillance sélective** », d'autres genres de contrôle existent dans les Etats européens⁵²⁷. En 1995, KATZENBERGER expliquait déjà que certains Etats européens imposaient une surveillance généralisée à toutes les activités des sociétés de gestion alors que d'autres Etats choisissaient l'extrême inverse, à savoir l'absence de surveillance ou une surveillance très diluée⁵²⁸. Il semblerait que la fragmentation des genres de surveillance dans les Etats européens soit toujours existante. En effet, des Etats tels que le Luxembourg ou l'Estonie n'ont pas du tout institué d'autorité de surveillance pour les sociétés de gestion alors que le Royaume-Uni connaît une surveillance limitée à l'établissement des tarifs et que d'autres Etats tels que l'Allemagne, l'Autriche ou le Portugal ont instauré une surveillance généralisée de l'ensemble des activités des sociétés de gestion⁵²⁹. La récente directive 2014/26/UE ne contient pas de dispositions qui prévoiraient une obligation pour les Etats membres de créer un organe de surveillance pour les sociétés de gestion ou qui harmoniserait l'étendue de la surveillance étatique. A notre connaissance, la question de l'harmonisation des législations nationales des Etats membres de l'UE sur ce point n'est pas à l'ordre du jour, du moins pour l'instant.

b. celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux ».

En outre, aux termes de l'art. 3 al. 2 LCart, la loi « n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle ». Cependant, la Comco considère que cet article n'a pas une portée normative propre, cf. ALBERINI, CR-LCart, p. 192. Par conséquent, selon ALBERINI et d'autres auteurs qu'il cite, il faudrait carrément de *lege ferenda* supprimer l'al. 2 de l'art. 3 LCart. Cf. ALBERINI, CR-LCart, p. 210-211.

⁵²⁴ SALVADE, CR-PI, p. 403

⁵²⁵ MARTENET/CARRON, CR-LCart, p. 183 et 186.

⁵²⁶ DIRINGER, p. 58.

Confirmant l'importance du droit de la concurrence en droit européen et démontrant sa pertinence en droit d'auteur, voir les décisions citées par DIRINGER, p. 48 en note de bas de page : Affaire SACEM c/ Greenwich Film Production, 22/79 de la CJCE et affaire CISAC, COMP/C2/38.698.

⁵²⁷ KATZENBERGER, p. 22 ss.

⁵²⁸ Ibid., p. 24-28.

⁵²⁹ SCHIERHOLZ, p. 1167.

4.2.1.3 Justification du monopole et appréciation personnelle

Au vu des explications qui précèdent, la question de fond qu'il faut encore se poser est la suivante: pourquoi le législateur a-t-il décidé d'instaurer un monopole de fait, au lieu de simplement laisser la concurrence s'établir sur le marché du droit d'auteur, hypothèse dans laquelle une protection par la LCart aurait pu être instituée en toile de fond ?

La réponse est esquissée dans le Message LDA 1989⁵³⁰ et reformulée par l'AGUR12 dans son rapport final⁵³¹. L'idée sous-jacente est que « la multiplicité des sociétés dans le domaine de la gestion des droits n'apporte aucun avantage et peut, au contraire, conduire à de graves dysfonctionnements dans les rapports juridiques »⁵³². En effet, comme l'explique FICSOR, « bons nombres des avantages fondamentaux de la gestion commune [...] ne peuvent être obtenus que par l'intermédiaire d'un organisme unique »⁵³³. Par exemple, l'obtention d'une autorisation d'utilisation est, d'une part, rendue beaucoup plus facile pour l'utilisateur qui pourra facilement trouver la société à laquelle s'adresser puisqu'elle sera la seule à gérer la catégorie d'œuvre en question sur le territoire⁵³⁴. Par ailleurs, la multiplication des sociétés provoquerait une insécurité juridique dans la mesure où il y aurait un risque que des autorisations soient octroyées à double⁵³⁵. Du point de vue des coûts de transaction également, comme nous l'avons déjà expliqué, le maximum de centralisation est souhaitable⁵³⁶.

Par conséquent, et au risque de nous attirer les foudres des économistes pour qui le monopole ne peut généralement être un système optimal, nous sommes aussi d'avis que la solution adoptée par le droit suisse – qu'il s'agisse de l'instauration du monopole de fait ou du choix corrélatif de pratiquer une surveillance sélective – est satisfaisante puisqu'elle permet généralement de contenter toutes les parties prenantes. De plus, le choix d'une surveillance limitée permet de ne pas empiéter plus que ce qui serait nécessaire sur la liberté économique⁵³⁷ et « la nature privée du droit d'auteur »⁵³⁸. Dans cette optique, la surveillance ne devrait pas être perçue par les sociétés de gestion comme une menace, tant et aussi longtemps qu'elles agissent de manière diligente et régulière⁵³⁹.

4.2.2 Les domaines de gestion assujettis à la surveillance

La « surveillance sélective », telle que choisie par le législateur suisse, implique que seuls certains domaines de la gestion soient surveillés. L'étendue de la surveillance ressort du

⁵³⁰ Message LDA 1989, 540.

⁵³¹ L'AGUR12 est « un groupe de travail chargé [par la Conseillère fédérale à la tête du DFJP, en 2012] d'explorer des pistes pour améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins », au vu de l'état actuel de la technique, cf. Rapport final AGUR12, p. 8.

⁵³² Rapport final AGUR12, p. 37.

⁵³³ FICSOR, OMPI, p. 140.

⁵³⁴ BLANK, p. 28. Inversement, cet auteur précise également que « ce système limite de fait la possibilité des auteurs de choisir leur société de gestion en fonction de leurs propres critères ».

⁵³⁵ FICSOR, OMPI, p. 140. Dans le même ordre d'idée, voir : SALVADE, Droit d'auteur et TIC, p. 26.

⁵³⁶ FICSOR, OMPI, p. 140. Cf. *Supra* 3.1.

⁵³⁷ FEHLBAUM, CR-PI, p. 408.

⁵³⁸ SALVADE, Droit d'auteur et TIC, p. 24.

⁵³⁹ Katzenberger p. 31.

texte de l'art. 40 LDA. En effet, seule la gestion des droits exhaustivement énumérés par cet article est sujette au contrôle de la Confédération⁵⁴⁰. Pour synthétiser l'analyse, on peut inférer de l'art. 40 LDA que deux domaines de gestion doivent impérativement être surveillés par la Confédération et qu'à certaines conditions, la surveillance pourrait être étendue à d'autres domaines de gestion.

4.2.2.1 Les deux domaines impérativement surveillés

Premièrement, l'exercice de droits qui sont soumis à la gestion collective obligatoire doit impérativement se dérouler sous le contrôle étatique⁵⁴¹. Comme nous l'avons présenté au chapitre précédent⁵⁴², la gestion collective obligatoire concerne les droits exclusifs consacrés aux art. 22, 22a, 22b, 22c et 24b LDA, ainsi que les simples droits à rémunération⁵⁴³.

Deuxièmement, c'est dans le domaine de la musique non théâtrale que la gestion de certains droits exclusifs doit également impérativement être soumise à la surveillance de la Confédération, ceci dans certaines circonstances que nous nous apprêtons à expliciter. Aux termes de l'art. 40 al. 1 let. a LDA, les droits exclusifs visés sont le droit « d'exécution et de diffusion des œuvres musicales non théâtrales, ainsi que de confection de phonogrammes ou de vidéogrammes »⁵⁴⁴. De plus, selon la doctrine, la formulation de l'art. 40 al. 1 let. a LDA serait le fruit d'une inadvertance rédactionnelle⁵⁴⁵. En effet, la volonté du législateur devrait, en fait, être interprétée de sorte que la gestion des droits de mise en circulation, de rediffusion et de représentation en public⁵⁴⁶ sur des œuvres musicales non théâtrales soit également soumise à la surveillance⁵⁴⁷. Un silence qualifié est à exclure puisque, selon le CF, l'art. 40 al. 1 let. a LDA est sensé apporter le même degré de protection que ce que faisait la LPerc, abrogée en 1993 et remplacée par une protection unique au sein de la LDA de 1992⁵⁴⁸. Or, la LPerc prévoyait la surveillance des droits de mise en circulation, de rediffusion et de représentation en public. En revanche, il en découle également que la gestion du droit exclusif de mise à disposition (art. 10 al. 2 let. c LDA)⁵⁴⁹ n'est pas concernée par l'art. 40 al. 1 let. a LDA et n'est soumis à la surveillance que dans les cas précis visés par l'art. 22c LDA⁵⁵⁰. Pour rappel, la gestion des droits exclusifs sur des œuvres musicales non théâtrales, tels qu'ils sont prévus par l'art. 40 al. 1 let. a LDA, ne doit pas être considérée comme donnant lieu à une

⁵⁴⁰ BARRELET/EGLOFF, p. 255 ; FEHLBAUM, CR-PI, p. 408 ; REHBINDER/VIGANÒ, p. 178 ; BREM/SALVADÉ/WILD, SHK-URG, p. 496.

⁵⁴¹ Cf. art. 40 al. 1 let. a^{bis} et let. b LDA.

⁵⁴² *Supra* 3.1.2.2 et 3.1.2.3.

⁵⁴³ Cf. art. 13, 20 al. 2 et 3, 24c et 35 LDA.

⁵⁴⁴ Une présentation générale des droits exclusifs de communication (qui englobe le droit d'exécuter l'œuvre), de diffusion et de reproduction (qui englobe la confection d'exemplaires de l'œuvre sous forme de phonogrammes ou de vidéogrammes) a d'ores et déjà été effectuée. Cf. *supra* 2.2.

⁵⁴⁵ FEHLBAUM, CR-PI, p. 411 ; BARRELET/EGLOFF, p. 258 ; BREM/SALVADE/WILD, SHK-URG, p. 499 ; REHBINDER/VIGANO, p. 181.

⁵⁴⁶ *Supra* 2.2.

⁵⁴⁷ FEHLBAUM, CR-PI, p. 411

⁵⁴⁸ *Ibid.* Cf. Message LDA 1989, 538.

⁵⁴⁹ *Supra* 2.2.4.

⁵⁵⁰ BARRELET/EGLOFF, p. 257 ; FEHLBAUM, CR-PI, p. 410-411.

gestion collective obligatoire⁵⁵¹. Dans cette perspective, l'art. 40 al. 3 LDA prescrit que lorsqu'une gestion individuelle des droits exclusifs prévus à l'art. 40 al. 1 let. a LDA est entreprise « par l'auteur lui-même ou par ses héritiers », cette gestion « n'est pas soumise à la surveillance de la Confédération »⁵⁵². Par conséquent, la gestion collective ne peut pas être obligatoire dans ce cas puisque la gestion individuelle est possible. Comme il ne peut y avoir de gestion individuelle que si elle est entreprise par l'auteur lui-même ou par ses héritiers, l'art. 40 LDA serait violé si ces personnes n'assuraient pas la gestion personnellement en déléguant tout ou partie à une maison d'édition, à une société de production ou à une société étrangère non soumise à la surveillance⁵⁵³. Comme nous l'avons déjà mentionné, le titulaire originaire des droits d'auteur peut parfaitement transmettre tout ou partie de ses droits patrimoniaux à un tiers, tiers qui en deviendra le titulaire dérivé. Or, il ressort de l'art. 40 al. 3 LDA que ce titulaire dérivé n'est pas habilité à gérer individuellement les droits exclusifs de l'art. 40 al. 1 let. a LDA⁵⁵⁴. Dès lors, le titulaire dérivé de droits visés par l'art. 40 al. 1 let. a LDA se verra contraint, en raison du monopole de fait des sociétés de gestion, de recourir à la gestion collective, à moins qu'il décide de renoncer totalement à l'exploitation de ces droits. Même si du point de vue de la source de l'obligation, on ne peut pas rattacher cette situation à un cas de gestion collective obligatoire, dans les faits, c'est pratiquement comme si cela en était un puisque toute exploitation de ces droits par le titulaire dérivé impliquera de passer par la société de gestion compétente, à savoir la SUISA.

4.2.2.2 L'insécurité juridique générée par une possibilité d'extension

En outre, il n'est pas impossible qu'à certaines conditions, la surveillance puisse être étendue par le CF à « d'autres domaines de gestion, si l'intérêt public l'exige »⁵⁵⁵. Cette délégation de compétences⁵⁵⁶ permettant de faire évoluer de la sorte les domaines de surveillance est contestée et contestable car elle donne lieu à une certaine insécurité juridique et doit donc, en contrepartie, se faire dans le plus strict respect des principes constitutionnels⁵⁵⁷. En tous les cas, elle ne peut « concerner que les domaines dont la gestion

⁵⁵¹ *Supra* 3.1.2.4.1.

⁵⁵² Art. 40 al. 3 LDA. On peut regretter que le texte légal dans ses versions germanophone et italophone soit plus précis que son équivalent dans sa version francophone, puisque celles-ci prévoient « die persönliche Verwertung » et « la gestion personnelle », alors que celle-là parle simplement de « gestion ».

⁵⁵³ DESSEMONTET, PI et contrats de licence, p. 155 ; BARRELET/EGLOFF, p. 261 ; FEHLBAUM, CR-PI, p. 414.

⁵⁵⁴ GOVONI/STEBLER, p. 455 ; BREM/SALVADE/WILD, SHK-URG, p. 501-502 ; REHBINDER/VIGANO, p. 180 ; FEHLBAUM, CR-PI, p. 414 ; BARRELET/EGLOFF, p. 262.

⁵⁵⁵ Art. 40 al. 2 LDA.

Par exemple, le CF avait utilisé cette possibilité pour insérer un article 17a dans l'ODAu (dans sa version avant la révision partielle du droit d'auteur en 2008) qui prévoyait d'étendre la surveillance fédérale à l'exercice de certains droits exclusifs servant exclusivement à rendre certaines œuvres publiées accessibles aux personnes handicapées et pour autant que les droits soient exercés dans un but non lucratif. Cf. art. 17a aODAu. Dans le droit actuellement en vigueur, cet article a été remplacé par l'art. 24c LDA qui consacre un simple droit à rémunération. Cf. FEHLBAUM, CR-PI, p. 412-413.

⁵⁵⁶ GOVONI/STEBLER, p. 456.

⁵⁵⁷ FEHLBAUM, CR-PI, p. 413 ; BARRELET/EGLOFF, p. 259-261.

GOVONI/STEBLER, p. 456 vont même jusqu'à avancer que l'al. 2 de l'art. 40 LDA constitue l'une des dispositions les plus contestables du droit de la gestion collective !

collective s'est établie de manière volontaire »⁵⁵⁸. En effet, pour étendre la gestion collective obligatoire à d'autres droits exclusifs que ceux énumérés à l'art. 40 al. 1 let. a^{bis} et let. b, de nouvelles dispositions matérielles devraient être insérées dans la LDA, ce qui est de la compétence unique du législateur et en aucun cas du CF⁵⁵⁹. De plus, l'insécurité juridique évoquée plus haut et découlant de l'art. 40 al. 2 LDA doit toutefois être relativisée puisqu'en réalité, « seuls des domaines marginaux sont encore susceptibles d'être soumis à une extension de la surveillance »⁵⁶⁰.

4.2.2.3 Délimitation avec les domaines non assujettis à la surveillance

A contrario, la gestion de tous les droits qui ne sont pas visés par l'art. 40 LDA n'a pas à être surveillée. Ainsi, les activités résultant de la gestion collective facultative ou de la gestion individuelle peuvent être exercées en toute liberté, c'est-à-dire sans ingérence⁵⁶¹ étatique dans la gestion administrative ou sans obligation d'établir des tarifs mais, en contrepartie, ces activités doivent être entreprises dans le respect de la LCart. Afin que la surveillance puisse être exercée correctement et à moindres coûts, il est du devoir des sociétés de gestion de s'assurer que les autorités de surveillance puissent avoir un accès direct aux informations relatives à l'exploitation des droits soumis à surveillance, objectif qui ne peut être atteint que si elles s'assurent de séparer consciencieusement ces informations des autres informations qui ne doivent pas être communiquées⁵⁶².

4.2.3 Le contrôle sur la gestion administrative

Comme nous l'avons expliqué au début de chapitre, il existe une double surveillance. La surveillance sur la gestion administrative en est le premier volet. En vertu de l'art. 52 LDA, la surveillance sur la gestion « incombe à l'IPI ». Etablissement de droit public de la Confédération, l'IPI fonctionne de manière autonome et, ce faisant, il prélève des taxes sur « l'octroi d'autorisations et la surveillance des sociétés de gestion collective »⁵⁶³. Nous nous limiterons à aborder la question du contenu⁵⁶⁴ de la surveillance. Les aspects procéduraux ne seront, quant à eux, pas présentés en détail. Sommairement, on peut simplement préciser que les mesures et décisions prises par l'IPI relèvent de la procédure administrative⁵⁶⁵.

Quant au contenu de la surveillance sur la gestion, celle-ci implique principalement de contrôler que l'activité des sociétés de gestion à l'*interne* soit exécutée conformément à la loi, dans les relations qu'elles peuvent avoir tant avec les titulaires de droits d'auteur qu'avec les

⁵⁵⁸ FEHLBAUM, CR-PI, p. 412.

⁵⁵⁹ BREM/SALVADÉ/WILD, SHK-URG, p. 501.

⁵⁶⁰ FEHLBAUM, CR-PI, p. 413.

⁵⁶¹ BARRELET/EGLOFF, p. 255.

⁵⁶² BREM/SALVADÉ/WILD, SHK-URG, p. 496.

⁵⁶³ Art. 1 et 13 al. 1 LIPI. Voir également : Règlement des taxes de l'IPI, RS. 232.148.

⁵⁶⁴ A cet égard, le libellé de l'art. 53 LDA est intitulé « étendue de la surveillance ». En réalité, il vise plutôt le contenu de la surveillance. Cf. BREM/SALVADÉ/WILD, SHK-URG, p. 558 ; FEHLBAUM, CR-PI, p. 460.

⁵⁶⁵ Notamment, voir l'art. 54 LDA qui constitue une *lex specialis* par rapport à la PA et qui prévoit les mesures à adopter au cas où une société de gestion violerait ses obligations. Cf. FEHLBAUM, CR-PI, p. 463. De plus, l'art. 74 LDA ouvre la voie d'un recours au TAF contre les décisions de l'autorité de surveillance.

sociétés-sœurs étrangères ou nationales⁵⁶⁶. Le régime d'autorisation auquel sont soumises les sociétés de gestion constitue la première barrière de surveillance⁵⁶⁷. L'ensemble des conditions énumérées à l'art. 42 al. 1 LDA doivent être remplies pour pouvoir obtenir ou renouveler une autorisation de l'IPI. Cependant, ce contrôle ne peut constituer une garantie suffisante à lui seul⁵⁶⁸. En effet, une deuxième barrière de surveillance est nécessaire. L'IPI doit également s'assurer du bon respect des obligations légales des sociétés de gestion et surveiller l'activité de celles-ci⁵⁶⁹. Néanmoins, il ne serait pas souhaitable que l'IPI intervienne dans la gestion au quotidien⁵⁷⁰, gestion qui relève d'ailleurs de l'autonomie privée des sociétés de gestion⁵⁷¹. C'est pourquoi, l'IPI se contentera de contrôler les deux documents essentiels que sont le rapport d'activité et le règlement de répartition⁵⁷². Le règlement de répartition est un document qui contient les règles prévoyant « comment les redevances encaissées sont rétrocédées aux bénéficiaires »⁵⁷³. S'agissant du rapport d'activité, l'IPI a édicté une directive⁵⁷⁴ qui prévoit, notamment, quel doit en être le contenu⁵⁷⁵. Cette directive prévoit que, puisque l'organe de révision des sociétés de gestion a de toute façon l'obligation de vérifier les informations de détails, l'IPI peut se limiter à établir la plausibilité d'une gestion conforme à la loi et aux statuts⁵⁷⁶. C'est sur cette base que le rapport d'activité qui est établi annuellement doit être approuvé par l'IPI⁵⁷⁷. La doctrine majoritaire est d'avis que l'IPI peut également décider de l'intensité du contrôle à mettre en place lors d'éventuelles modifications des statuts de la société de gestion, si celles-ci interviennent avant la fin de la période pour laquelle l'autorisation étatique est octroyée puisque, selon l'art. 42 al. 1 let. e LDA, la conformité des statuts à la loi est une condition à l'octroi de cette autorisation⁵⁷⁸. De plus, sur plainte⁵⁷⁹, l'IPI examinera s'il existe des anomalies particulières dans la gestion⁵⁸⁰.

A noter que lorsque des déductions sociales et culturelles sont affectées à des fondations spécialement créées pour les gérer, ces fondations ne sont pas soumises à la surveillance de l'IPI mais doivent répondre de leur gestion devant l'autorité fédérale de

⁵⁶⁶ FEHLBAUM, CR-PI, p. 457 ; GOVONI/STEBLER, p. 501.

⁵⁶⁷ Cf. Art. 41-43 LDA.

⁵⁶⁸ FICSOR, OMPI, p. 147.

⁵⁶⁹ FEHLBAUM, CR-PI, p. 460 ; art. 53 al. 1 et al. 2 LDA.

⁵⁷⁰ Cf. FICSOR, OMPI, p. 147-148.

⁵⁷¹ FEHLBAUM, CR-PI, p. 463.

⁵⁷² Voir : < <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/gestion-collective.html>>; art. 53 al. 1 LDA ; art. 48 al. 1 LDA ; BARRELET/EGLOFF, p. 307.

⁵⁷³ SALVADE, CR-PI, p. 441. Ces règles doivent être conformes à l'art. 49 LDA.

⁵⁷⁴ La faculté de l'IPI d'édicter des directives découle de l'art. 53 al. 2 LDA qui lui permet d' « édicter des instructions sur l'obligation de renseigner (art. 50 LDA) ».

⁵⁷⁵ Voir : < https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/d/20080213_weisung_aufsicht.pdf>.

⁵⁷⁶ Voir : < <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/gestion-collective.html>>.

⁵⁷⁷ Art. 50 et 53 al. 1 LDA.

⁵⁷⁸ GOVONI/STEBLER, p. 504 ; FEHLBAUM, CR-PI, p. 462 ; BREM/SALVADÉ/WILD, SHK-URG, p. 558.

Contra : BARRELET/EGLOFF, p. 307-308.

⁵⁷⁹ Une application par analogie de l'art. 71 PA conduit à conférer la qualité de *dénonciateur* à quiconque dépose plainte à l'IPI pour contester une mesure prise par une société de gestion. Cf. SALVADE, Droit d'auteur et TIC, p. 26, note de bas de page N 158.

⁵⁸⁰ Voir : < <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/gestion-collective.html>>.

surveillance des fondations⁵⁸¹. Néanmoins, que les montants socio-culturels soient reversés à une fondation juridiquement indépendante ou qu'ils soient affectés à un fond directement géré par la société de gestion, l'IPI pourra de toute façon prendre connaissance du montant de ces déductions au moment où il devra approuver le règlement de répartition de la société de gestion ou, directement, en requérant spécifiquement des renseignements auprès de la société de gestion conformément aux art. 53 al. 2 et 50 LDA⁵⁸².

Par ailleurs, on notera que les rouages de la surveillance exercée par l'IPI sur les sociétés de gestion ont eux-mêmes dernièrement été évalués par le Contrôle fédéral des finances (CDF)⁵⁸³ qui est « l'organe suprême de la Confédération en matière de surveillance financière »⁵⁸⁴. Le CDF a rédigé un rapport dans lequel il a formulé quatre principales recommandations d'amélioration de la surveillance de l'IPI⁵⁸⁵.

4.2.4 Le contrôle sur les tarifs

Le deuxième volet de la surveillance porte sur les tarifs. Nous aborderons ce deuxième volet en expliquant d'abord en quoi consistent les tarifs. Nous poursuivrons en donnant un éclairage sur l'autorité de surveillance compétente en matière de tarifs. Finalement, nous expliquerons comment cette autorité s'y prend pour contrôler les tarifs.

Nous avons déjà expliqué que les sociétés de gestion ont l'obligation d'établir des tarifs dont les conditions servent de base aux rémunérations perçues pour l'utilisation de droits assujettis à la surveillance de la Confédération⁵⁸⁶. C'est le moment également de rappeler que ces tarifs constituent uniquement des actes juridiques de nature privée⁵⁸⁷, bien que leur procédure d'adoption fasse, en partie, l'objet de dispositions de nature administrative. Un tarif ne saurait être assimilé à une *offre* de contracter⁵⁸⁸. En effet, un tarif n'est pas à lui seul suffisant pour décrire précisément « tous les éléments objectivement essentiels du contrat » mais vise plutôt à informer les parties prenantes⁵⁸⁹. Ceci même si, en sus de fixer la quotité de la redevance à payer, les tarifs règlent « d'autres aspects de l'encaissement », tels que les différentes échéances à respecter et informations à fournir en amont de la perception,

⁵⁸¹ GOVONI/STEBLER, p. 491 ; BARRELET/EGLOFF, p. 291

⁵⁸² Ibid.

⁵⁸³ Voir : < <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/gestion-collective.html> >.

⁵⁸⁴ Art. 1 al. 1 LCF.

⁵⁸⁵ Les deux premières concernent le fonctionnement de l'IPI lui-même qui est invité à adopter un code de conduite à l'attention de ses employés et à étudier la possibilité de générer davantage de revenus de ses activités de surveillance afin d'en couvrir les coûts. La recommandation probablement la plus importante est celle qui tend à renforcer le contrôle sur les frais de gestion au sein des sociétés de gestion, plus précisément sur leur caractère raisonnable compte tenu de la structure et de la clientèle de chaque société. Finalement, le CDF formule une critique sur un dysfonctionnement en matière de prévoyance professionnelle qui était survenu dans la société PROLITTERIS mais qui a depuis été corrigé. Cf. Rapport CDF.

⁵⁸⁶ Art. 46 al. 1 LDA ; *Supra* 3.3.

⁵⁸⁷ SALVADE, Droits à rémunération, p. 453.

⁵⁸⁸ SALVADE, CR-PI, p. 433.

⁵⁸⁹ MORIN, CR-CO I, p. 72.

les conséquences d'éventuels manquements⁵⁹⁰, la durée de validité du tarif et le cercle d'utilisateurs concernés⁵⁹¹. Il faut aussi être attentif au fait que l'autonomie de la volonté des sociétés de gestion ne peut pas être illimitée. Les tarifs doivent céder le pas aux dispositions impératives légales et ne doivent pas s'écarter de leur fonction, à savoir encadrer le recouvrement de redevances⁵⁹². Par ailleurs, un tarif n'est pas forcément établi par une seule société de gestion. Lorsque deux ou plusieurs sociétés de gestion élaborent ensemble un tarif, on parle de *tarif commun*⁵⁹³. L'avantage de n'être confrontés qu'à un seul front de revendications permet notamment aux utilisateurs d'éviter que « des modalités de paiement différentes » leurs soient imposées⁵⁹⁴. La multiplication des possibilités d'utilisation des œuvres et prestations, ainsi que le vaste répertoire d'œuvres et de prestations existantes, ont eu pour conséquence que les tarifs n'ont eu de cesse de fleurir depuis l'adoption de la révision totale de la LDA en 1992. La prolifération et la complexification des tarifs sont telles à l'heure actuelle qu'on parle parfois carrément de « jungle tarifaire »⁵⁹⁵. A cet égard, nous soulignons qu'en dépit des avantages qu'on peut reconnaître à la palette de tarifs existants⁵⁹⁶, les sociétés de gestion se positionnent généralement en faveur d'une simplification du système tarifaire⁵⁹⁷. En outre, comme les supports permettant d'utiliser les œuvres n'arrêtent pas d'évoluer au gré de l'innovation technologique, une révision régulière des tarifs s'impose⁵⁹⁸.

Si l'IPI est chargé de surveiller la bonne gestion administrative au sein des sociétés de gestion, il n'a, par contre, pas à intervenir dans l'établissement des tarifs. Une autre autorité de surveillance a été spécialement constituée afin de contrôler les tarifs selon une procédure prévue dans la LDA⁵⁹⁹. Il s'agit de la Commission arbitrale fédérale (CAF). Contrairement à ce que son nom pourrait laisser présumer, elle n'est pas une instance arbitrale qui fonctionne comme un organe privé de résolution des litiges, en lieu et place de la justice étatique⁶⁰⁰. Au contraire, la CAF est une autorité administrative qui a été dotée de moyens semblables à ceux

⁵⁹⁰ A cet égard, il serait possible de prévoir une clause pénale assortie d'une peine conventionnelle dans un tarif. Cf. SALVADE, CR-PI, p. 433-434.

⁵⁹¹ SALVADE, Droits à rémunération, p. 453 ; SALVADE, CR-PI, p. 433. Les tarifs sont disponibles sur les sites des sociétés de gestion concernées.

⁵⁹² SALVADE, CR-PI, p. 433.

⁵⁹³ L'art. 47 LDA prévoit que si des sociétés de gestion « exercent leur activité dans le même domaine d'utilisation d'œuvres ou de prestations d'artistes interprètes (prestations), elles établissent selon des principes uniformes un seul et même tarif pour chaque mode d'utilisation et désignent l'une d'entre elles comme organe commun d'encaissement ». Cf. *supra*, 3.1.3.3.

⁵⁹⁴ PROLITTERIS, p. 6.

⁵⁹⁵ SALVADE, Droit d'auteur et TIC, p. 28.

⁵⁹⁶ Par exemple, plus le nombre de tarifs est élevé, plus leur contenu est en général précis et spécifique, ce qui offre l'avantage de mieux cerner les besoins individuels de chaque groupe d'utilisateurs et/ou groupe d'ayants droit. Cf. *ibid.*

⁵⁹⁷ *Ibid.* Voir également : réponse SUISSIMAGE question N 7 et réponse SUIISA question N 7.

Une liste des tarifs applicables à l'exploitation des droits soumis à la surveillance de la Confédération peut être consultée à l'adresse suivante :

<<http://www.swisscopyright.ch/fr/recettes-et-repartition/tarifs/vue-densemble.html>>.

⁵⁹⁸ Voir : <<http://www.swisscopyright.ch/fr/recettes-et-repartition/tarifs/evolutions-actuelles.html>>.

⁵⁹⁹ Cf. Principalement, les art. 46 al. 3, 55 et 59 LDA.

⁶⁰⁰ DESSEMONTET, PI et contrats de licence, p. 166.

d'une autorité judiciaire⁶⁰¹. Son siège se trouve à Berne⁶⁰². Les modalités relatives à l'organisation de la CAF et à la procédure à suivre devant elle sont réglées dans l'ODAu⁶⁰³. En revanche, la composition générale de la CAF et sa composition spécifique lorsqu'elle siège, ainsi que la question de la surveillance exercée par le DFJP, sont directement traitées aux art. 56-58 LDA. Comme le CF nomme au sein de la CAF des membres proposés par les sociétés de gestion et d'autres proposés par les associations représentatives d'utilisateurs, en plus des membres proposés par le DFJP, la CAF est qualifiée « d'organe paritaire »⁶⁰⁴. De plus, il nous semble également important d'insister sur l'indépendance dont doit faire preuve la CAF⁶⁰⁵. Cette indépendance présuppose que ses membres puissent être considérés comme neutres et ne soient pas liés par d'éventuelles instructions extérieures⁶⁰⁶. Si disfonctionnement ou contestation sur le fond d'une décision de la CAF il doit y avoir, un recours peut être déposé devant le TAF⁶⁰⁷. Dans ce cas, la singularité d'un tel recours est qu'il n'est pas doté de l'effet suspensif, sauf décision contraire du juge instructeur⁶⁰⁸. Cette singularité est justifiée par la nécessité d'éviter « une situation de vide tarifaire »⁶⁰⁹. A noter aussi que les décisions du TAF en matière de tarifs n'ont en principe qu'un effet cassatoire⁶¹⁰. Conformément à l'art. 86 al. 1 let. a LTF, un recours contre les décisions du TAF peut ensuite être intenté devant le TF⁶¹¹.

Avant de saisir la CAF pour faire approuver un tarif, les sociétés de gestion doivent préalablement se lancer dans une phase de négociation avec les associations représentatives des utilisateurs⁶¹². Une fois les négociations terminées de par la volonté des parties ou de par

⁶⁰¹ SALVADE, CR-PI, p. 467 ; DESSEMONTET, PI et contrats de licence, p. 167.

Dans le même sens, GOVONI/STEBLER, p. 510 relèvent à propos de la CAF que « ihre Funktion ist die einer Aufsichtsbehörde, aber gemäss den Organisations- und Verfahrensvorschriften sowie der [...] bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfüllt sie diese Aufgabe zumindest teilweise mit den Mitteln einer Justizbehörde ».

⁶⁰² Art. 6 ODAu.

⁶⁰³ Art. 55 al. 2 LDA. Cf. art. 1-16d ODAu.

⁶⁰⁴ SALVADE, Droit d'auteur et TIC, p. 27 ; SALVADE, CR-PI, p. 469. Cf. art. 56 al. 2 LDA et art. 1 ODAu.

⁶⁰⁵ Art. 55 al. 3 LDA.

⁶⁰⁶ Ibid. ; SALVADE, Tarifs, p. 94 ; SALVADE, CR-PI, p. 470. Sur la question de l'indépendance voir notamment : ATF 133 II 263 = JdT 2007 I 146, consid. 3-5.

⁶⁰⁷ Art. 74 al. 1 LDA.

⁶⁰⁸ Art. 74 al. 2 LDA. Cet article doit être appliqué en lien avec l'art. 55 al. 5 PA qui prévoit la possibilité de cette exception. Voir notamment : TAF, 24 mai 2012, B-2210/2012, consid. 9, *in* : SALVADE, jurisprudence, p. 30.

⁶⁰⁹ SALVADE, Tarifs, p. 99.

⁶¹⁰ TAF, 3 janvier 2012, B-1769/2010, consid. 2.2 et TAF, 14 mai 2012, B-3896/2011, consid. 2.2, *in* : SALVADE, jurisprudence, p. 27-29.

⁶¹¹ En revanche, aucune singularité n'est à relever devant le TF puisque la règle veut qu'en général le recours déposé devant lui n'ait pas d'effet suspensif. Cf. art. 103 LTF. Dès lors que les décisions du TAF n'ont généralement qu'un effet cassatoire, il devrait en aller de même pour celles du TF.

⁶¹² Art. 46 al. 2 LDA. Il ne ressort nullement de la LDA que les titulaires de droits d'auteur doivent quant à eux être invités à la table des négociations, la qualité pour recourir contre l'approbation d'un tarif leur a en revanche été reconnue par le TF, ceci aux conditions de l'art. 48 PA. Cf. ATF 135 II 172 = JdT 2010 I 639. Alors qu'on peut présumer que les sociétés de gestion mèneront des négociations de la manière la plus favorable aux ayants droit qu'elles représentent, GILLIERON, p. 115, salue la décision du TF précitée dans la mesure où elle reconnaît un intérêt digne de protection à recourir à des titulaires de droit qui, à défaut, pourraient dans certaines situations avoir le sentiment de n'avoir aucun contrôle sur le montant de la rémunération à laquelle ils ont le droit de prétendre. SALVADE, CR-PI, p. 435 relève le caractère très spécifique de cette décision et doute que la qualité de

la potentielle impasse des discussions, le projet de tarif doit être porté devant la CAF⁶¹³. Dans la mesure où la surveillance des tarifs peut être considérée comme un régime spécial fédéral de surveillance des prix, l'art. 15 al. 2^{bis} LSPr commande que le Préposé à la surveillance des prix soit uniquement *informé* de la teneur du tarif à approuver, ceci avant que la CAF ne se prononce⁶¹⁴. Dans le cas où les parties ont trouvé un terrain d'entente lors des négociations, la CAF est quasiment « liée par la volonté commune des parties »⁶¹⁵ et procède à une approbation « purement formelle » du tarif en cause⁶¹⁶. Ainsi, dans ce cas, « la nature privée du droit d'auteur » l'emporte⁶¹⁷. Quant au Préposé à la surveillance des prix, en pratique, il renonce à se prononcer dans cette hypothèse⁶¹⁸. Au contraire, si les parties n'arrivent pas à accorder leurs violons, ni lors des négociations préalables ni lors de la phase d'audition devant la CAF, cette dernière doit entrer en délibération⁶¹⁹. Dans de telles circonstances, le Préposé à la surveillance des prix émet un « avis consultatif »⁶²⁰ que la CAF doit mentionner dans sa décision, tout en étant pleinement libre de s'en écarter à la condition de motiver son choix⁶²¹.

Hormi ces quelques précisions, nous ne nous plongerons pas davantage dans des abysses procéduraux mais nous focaliserons maintenant sur la pierre angulaire du travail de la CAF, à savoir d'établir l'équité d'un tarif. En effet, la LDA prévoit que la CAF ne peut approuver un tarif que s'il est « équitable dans sa structure et dans chacune de ses clauses »⁶²². Si la CAF considère que le tarif qui lui est soumis et pour lequel aucun accord n'a été trouvé n'est pas équitable, elle peut en vertu de l'art. 59 al. 2 LDA y apporter des modifications de fond. Néanmoins, on peut se douter que le caractère équitable d'un tarif n'est pas forcément aisé à établir dans le cas d'espèce et fait dans une large mesure appel au pouvoir d'appréciation des membres de la CAF. Même si la CAF en tant qu'autorité spécialisée peut se fonder sur ce pouvoir d'appréciation, il n'en reste pas moins que l'interprétation de l'équité d'un tarif est une question de droit qui peut pleinement être revue par les tribunaux supérieurs⁶²³. En tous les cas, la CAF ne peut donc s'écarter des règles énoncées à l'art. 60

partie puisse généralement être reconnue à des titulaires de droits d'auteur, là où la jurisprudence de la CAF ne confère pas à des utilisateurs membres d'une association cette même qualité.

Voir également : SALVADE, CR-PI, p. 434 sur la question de la représentativité d'une association d'utilisateurs ainsi que sur la question de l'absence d'association ou du nombre restreint d'utilisateurs.

Parmi les associations d'utilisateurs majeures on peut citer : DUN, Swisststream, Swissscale, Gastrosuisse, Hotelleriesuisse, FRC. Voir : < <http://www.swisscopyright.ch/fr/recettes-et-repartition/tarifs/parties.html>>.

⁶¹³ SALVADE, Tarifs, p. 95.

⁶¹⁴ Cf. SALVADE, CR-PI, p. 468.

⁶¹⁵ Ibid., p. 480.

⁶¹⁶ Ibid., p. 477 ; voir également l'art. 10 al. 3 et 11 ODAu.

Ce n'est que si des indices pouvaient convaincre la CAF que le tarif ne correspond pas « à ce qui aurait été obtenu par voie de contrat dans une situation de concurrence » que celle-ci procèdera à une analyse matérielle des conditions tarifaires. SALVADE, jurisprudence, p. 21 relatif à un arrêt du TAF, 21 février 2011, B-2346/2009 et aux décisions de la CAF, 3 octobre 2011 sur les « Tarif VI », « Tarif PA » et « Tarif commun L ».

⁶¹⁷ SALVADE, Tarifs, p. 98.

⁶¹⁸ SALVADE, CR-PI, p. 469.

⁶¹⁹ Art. 14 al. 1 ODAu.

⁶²⁰ SALVADÉ, CR-PI, p. 403.

⁶²¹ Ibid., p. 468 ; Art. 15 al. 2^{ter} LSPr.

⁶²² Art. 59 al. 1 LDA.

⁶²³ TF, 2C_146/2012 du 20.8.2012, consid. 2.2, in : SALVADE, jurisprudence, p. 31.

LDA. D'une part, l'art. 60 al. 1 LDA prévoit « une liste non exhaustive de critères obligatoires et cumulatifs »⁶²⁴ pour calculer la redevance. A cet égard, les trois critères suivants doivent être pris en compte pour la fixation de la redevance⁶²⁵. Premièrement, il faut essayer d'établir les recettes obtenues par l'utilisateur grâce à l'utilisation du bien protégé par le droit d'auteur ou les frais que cette utilisation occasionne pour lui (art. 60 al. 1 let. a LDA)⁶²⁶. Deuxièmement, il faut déterminer le nombre et le genre de biens protégés par le droit d'auteur (art. 60 al. 1 let. b LDA). Le troisième critère, tel qu'il est exprimé à l'art. 60 al. 1 let. c LDA, nous paraît un peu plus difficile à comprendre, c'est pourquoi nous allons l'expliquer ci-après. Il est connu sous le nom de *règle pro rata temporis*⁶²⁷. Il est relativement fréquent que des utilisations d'œuvres ou de prestations donnant lieu au paiement d'une redevance soient entreprises alors qu'une partie d'entre elles portent également sur un bien immatériel qui n'est pas protégé par le droit d'auteur. Ainsi, le tarif relatif à ces utilisations doit tenir compte du rapport qui existe dans l'utilisation entre bien protégé et bien non protégé⁶²⁸. A cet égard, un exemple proposé par BARRELET/EGLOFF peut aider à bien comprendre la *règle pro rata temporis*. Si l'on avait à déterminer l'indemnité prévue par un tarif établi sur les recettes obtenues par des utilisateurs d'émissions de radio ou de télévision, dont 10 pour cent du contenu n'était pas protégé par le droit d'auteur, il faudrait imputer ce même pourcentage sur le calcul final de l'indemnité⁶²⁹.

D'autre part, l'art. 60 al. 2 LDA prescrit que la redevance soit « fixée de manière à ce qu'une gestion rationnelle procure aux ayants droit une rémunération équitable »⁶³⁰. Une règle historiquement instaurée dans une résolution de la CISAC des années trente⁶³¹ suscite la controverse depuis que ladite règle a été reprise dans la loi suisse. Cette règle prévoit que la redevance maximale pour les droits d'auteur s'élève *en général* « à 10% de la recette d'utilisation ou des frais occasionnés par cette utilisation »⁶³². Concernant les droits voisins, le droit suisse articule un maximum de 3% sur la même base de calcul⁶³³. De l'avis de certaines sociétés de gestion, la fixation de ces plafonds maximaux dessert les titulaires de droits d'auteur, du moins suffisamment pour qu'elles l'invoquent comme une des causes majeures de

⁶²⁴ SALVADE, CR-PI, p. 483. Cf. Art. 60 al. 1 let. a, b et c LDA.

⁶²⁵ Selon BARRELET/EGLOFF, p. 326-327, en se basant sur ces trois critères, il est aussi possible d'accorder des rabais sur les redevances tarifaires ou, au contraire, de les grever d'un supplément. De plus, des redevances forfaitaires peuvent également être établies pour des raisons pratiques.

⁶²⁶ A cet égard, nous rendons le lecteur très attentif à une conséquence de ce critère qui a été mise en lumière dans une des réponses à notre Questionnaire. Cf. Réponse SUISSIMAGE question N 9, qui précise que « comme la recette de l'utilisation ou les frais occasionnés par l'utilisation sont la base du calcul [...] la baisse des prix automatiquement a pour conséquence aussi une baisse des rémunérations », ce qui risque de mettre en danger le caractère équitable de la rémunération.

⁶²⁷ FEHLBAUM, CR-PI, p. 487 ; MEIER, p. 76 ; BARRELET/EGLOFF, p. 332.

⁶²⁸ Ibid.

⁶²⁹ BARRELET/EGLOFF, p. 332. Voir également ce que ces auteurs expliquent sur la « règle du ballet » qui n'est rien d'autre qu'une application par analogie de la *règle pro rata temporis* à des œuvres ou prestations entièrement protégées par le droit d'auteur mais dont seule une partie des droits est assujettie à la surveillance de la Confédération. Cf. BARRELET/EGLOFF, p. 332-333.

⁶³⁰ Art. 60 al. 2 *in fine* LDA.

⁶³¹ MARBACH/RIVA, p. 95

⁶³² Art. 60 al. 2 LDA.

⁶³³ Ibid.

l'insuffisance de la rémunération de ceux-ci⁶³⁴. Tout particulièrement, le maximum de 3% pour les droits voisins serait « beaucoup trop bas en comparaison avec les domaines où l'ayant droit peut négocier lui-même »⁶³⁵. Il faut préciser que le principe du droit à la rémunération équitable est consacré explicitement en droit international aux art. 11^{bis} al. 2 CB et 15 WPPT⁶³⁶. Les plafonds fixés par l'art. 60 al. 2 LDA, bien qu'ils contribuent à niveller par le bas la rémunération, ne sont pas pour autant incompatibles avec le principe d'équité énoncé dans les conventions internationales⁶³⁷. En effet, la jurisprudence a confirmé l'absence d'incompatibilité avec, pour justification, la possibilité qu'il existe de dépasser ces plafonds lorsque « cela est nécessaire pour que les redevances soient équitables au regard des valeurs du marché réelles ou hypothétiques »⁶³⁸. Il faut se rappeler ici que le but principal de la surveillance est de contrecarrer un éventuel abus de position dominante des sociétés de gestion⁶³⁹. Dès lors, le critère d'équité ne peut être apprécié qu'à l'aune des conditions qui existeraient sur un marché concurrentiel⁶⁴⁰. A défaut, cela risquerait d'aller à l'encontre du but même de la surveillance⁶⁴¹. Ainsi, il en découle aussi que lorsqu'il n'est pas possible d'établir qu'un tarif aurait été équitable dans un marché libre, les plafonds légaux prévus à l'art. 60 al. 2 LDA font office de principal critère de référence. En conclusion, on peut retenir, comme l'affirme DESSEMONTET, que « le système suisse assure un plancher de rémunération qui assure une équité minimale »⁶⁴².

Chapitre 5 Les cinq sociétés de gestion suisses : analyse de quelques questions choisies

Alors que les quatre premiers chapitres de notre travail ont fait office de présentation générale des tenants et aboutissants de la gestion collective, socle théorique qu'il était indispensable de solidement sceller, nous prendrons la liberté dans ce cinquième et dernier chapitre d'adopter un angle de vue plus pratique et donc un peu moins doctrinal. Ainsi, ce dernier chapitre peut être appréhendé comme une sorte de partie spéciale de notre travail. Nos développements seront largement fondés sur les réponses que nous avons recueillies à notre questionnaire ainsi que sur les statuts et rapports annuels des cinq sociétés de gestion. Tout d'abord, nous proposerons une description générale des cinq sociétés de gestion. Celle-ci sera agrémentée de données statistiques. Puis, nous tenons à traiter de quelques questions centrales relatives aux sociétés de gestion sous l'angle du droit des sociétés et des contrats, ceci afin de mieux comprendre comment ces sociétés fonctionnent. Nous terminerons en dressant une

⁶³⁴ Cf. réponses SWISSPERFORM et PROLITTERIS question N 9. Voir également réponse SUISSIMAGE question N 9.

⁶³⁵ Réponse SWISSPERFORM question N 9. BARRELET/EGLOFF, p. 327-328 et BREM/SALVADE/WILD, SHK-URG, p. 587, semblent également déplorer le plafond de 3% généralement applicable aux droits voisins.

⁶³⁶ Cf. TAF, 2 juillet 2013, B-2612/2011, consid. 3.1.1, *in* : SALVADE, jurisprudence, p. 44.

⁶³⁷ Cf. TAF, 2 juillet 2013, B-2612/2011, consid. 7.3-7.4, *in* : SALVADE, jurisprudence, p. 44-45.

⁶³⁸ SALVADE, jurisprudence, p. 45 relatif à la décision du TAF, 2 juillet 2013, B-2612/2011, consid. 7.4.

⁶³⁹ *Supra* 4.2.1.

⁶⁴⁰ Cf. SALVADE, Tarifs, p. 101.

⁶⁴¹ Cf. SALVADE, Tarifs, p. 101.

⁶⁴² DESSEMONTET, PI et contrats de licence, p. 168.

sorte de bilan de la gestion collective en Suisse, exposant quelques questions connexes dont l'analyse nous apparaît cruciale pour construire le droit d'auteur de demain.

5.1 Présentation générale

Comme nous l'avons expliqué précédemment⁶⁴³, cinq sociétés de gestion se partagent le marché de la gestion collective en Suisse. Il s'agit des sociétés de gestion **SUISA**, **PROLITTERIS**, **SUISSIMAGE**, **SSA** et **SWISSPERFORM**. Chacune de ces sociétés est active dans la gestion de droits relatifs à certains types d'œuvres ou prestations dans des domaines bien particuliers du droit d'auteur, œuvres et prestations qui constituent son *répertoire*⁶⁴⁴.

5.1.1 SUISA

Plus ancienne et plus grande société de gestion suisse⁶⁴⁵, la SUISA dont le siège se trouve à Zurich est enregistrée au RC de ce canton conformément aux exigences de l'art. 830 CO⁶⁴⁶. Elle est inscrite sous la raison sociale de « SUISA, Coopérative des auteurs et éditeurs de musique »⁶⁴⁷. La SUISA s'occupe de gérer les droits sur les **œuvres musicales non théâtrales**⁶⁴⁸. Ainsi, selon les statuts de SUISA, les compositeurs et arrangeurs, les paroliers et traducteurs de textes mis en musique, les éditeurs, ainsi que les héritiers ou successeurs de ces personnes, peuvent confier à SUISA la gestion de leurs droits d'auteur⁶⁴⁹.

5.1.2 PROLITTERIS

C'est plus précisément sous la raison sociale « ProLitteris, Société suisse de droits d'auteur pour l'art littéraire et plastique, cooperative » qu'a été constituée cette société⁶⁵⁰. Le siège de PROLITTERIS est sis à Zurich⁶⁵¹. Son répertoire a trait à la gestion de droits sur des **œuvres littéraires, dramatiques, plastiques et photographiques**⁶⁵². Ainsi, la société octroie des autorisations d'utilisation, par exemple, sur des « romans, poèmes, essais, articles de journaux et de périodiques, photographies, pièces radiophoniques, scénarios de films »⁶⁵³. Il en résulte que les personnes pouvant confier à PROLITTERIS leurs droits d'auteur sont des écrivains, journalistes, auteurs scientifiques, plasticiens, photographes, auteurs dramatiques, éditeurs de livres, de journaux ou de périodiques, éditeurs d'art ou d'œuvres dramatiques et de musique de scène ou encore de simples détenteurs de droits sur des œuvres du répertoire de

⁶⁴³ *Supra* 1.3.

⁶⁴⁴ PROLITTERIS, p. 2.

⁶⁴⁵ *Infra* 5.1.6. Pour rappel, SUISA a initialement porté le nom de GEFA, ceci jusqu'en 1941. Cf. *supra* 1.3.

⁶⁴⁶ Statuts SUISA, art. 2.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, art. 1 et 2.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, art. 3.1. Voir *supra* 3.1.2.4 pour une brève explication de ce qui doit être considéré comme une œuvre musicale non théâtrale.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, art. 4.1.

⁶⁵⁰ Statuts PROLITTERIS, art. 1.

⁶⁵¹ *Ibid.*, art. 2.

⁶⁵² *Ibid.*, art. 3.1.

⁶⁵³ PROLITTERIS, p. 2.

PROLITTERIS⁶⁵⁴. A cet égard, le sociétariat de PROLITTERIS est divisé en quatre chambres⁶⁵⁵.

5.1.3 SUISSIMAGE

Enregistrée au RC du canton de Berne, son siège étant situé au sein de la capitale helvétique, cette société est enregistrée sous la raison sociale « SUISSIMAGE, Coopérative suisse pour les droits d'auteurs d'œuvres audiovisuelles »⁶⁵⁶. Les droits que SUISSIMAGE gère se limitent aux **œuvres audiovisuelles**⁶⁵⁷, telles que des « films cinématographiques, téléfilms, scénarios etc. »⁶⁵⁸. Ainsi, les auteurs d'une œuvre audiovisuelle, qu'ils soient dialoguistes, scénaristes ou réalisateurs, ainsi que les titulaires dérivés de droits d'auteur sur une œuvre audiovisuelle, tels que les producteurs ou distributeurs peuvent devenir membres de SUISSIMAGE⁶⁵⁹. Il en va de même des coauteurs ou des collaborateurs à une œuvre cinématographique comme les responsables de la photographie ou du montage, s'ils peuvent prouver que leur contribution à l'œuvre est suffisante pour leur conférer des droits d'auteur⁶⁶⁰. A noter également que les personnes morales « dont le but n'est pas le cinéma ou l'audiovisuel » ne peuvent devenir membres de cette société de gestion⁶⁶¹.

5.1.4 SSA

La SSA a adopté la raison sociale de « SOCIÉTÉ SUISSE DES AUTEURS, SOCIÉTÉ COOPERATIVE »⁶⁶². Elle est la seule société de gestion dont le siège est situé en suisse romande, plus précisément à Lausanne⁶⁶³. Le répertoire de droits qu'elle gère porte sur des **œuvres dramatiques, dramatico-musicales, chorégraphiques, audiovisuelles et multimédia**⁶⁶⁴. Par conséquent, les droits d'auteur sur les « films, scénarios, téléfilms, pièces radiophoniques, pièces de théâtre scéniques, opéras, comédies musicales » sont, par exemple, gérés par la SSA⁶⁶⁵. Dans cette optique, des dramaturges, des chorégraphes ou des scénaristes peuvent, par exemple, confier leurs droits à la SSA.

⁶⁵⁴ Statuts PROLITTERIS, art. 4.2.

⁶⁵⁵ Ibid., art. 4.6 et 4.1. Une première chambre regroupe les écrivains, auteurs dramatiques et plasticiens. Une deuxième chambre est dédiée aux photographes. Une troisième chambre se compose de journalistes et d'auteurs scientifiques. Finalement, une quatrième chambre est réservée aux éditeurs.

⁶⁵⁶ Statuts SUISSIMAGE, art. 1.

⁶⁵⁷ Ibid., art. 2.1.

⁶⁵⁸ PROLITTERIS, p. 3.

⁶⁵⁹ Statuts SUISSIMAGE, art. 3.1.

⁶⁶⁰ Ibid.

⁶⁶¹ Ibid.

⁶⁶² Ibid., art. 3.2.

⁶⁶³ Statuts SSA, art. 1.

⁶⁶⁴ Ibid., art. 2.

⁶⁶⁵ Ibid., art. 3.

⁶⁶⁵ PROLITTERIS, p. 3.

5.1.5 SWISSPERFORM

Cette société est la cadette des sociétés de gestion suisses, son année de fondation coïncidant pratiquement avec la dernière révision totale de la LDA⁶⁶⁶. Ayant son siège à Zurich et conformément à l'art. 61 al. 2 ch. 1 CC⁶⁶⁷, SWISSPERFORM est inscrite au RC du canton de Zurich. Elle y est simplement enregistrée sous le nom de SWISSPERFORM. Cette société de gestion se distingue des quatre autres à plusieurs égards. On remarque que, contrairement aux autres sociétés de gestion, son répertoire n'est pas attaché à un domaine particulier du droit d'auteur, tels que la musique, la littérature, le cinéma ou le théâtre mais dépend de la *personne* du titulaire des droits. En effet, SWISSPERFORM gère uniquement des **droits voisins**, à savoir les droits des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, ainsi que des organismes de diffusion⁶⁶⁸. Ainsi, par exemple, certains droits relatifs aux « interprétations des musiciens, chefs d'orchestre, comédiens » ou encore chanteurs ou danseurs sont gérés par SWISSPERFORM⁶⁶⁹.

5.1.6 Tableau : quelques données statistiques

Afin de permettre au lecteur de cerner plus concrètement l'activité et l'importance des sociétés de gestion, nous tenons à proposer un aperçu général pour l'année 2014 de quelques chiffres clés. Si la présentation sous forme de tableau encourage la comparaison, nous nous devons néanmoins d'émettre quelques réserves quant à celle-ci. Nos principales réserves portent sur la comparaison des frais de gestion. A cet égard, nous soulignons que SUISA, PROLITTERIS, SUISSIMAGE et SSA calculent leur frais de gestion sur l'ensemble de leurs recettes provenant de la gestion de droits d'auteur alors que SWISSPERFORM qui n'intervient généralement qu'en ce qui concerne la gestion collective obligatoire⁶⁷⁰, assujettie à la surveillance de la Confédération, les calcule uniquement sur ses recettes tarifaires. En outre, il faut être attentif au fait que chaque société de gestion peut prendre en compte, dans le calcul de son pourcentage de frais de gestion, d'autres frais ou des recettes annexes, ce qui peut, par conséquent, influencer le résultat final obtenu. En tous les cas, une raison majeure de ne pas se risquer à la comparaison des frais de gestion entre sociétés est que ces frais varient fortement en fonction des tâches spécifiques de chaque société et du nombre d'utilisateurs qui la sollicite⁶⁷¹. Au demeurant, nous précisons qu'en ce qui concerne les montants ensuite répartis aux ayants droit individuels après déduction des frais de gestion, leur importance varie sensiblement selon le taux d'utilisation d'œuvres ou prestations

⁶⁶⁶ *Supra* 1.3 et *infra* 5.1.6.

⁶⁶⁷ En effet, l'art. 2 al. 6 des Statuts SWISSPERFORM précise que cette société « gère les mandats qui lui sont confiés à la façon d'une entreprise commerciale ».

⁶⁶⁸ Statuts SWISSPERFORM, art. 2.

⁶⁶⁹ PROLITTERIS, p. 3.

⁶⁷⁰ Cf. *Supra* 3.1.2.1.

⁶⁷¹ Rapport final AGUR12, p. 24. Le rapport cite l'exemple de PROLITTERIS « qui doit intervenir chaque année auprès de 100'000 entreprises pour gérer les droits de reprographie au sens de l'art. 19, al. 1, let. b, LDA, ce qui occasionne des coûts plus importants que ceux des sociétés traitant avec un nombre limité d'exploitants ».

étrangères qui est faite⁶⁷² et selon le pourcentage de déductions socio-culturelles ou autres déductions retenues.

Vue d'ensemble des sociétés de gestion suisses (année 2014)					
	<i>SUISA</i>	<i>PROLITTERIS</i>	<i>SUISSIMAGE</i>	<i>SSA</i>	<i>SWISSPERFORM</i>
Année de fondation	1924	1974	1981	1985	1993
Nombre de membres	34'294	11'050	3'146	2712	13'767
Nombre d'employés	204 employés (pour 176 poste à 100 %)	32 employés (dont plusieurs postes à temps partiel)	36 employés (pour 26,7 postes à 100 %)	22 employés (pour 17,9 postes à 100 %)	19,39 employés (pour 16,04 postes à 100 %)
Recettes de la gestion des droits d'auteur (en Suisse et à l'étranger) (arrondies au millier)	141'319'000 CHF	34'171'000 CHF	62'900'000 CHF	21'334'000 CHF	48'891'000 CHF (recettes tarifaires brutes)
Frais de gestion	12,3 % (des recettes de la gestion des droits d'auteur)	23,3 % (des recettes de la gestion des droits d'auteur) (20.1 % en moyenne sur les années 2012-2014)	4,54 % (des recettes totales issues des droits d'auteur) (au titre de charge d'exploitation selon le rapport annuel 2014)	14,29 % (des recettes de la gestion des droits d'auteur)	7,88 % (des recettes tarifaires brutes)

Source: Rapport CDF, 2.2 tableau, *modifié*; SUISA rapport annuel 2014; PROLITTERIS rapport annuel 2014; SUISSIMAGE rapport annuel 2014; SSA rapport annuel 2014; SWISSPERFORM rapport annuel 2014; Réponses SUISA, PROLITTERIS, SUISSIMAGE, SSA, SWISSPERFORM questions N 1-2 et N 10.

5.2 Des personnes morales organisées

Nous commencerons par rappeler quelques notions fondamentales sur la société coopérative (SCOOP) et sur l'association afin de les mettre en lien avec les sociétés de gestion. Ensuite, nous expliquerons pourquoi les sociétés de gestion ont choisi la forme juridique qui est la leur. Nous poursuivrons en distinguant les deux rapports contractuels qui peuvent caractériser la relation entre les titulaires de droits d'auteur et les sociétés de gestion. Finalement, nous présenterons simplement les organes de chaque société de gestion.

5.2.1 Quatre sociétés coopératives et une association

La SUISA, PROLITTERIS, SUISSIMAGE et la SSA sont des SCOOP. Quant à SWISSPERFORM, même si elle doit aussi être qualifiée de *société* de gestion au sens large, elle a adopté en réalité la forme juridique de l'association.

⁶⁷² En effet, les montants perçus sur les œuvres ou prestations étrangères seront redistribués uniquement aux sociétés-sœurs étrangères.

5.2.1.1 Quelques notions fondamentales relatives aux sociétés coopératives

Comme la SCOOP « est une société de personnes et accessoirement de capitaux »⁶⁷³, sa forme commerciale doit être qualifiée d'hybride⁶⁷⁴. Aux termes de l'art. 828 al. 1 CO, « la société coopérative est celle que forment des personnes ou sociétés commerciales *d'un nombre variable*, organisées corporativement, et qui poursuit principalement le but de favoriser ou de garantir, par une action commune, des intérêts économiques déterminés de ses membres »⁶⁷⁵. Sans entrer dans trop de détails, nous proposerons une brève analyse de quelques caractéristiques essentielles relatives aux membres de la société et du but de la SCOOP.

Le nombre de sociétaires d'une SCOOP est variable, c'est-à-dire qu'il doit être possible en tout temps de faire entrer de nouveaux membres dans la société⁶⁷⁶ et que la qualité de sociétaire peut se perdre volontairement (droit de sortie) ou involontairement⁶⁷⁷. Il en découle également que le montant du capital social doit être variable⁶⁷⁸. De plus, chaque membre participe à la vie sociale, soit en effectuant des prestations pour la société, soit en tissant des relations contractuelles avec elle⁶⁷⁹.

Dans cette perspective, on peut se demander si, sur la base du principe de la porte ouverte, un candidat pourrait revendiquer un *droit* d'adhérer à une SCOOP. La doctrine et la jurisprudence répondent par la négative à cette question⁶⁸⁰, ceci même si le candidat remplit les exigences statutaires⁶⁸¹. En vertu de l'art. 839 al. 2 CO, les statuts de la SCOOP « peuvent régler les conditions particulières de l'admission » pour autant que cette dernière ne soit pas rendue onéreuse à l'excès⁶⁸². Dès lors, le principe de la porte ouverte constitue uniquement un « principe d'ordre dont les statuts doivent tenir compte »⁶⁸³. En cas de non respect de ce principe, l'inscription au RC de la SCOOP pourrait être refusée⁶⁸⁴. Parallèlement, en tous les cas, sur la base de l'art. 42 al. 1 let. c LDA, l'autorisation de l'IPI ne pourrait être accordée à une société de gestion qui n'est pas accessible à tous les titulaires de droits d'auteur. Il n'en demeure pas moins qu'un postulant ne pourrait pas non plus se fonder sur l'art. 44 LDA pour revendiquer un droit d'adhérer à une société de gestion. En effet, la nature de droit public de cette disposition ne permet pas aux titulaires de droits d'auteur de s'en prévaloir devant le

⁶⁷³ MONTAVON, SCOOP, p. 10.

⁶⁷⁴ MONTAVON, Abrégé, p. 5. Cf. également MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 745-747.

⁶⁷⁵ Art. 828 al. 1 CO, (nous mettons en italique et soulignons).

⁶⁷⁶ Il s'agit du principe « de la porte ouverte » prévu à l'art. 839 al. 1 CO, MONTAVON, Abrégé, p. 756; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 750.

⁶⁷⁷ MONTAVON, Abrégé, p. 739, 756-761.

⁶⁷⁸ Art. 828 al. 2 CO; MONTAVON, Abrégé, p. 739.

⁶⁷⁹ MONTAVON, SCOOP, p. 17.

⁶⁸⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 750-751. Voir également la jurisprudence et les auteurs qui y sont cités.

⁶⁸¹ Cf. ATF 118 II 435, consid. 2a = JdT 1994 I 40 ; ATF 98 II 225 = JdT 1973 I 313.

⁶⁸² MONTAVON, Abrégé, p. 756.

⁶⁸³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 750.

⁶⁸⁴ Ibid.

juge civil, pas plus qu'elle n'impose aux sociétés de gestion une obligation de contracter avec eux⁶⁸⁵.

Sauf disposition contraire dans les statuts, la responsabilité personnelle des sociétaires doit être exclue⁶⁸⁶. SUISA, PROLITTERIS, SUISSIMAGE et SSA ont choisi de confirmer dans leurs statuts l'exclusion de toute responsabilité personnelle de leurs sociétaires et de préciser expressément que la société ne répond que sur sa fortune sociale⁶⁸⁷. Par ailleurs, l'art. 885 CO prévoit que chaque associé a un droit de vote impérativement égal à celui des autres, ce qui distingue fondamentalement la SCOOP de la SA ou la SARL⁶⁸⁸. Ainsi, chaque membre a droit à une voix « indépendamment de son poids économique »⁶⁸⁹.

Finalement, nous précisons que les SCOOP ne doivent pas poursuivre de but lucratif mais un but économique coopératif, inscrit dans leurs statuts⁶⁹⁰. Ainsi, l'objectif d'une SCOOP « n'est pas la maximisation du profit, mais plutôt son optimisation qui poursuit une approche de stakeholder, c'est-à-dire large et durable » en se basant sur la solidarité économique⁶⁹¹. La SCOOP n'est pas soumise à la pression constante de devoir à tout prix réaliser un bénéfice mais se doit de « satisfaire *directement* les intérêts économiques » de ses membres⁶⁹². Si bénéfice il y a en fin d'exercice, ce dernier n'est pas réparti « en fonction des parts sociales détenues » mais est affecté directement à la société elle-même ou peut être également réparti aux sociétaires en fonction de « l'intensité de l'utilisation des infrastructures qu'ils ont fait »⁶⁹³. En sus de favoriser les intérêts économiques de ses membres, le but d'une SCOOP peut être idéal ou d'utilité publique⁶⁹⁴.

5.2.1.2 *Quelques notions fondamentales relatives à l'association*

L'association, au sens des art. 60-79 CC, est aussi une corporation puisqu'elle est constituée par le regroupement « de personnes réunies autour d'un but commun »⁶⁹⁵. D'emblée, il faut préciser que l'association offre une plus grande marge d'autonomie que la SCOOP, autonomie qui s'exprime dès la constitution de l'association jusqu'à la fin de sa vie corporative⁶⁹⁶. Le nombre d'articles consacrés à l'association dans le CC est bien inférieur au nombre de dispositions que le CO prévoit sur la SCOOP et, qui plus est, leur nature est assez largement dispositive⁶⁹⁷, ce qui reflète clairement cette autonomie. En miroir de l'introduction théorique opérée ci-dessus pour la SCOOP, nous allons brièvement présenter quelques aspects

⁶⁸⁵ SALVADE, CR-PI, p. 425-426 ; *Contra* : REHBINDER/VIGANO, p. 185-186, qui se reposent en partie sur l'avis de WITTWEILER.

⁶⁸⁶ Art. 868 CO ; MONTAVON, Abrégé, p. 773 ; OSWALD, p. 301.

⁶⁸⁷ Statuts PROLITTERIS, art. 9 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 4 ; Statuts SSA, art. 31 ; Statuts SUISA, art. 10.

⁶⁸⁸ OSWALD, p. 302 ; MONTAVON, Abrégé, p. 770.

⁶⁸⁹ Réponse SUISSIMAGE question N 4 let. a.

⁶⁹⁰ MONTAVON, SCOOP, p. 17 ; MONTAVON, Abrégé, p. 721.

⁶⁹¹ TAISCH, p. 33.

⁶⁹² RUEDIN, Gestion durable, p. 321, (nous mettons en italique et soulignons).

⁶⁹³ MONTAVON, Abrégé, p. 14.

⁶⁹⁴ Art. 86 let. b ch. 2 ORC ; MONTAVON, Abrégé, p. 721.

⁶⁹⁵ GUILLOD, p. 226.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 227. L'auteur relève la flexibilité de l'association s'agissant notamment de son organisation interne.

⁶⁹⁷ OSWALD, p. 33-34.

de la relation existant entre les membres et l'association. En outre, nous allons expliquer quel est le but de l'association.

Tout d'abord, s'agissant des membres de l'association, le maître-mot s'avère généralement être la flexibilité. En effet, la liberté contractuelle et la liberté d'association prévalent⁶⁹⁸. En principe, l'association est « libre d'accepter ou de refuser la demande d'adhésion formulée par une personne »⁶⁹⁹. Il est fréquent que les statuts des associations ouvrent la porte de l'adhésion à quiconque remplit certaines conditions objectives et/ou subjectives et des conditions formelles⁷⁰⁰. Néanmoins, il faut être attentif au fait que les libertés énoncées ci-dessus ne sont pas absolues⁷⁰¹. En effet, comme l'explique BADDELEY, en tout cas « dans l'opinion de la quasi-totalité des auteurs, les associations à pouvoir monopolistique ont un devoir d'admission de nouveaux membres »⁷⁰². Ce devoir peut se fonder soit sur la LCart, soit sur l'art. 28 CC qui protège la personnalité des personnes physiques et morales⁷⁰³. Comme nous l'avons déjà expliqué, SWISSPERFORM bénéficie d'un monopole de fait et, par conséquent, est susceptible de se voir imposer un devoir d'admettre de nouveaux membres. Par conséquent, on peut déduire que dans la mesure où la LCart n'est pas applicable aux activités des sociétés de gestion soumises à la surveillance de la Confédération⁷⁰⁴, surveillance qui représente, en général, la règle pour SWISSPERFORM, le devoir d'admission de SWISSPERFORM ne peut résulter que de l'art. 28 CC ou de l'art. 42 al. 1 let. c LDA. Si la composante « droit à la liberté économique » du droit de la personnalité⁷⁰⁵ ou sa composante « droit à l'épanouissement personnel »⁷⁰⁶ sont violées, alors le candidat est susceptible de bénéficier d'un droit prépondérant à l'admission. La pesée d'intérêts à opérer pour déterminer la prépondérance entre la liberté d'association et la protection de la personnalité doit se faire en prenant en compte le principe de l'égalité de traitement⁷⁰⁷. Si une « inégalité de traitement objectivement infondée et une discrimination inéquitable » imputables à l'association existent, un droit d'adhésion peut être reconnu au postulant, ceci même s'il ne satisfait pas certaines conditions statutaires⁷⁰⁸. Cependant, il n'existe pas d'atteinte à la personnalité si un motif prévu à l'art. 28 al. 2 CC justifie un

⁶⁹⁸ GUILLOD, p. 236 ; OSWALD, p. 77-78.

⁶⁹⁹ GUILLOD, p. 236.

⁷⁰⁰ OSWALD, p. 79 ; GUILLOD, p. 236. Comme l'explique OSWALD, p. 78-79, les conditions matérielles d'adhésion sont généralement intimement liées au but de l'association.

⁷⁰¹ Cf. OSWALD, p. 80-82 et PERRIN/CHAPPUIS, p. 121-124 ; BADDELEY, p. 81-87, à consulter pour davantage de précisions sur les exceptions existantes à l'autonomie de l'association en matière d'adhésion.

⁷⁰² BADDELEY, p. 82. Cf. OSWALD, p. 81 note de bas de page N 432 pour des références d'auteurs ayant la même opinion.

Voir aussi: ATF 123 III 193 = JdT 1997 I 658 cité par GUILLOD, p. 236 sur la question de l'empêchement d'*exclure* un membre de l'association lorsqu'il n'existe pas de justes motifs pour le faire. Sur la même question, ATF 131 III 97 = JdT 2005 I 188.

⁷⁰³ BADDELEY, p. 82-83.

⁷⁰⁴ *Supra* 4.2.1.2.1.

⁷⁰⁵ Cf. OSWALD, p. 81.

⁷⁰⁶ PERRIN/CHAPPUIS, p. 122.

⁷⁰⁷ BADDELEY, p. 83, note de bas de page N 38 et p. 84.

⁷⁰⁸ BADDELEY, p. 83, note de bas de page N 38.

refus⁷⁰⁹. Au vu de ce qui précède, une voie judiciaire devrait être ouverte au postulant dont la candidature est refusée, que cette voie s'ouvre par le biais de l'action en constatation du caractère illicite ou par le biais de l'action en annulation de la décision⁷¹⁰. Nous n'avons pas besoin d'expliquer les autres limites au pouvoir discrétionnaire de l'association en matière de refus de candidats à l'adhésion puisqu'elles portent, d'une part, sur un éventuel droit d'adhésion consacré dans les statuts de l'association ou, d'autre part, sur une situation dans laquelle l'Etat délègue des tâches à une association⁷¹¹. En effet, il ne ressort pas des statuts de SWISSPERFORM que certains ou tous les candidats auraient un *droit* à adhérer à l'association⁷¹². En outre, les sociétés de gestion exercent une activité de nature privée pour laquelle une autorisation de politique économique est nécessaire, ce qui doit être clairement différencié du cas où un organisme se voit conférer une concession pour obtenir le droit d'exercer une activité qui relève de la compétence de l'Etat⁷¹³. En outre, comme nous venons de l'expliquer pour les SCOOP, l'art. 44 LDA ne permet pas non plus aux postulants de se prévaloir d'un quelconque droit à l'adhésion au sein de l'association⁷¹⁴.

En résumé, on peut retenir que même si la forme juridique de SWISSPERFORM diffère des autres sociétés de gestion, en pratique, sa position dominante sur le marché aura pour corollaire – contrairement à ce qui découle de l'autonomie prévalant généralement dans les associations – de la contraindre à une politique d'ouverture pour l'adhésion de nouveaux membres sous peine de violer leurs personnalités. Par conséquent, les possibilités d'accès au sociétariat nous semblent être plus ou moins similaires aux possibilités offertes par le principe de la porte ouverte dans les SCOOP⁷¹⁵. De même, si les statuts de SWISSPERFORM ne reflétaient pas ce devoir d'ouverture consacré à l'art. 42 al. 1 let. c LDA, l'IPI devrait refuser de lui accorder ou de lui renouveler son autorisation étatique.

Par ailleurs, il convient également de rappeler que, contrairement à la SCOOP, une association ne détient pas de capital mais une fortune sociale. Selon l'art. 75a CC, à moins que les statuts ne prévoient le contraire, « l'association répond seule de ses dettes, qui sont garanties par la fortune sociale ». Les statuts de SWISSPERFORM ne contiennent pas de dérogation à la règle légale⁷¹⁶. Concernant le droit de vote, même si l'art. 67 al. 1 CC prévoit une égalité des sociétaires en la matière, la nature dispositive de cette disposition ne peut pas ici empêcher les organes de l'association d'y déroger, en conférant à certains votes plus de poids qu'à d'autres⁷¹⁷. Une telle dérogation est prévue par les statuts de SWISSPERFORM.

⁷⁰⁹ Ibid., p. 84 ; OSWALD, p. 81.

⁷¹⁰ PERRIN/CHAPPUIS, p. 123-124.

⁷¹¹ OSWALD, p. 81-82.

⁷¹² Cf. Statuts SWISSPERFORM, art. 3.

⁷¹³ *Supra* 4.2.1.1.

⁷¹⁴ *Supra* 5.2.1.1.

⁷¹⁵ Ainsi, on comprend pourquoi la constitution d'une société de gestion sous forme d'association est compatible avec l'exigence d'accessibilité posée par l'art. 42 al. 1 let. c LDA.

⁷¹⁶ Statuts SWISSPERFORM, art. 23. Il est notamment prévu que « la responsabilité personnelle des membres ne peut en aucun cas être engagée ».

⁷¹⁷ OSWALD, p. 103.

En effet, le droit de vote des membres s'exprime à travers celui des délégués qu'ils élisent, délégués qui sont répartis en cinq groupes n'ayant pas le même poids décisionnel⁷¹⁸.

Tout comme la SCOOP, l'association ne poursuit pas de but lucratif⁷¹⁹. En revanche, le but social de l'association doit être uniquement idéal, ce qui n'empêche pas pour autant la société de gestion constituée sous forme d'association d'exercer une activité économique afin de se donner les moyens d'atteindre ce but idéal⁷²⁰. A cet égard, l'art. 61 al. 2 CC prévoit que l'association peut exercer « une industrie en la forme commerciale » pour atteindre son but⁷²¹.

5.2.1.3 Raisons inhérentes à l'adoption de la forme juridique des sociétés de gestion

Au vu des exigences posées par les art. 42 al. 1 et 45 LDA, les options qui s'offrent aux sociétés de gestion s'agissant de leur forme juridique ne peuvent qu'être restreintes. En effet, parmi la palette de personnes morales existant en droit suisse, seule la coopérative et l'association permettent de garantir le respect constant de la totalité des exigences légales posées en matière de gestion collective obligatoire⁷²². En particulier, la condition d'accessibilité à tous les titulaires de droits d'auteur et la condition de droit de participation approprié aux décisions de la société peuvent être satisfaites⁷²³. Il en va de même du principe d'égalité de traitement, de gestion saine et économique, ainsi que de l'exigence d'absence de but lucratif⁷²⁴. Concrètement, la forme juridique de la société est déterminante, par exemple pour l'établissement du règlement de répartition, dont le contenu peut être décidé par les membres eux-mêmes, dans le respect du principe d'égalité de traitement⁷²⁵.

Pour SUISSIMAGE, SUISA, PROLITTERIS et SSA, la SCOOP constitue le véhicule légal qui leur permet le mieux d'atteindre leurs buts⁷²⁶. La création de ces SCOOP a permis aux titulaires de droits d'auteur d'atteindre ensemble plus facilement leurs objectifs communs que s'ils avaient essayé de les réaliser seuls⁷²⁷. Certaines vertus primordiales de la SCOOP mises en avant par les sociétés de gestion sont la légitimité, la proximité, l'efficacité, ainsi que la stabilité⁷²⁸. En outre, la SCOOP appartient à ses membres qui ont la possibilité de participer aux décisions et de se faire entendre directement lors des assemblées générales, ce qui constitue aussi un avantage déterminant⁷²⁹.

En revanche, il semblerait que pour SWISSPERFORM, la flexibilité permise par l'association ait été le critère qui a fait pencher la balance en faveur de cette forme juridique.

⁷¹⁸ Cf. Statuts SWISSPERFORM, art. 4a et art. 9-10.

⁷¹⁹ GUILLOD, p. 226.

⁷²⁰ Ibid., p. 227-228.

⁷²¹ Cf. MONTAVON, Abrégé, p. 15.

⁷²² Voir : réponse SSA question N 5.

⁷²³ Art. 42 al. 1 let. c et let. d LDA.

⁷²⁴ Art. 45 al. 1-3 LDA.

⁷²⁵ Voir : <<http://www.swisscopyright.ch/fr/recettes-et-repartition/repartition/reglements.html>>.

⁷²⁶ Réponse SUISA question N 5.

⁷²⁷ Réponse SUISSIMAGE question N 5.

⁷²⁸ Réponse SSA question N 5.

⁷²⁹ Réponses SSA et PROLITTERIS question N 5.

En effet, comme nous le verrons ci-après, le sociétariat de SWISSPERFORM est constitué principalement de personnes morales, de taille et d'importance différentes⁷³⁰. Ainsi, SWISSPERFORM a considéré qu'il était judicieux de tenir compte de ces différences au sein des organes de la société. Dans cette optique, l'association s'est avérée être la forme toute trouvée dès lors qu'elle « permet une organisation dans laquelle les membres des 5 groupes d'ayants droit [...] sont représentés par des délégués »⁷³¹. En substance, les raisons qui précèdent poussent BARRELET/EGLOFF à affirmer que SWISSPERFORM aurait été fondée sous forme d'association pour ne pas être contrainte de « conférer à chaque membre le même poids à l'assemblée générale » mais plutôt pour pouvoir aménager un système où une assemblée de délégués détient le pouvoir suprême⁷³².

5.2.2 Distinction entre la qualité de simple mandant et la qualité de sociétaire

Du point de vue des relations *internes* entre les sociétés de gestion et leurs partenaires contractuels que sont les titulaires de droits, une distinction fondamentale doit être opérée⁷³³. Les titulaires de droits peuvent être de simples mandants de la société de gestion ou entretenir des relations plus intimes avec elle en devenant sociétaires de celle-ci. Le statut de mandant de la société s'acquiert, en général, par la signature d'un contrat de gestion, parfois aussi appelé mandat de gestion. Pour devenir sociétaire, un autre type de contrat doit, en principe, être conclu. A cet égard, il existe une singularité au sein de SUISA par rapport aux autres sociétés de gestion. Les règles statutaires de SUISA prévoient qu'il est, sauf exception, obligatoire de devenir d'abord simple mandant de la société et de le rester pendant au minimum une année, avant de pouvoir espérer devenir sociétaire⁷³⁴. En conséquence, à la SUISA, le contrat de gestion suffit à entériner les rapports contractuels des mandants et des sociétaires. De plus, si la dénomination utilisée pour qualifier le contrat de sociétaire diffère d'une société à l'autre⁷³⁵, ses éléments essentiels sont, en revanche, *grosso modo* similaires dans les cinq sociétés de gestion. La cession à titre fiduciaire fait, en principe, office d'élément caractéristique tant du contrat de sociétaire que du contrat de gestion⁷³⁶. En ce qui concerne SUISA et SWISSPERFORM, des CGG ont été édictées afin de préciser les modalités du contrat de gestion ou du contrat de sociétaire⁷³⁷. Au vu des similitudes et pour

⁷³⁰ BARRELET/EGLOFF, p. 263.

⁷³¹ Réponse SWISSPERFORM question N 5.

⁷³² BARRELET/EGLOFF, p. 263.

⁷³³ Nous faisons bien allusion ici aux relations *internes* et non aux relations externes qui lient les sociétés de gestion aux utilisateurs ou à des tiers.

⁷³⁴ Statuts SUISA, art. 5.1.

⁷³⁵ Voir Réponses SUISSIMAGE, SWISSPERFORM, SUISA, PROLITTERIS et SSA question N 12. Le contrat de sociétaire est intitulé « *contrat de membre* » par SUISSIMAGE. SWISSPERFORM et PROLITTERIS le qualifient de « *contrat d'adhésion* ». A la SUISA, la signature d'un « *contrat de gestion* » permet de devenir sociétaire. Quant à la SSA, elle l'a dénommé « *contrat de sociétaire* ».

⁷³⁶ Pour davantage de précisions sur le contrat de gestion et sur la fiducie-gestion voir : *supra* 3.1.2.4.1.

⁷³⁷ Cf. CGG pour auteurs SUISA et CGG pour éditeurs SUISA accessibles aux adresses suivantes:

< http://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/mitglieder/F/awb_urh_f.pdf>; et

< http://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/mitglieder/verleger/verlegerdokumente/awb_verl_f.pdf>.

Cf. CGG pour les interprètes, CGG pour les producteurs, CGG pour les organismes de diffusion et CGG pour les interprètes mandants, accessibles à l'adresse suivante : < <http://www.swissperform.ch/fr/service/documents-a-telecharger.html>>.

éviter les redites, nous procéderons à une analyse globale pour les cinq sociétés de gestion des conditions à remplir pour devenir sociétaires ou simples mandants et aborderons quelques conséquences y relatives, en nous efforçant de relever les différences notables.

Hormis la particularité au sein de la SUIISA que nous venons de relever et qui consiste à n'attribuer, sauf exception, la qualité de sociétaire qu'aux mandants confirmés, les conditions pour devenir sociétaire sont relativement analogues d'une société de gestion à l'autre. Dans les quatre autres sociétés de gestion, la qualité de sociétaire peut s'acquérir dès la conclusion du contrat de sociétaire. La condition posée généralement dans les cinq sociétés de gestion consiste à exiger que le candidat au sociétariat entretienne des relations étroites avec la Suisse ou la Principauté du Liechtenstein par la nationalité, le domicile, le siège social ou d'une autre manière⁷³⁸. En outre, les statuts requièrent toujours que les droits à gérer portent sur des œuvres ou prestations qui, en plus d'appartenir au répertoire de la société, donneront lieu à la perception de redevances⁷³⁹. En sus de ces conditions générales, des exigences supplémentaires sont parfois posées⁷⁴⁰. Par ailleurs, au décès d'un sociétaire de SUIISA, PROLITTERIS ou SWISSPERFORM, ses héritiers peuvent eux-mêmes devenir membres de la société pour autant qu'ils remplissent les conditions formulées dans les statuts⁷⁴¹. Par contre, les héritiers d'un sociétaire défunt de SUISSIMAGE ou SSA ne pourront que conclure un contrat de gestion et devenir simple mandant de ces sociétés⁷⁴².

Dans le cas où un candidat ne remplit pas les conditions pour devenir sociétaire, par exemple parce qu'il n'entretient pas des liens étroits avec la Suisse, il lui reste toujours la possibilité de devenir simple mandant. En principe, s'il existe une société-sœur étrangère avec laquelle la société de gestion suisse a conclu un contrat de représentation réciproque au domicile ou au siège du candidat, ce dernier sera invité à s'affilier prioritairement à cette société étrangère⁷⁴³. Dans les autres cas, les statuts et surtout les dispositions du contrat de gestion règlent les conditions particulières à remplir pour acquérir la qualité de simple mandant⁷⁴⁴.

Dans toutes les sociétés de gestion, sauf au sein de la SSA, il appartient à la direction de décider de l'admission d'un candidat comme sociétaire⁷⁴⁵. Au sein de la SSA, le conseil

⁷³⁸ Cf. Statuts SUIISA, art. 5.1 ; Statuts PROLITTERIS, art. 4.3 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 3.2 ; Statuts SWISSPERFORM, art. 3 al. 1 ; les Statuts de la SSA ne posent pas cette même exigence.

⁷³⁹ Cf. Statuts SUIISA, art. 5.1 va encore plus loin en exigeant qu'un montant minimum de redevances fixé par le Conseil et publié dans le rapport annuel soit dépassé durant l'affiliation ; Statuts PROLITTERIS, art. 4.3 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 3.2 ; Statuts SSA, art. 6 let. a ; les Statuts de SWISSPERFORM ne contiennent pas explicitement cette exigence.

⁷⁴⁰ Cf. Statuts SUIISA, 4.1-7.2 ; Statuts PROLITTERIS, 4.1-4.11 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 3.1-3.7 ; Statuts SSA, art. 3, 5-11 ; Statuts SWISSPERFORM, art. 3-5a.

⁷⁴¹ Statuts SUIISA, 5.5.3 ; Statuts PROLITTERIS, 4.4 ; Statuts SWISSPERFORM, art. 5 al. 1.

Pour des renseignements sur le transfert par succession des droits d'auteur, *supra* 2.4.

⁷⁴² Statuts SUISSIMAGE, art. 3.6 et 5.1 al. 1 ; Statuts SSA, art. 9 let. b et 12 al. 1.

⁷⁴³ Cf. notamment Statuts SUISSIMAGE, art. 5.1 al. 2.

⁷⁴⁴ Cf. Statuts SUIISA, 4.1-4.11 ; Statuts PROLITTERIS, 5.1-5.3 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 3.2 al. 2, 5.1-5.5 ; Statuts SSA, art. 12-16 ; Statuts SWISSPERFORM, art. 6.

⁷⁴⁵ Cf. Statuts SUIISA, art. 5.3 ; Statuts PROLITTERIS, art. 4.5 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 3.3 ; Statuts SWISSPERFORM, art. 4 al. 2.

d'administration s'est vu conférer cette compétence⁷⁴⁶. En cas de refus, une voie de recours contre la décision relative à l'admission est ouverte dans chaque société. En principe, les organes qui sont compétents pour se prononcer sur l'admission de nouveaux sociétaires sont également compétents pour conclure des mandats de gestion⁷⁴⁷. En outre, exception faite de SUISSA où « une contribution unique destinée à couvrir partiellement les coûts d'acceptation du mandat » doit être versée au plus tard au moment de la signature du contrat, la conclusion d'un contrat de sociétaire ou d'un mandat de gestion intervient gratuitement⁷⁴⁸.

Qu'il s'agisse d'un contrat de sociétaire ou de gestion, sa conclusion emportera généralement la cession, à titre fiduciaire, de tous les droits d'auteur sur les œuvres du répertoire de la société de gestion qui doivent être gérés collectivement sous la surveillance de la Confédération, ainsi que de tous les autres droits visés par le contrat⁷⁴⁹. Les différents documents contractuels des sociétés de gestion prévoient souvent la possibilité d'exclure expressément certains droits de la gestion ou d'exclure la gestion dans certains pays. Par ailleurs, le lecteur doit être rendu attentif à une exigence *sine qua non*, commune aux simples mandants et aux sociétaires, dont nous n'avons jusqu'ici pas encore touché mot. Tout titulaire de droits d'auteur doit dès que possible compléter un formulaire ou bulletin de **déclaration** d'œuvre afin que la société de gestion concernée puisse prendre connaissance de ses œuvres et gérer ses droits⁷⁵⁰.

Evidemment, on se doute que les incidences du statut contractuel des titulaires de droits ne sont pas anodines. A cet égard, en sa qualité de membre de la société, un sociétaire jouit des droits et assume les obligations légales inhérents à son statut au sein de la SCOOP⁷⁵¹ ou au sein de l'association⁷⁵² à laquelle il a adhéré. En outre, le contrat de sociétaire, les statuts et les règlements des sociétés de gestion et de leurs fondations socio-culturelles constituent des sources de droits et obligations additionnelles pour tout sociétaire⁷⁵³. Néanmoins, en réalité, les cinq sociétés de gestion ont généralement aménagé un régime contractuel et statutaire dans lequel les sociétaires et les simples mandants assument les mêmes obligations. En revanche, il existe des différences du côté des droits qui leur sont

⁷⁴⁶ Cf. Statuts SSA, art. 7 al. 1.

⁷⁴⁷ Cf. Statuts SUISSA, art. 4.6 ; Statuts PROLITTERIS, art. 4.3 *in fine*, la compétence de la direction pour ce faire ne ressort pas clairement de cette disposition ; Statuts SUISSIMAGE, art. 5.3 ; Statuts SSA, art. 12 al. 2 ; les Statuts de SWISSPERFORM sont muets sur cette question.

⁷⁴⁸ Statuts SUISSA, art. 4.5 ; Statuts PROLITTERIS, art. 4.7 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 3.5. Voir : <<http://www.ssa.ch/fr/content/adhesion>>; <<http://www.swissperform.ch/fr/membres-ayants-droit/interpretes-de-phonogrammes/adhesion.html>>.

⁷⁴⁹ Cf. Statuts SUISSA, art. 4.2 ; Statuts PROLITTERIS, art. 4.6 et 5.3 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 3.4 et 5.2 ; Statuts SSA, art. 6 et voir art. 3 al. 2-4 ; Statuts SWISSPERFORM, art. 3 al. 4 et 6 al. 2.

⁷⁵⁰ BLANK, p. 29. De la sorte, plusieurs informations cruciales sont fournies à la société de gestion, telles que des indications sur l'auteur ou le titulaire de droits voisins lui-même, sur les personnes qui ont collaboré avec lui, sur « le type de production », sur « la situation relative aux droits » et, bien sûr, sur l'œuvre elle-même, BLANK, p. 29.

⁷⁵¹ Cf. Art. 852-878 CO.

⁷⁵² Cf. Art. 70-75 CC.

⁷⁵³ Voir notamment art. 1.2 du contrat de membre de SUISSIMAGE disponible à l'adresse suivante : <http://www.suissimage.ch/fileadmin/content/pdf/2_Mitglieder_Vertrag/mvertrag_fr.pdf>. Les documents contractuels des autres sociétés de gestion prévoient généralement un régime similaire.

reconnus. Une grande différence est que les sociétaires, au contraire des simples mandants, sont au bénéfice d'un droit de vote et d'un droit d'éligibilité au sein de leur société de gestion⁷⁵⁴. En ce qui concerne le droit de vote, il est exercé par les sociétaires lors de l'assemblée générale de la société, leur permettant ainsi de décider de la direction que doit prendre leur société⁷⁵⁵. D'un point de vue pragmatique, quand les membres veulent essayer de faire adopter une de leurs propositions par l'assemblée générale ou un autre organe, ils « se regroupent en fonction de leurs intérêts »⁷⁵⁶. Souvent, les sociétaires essaient de faire voter des modifications des règlements de répartition⁷⁵⁷. S'agissant du droit d'éligibilité, la possible nomination des membres au sein de différents organes de la société, tels que le conseil d'administration, différentes commissions ou comités, constitue aussi une manière pour eux de se faire entendre dans la société⁷⁵⁸. Par ailleurs, en ce qui concerne les fondations et fonds socio-culturels, certains des règlements les régissant font dépendre l'octroi de prestations ou d'avantages de l'acquisition de la qualité de sociétaire⁷⁵⁹.

5.2.3 L'organisation des cinq sociétés

Toute société de gestion qui, au moment de sa fondation, ne serait pas dotée des organes prescrits par la loi pour exprimer sa volonté ne pourrait valablement exister⁷⁶⁰. Par conséquent, conformément aux art. 879 ss, 894 ss et 906 ss CO, les coopératives SUISA, PROLITTERIS, SUISSIMAGE et la SSA ont au moins dû se doter d'une assemblée générale des associés qui est l'organe suprême de la société, d'une administration et d'un organe de

⁷⁵⁴ Cf. CGG pour auteurs SUISA, art. 9 et CGG pour éditeurs SUISA, art. 8.

Voir : < http://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/mitglieder/F/awb_urh_f.pdf>; et

< http://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/mitglieder/verleger/verlegerdokumente/awb_verl_f.pdf>.

Cf. Statuts PROLITTERIS, art. 5.2 ; Statuts SSA, art. 12 al. 3.

Cf. Contrat de membre SUISSIMAGE, art. 1.

Voir : < http://www.suissimage.ch/fileadmin/content/pdf/2_Mitglieder_Vertrag/mvertrag_fr.pdf>.

Cf. Contrat d'adhésion pour les interprètes SWISSPERFORM, art. 1 ainsi que les CGG pour les interprètes ; Contrat d'adhésion pour les producteurs SWISSPERFORM, art. 1 ainsi que les CGG pour les producteurs ; Contrat d'adhésion pour les organismes de diffusion SWISSPERFORM, art. 1 ainsi que les CGG pour les organismes de diffusion. Voir : < <http://www.swissperform.ch/fr/service/documents-a-telecharger.html>>.

⁷⁵⁵ *Infra* 5.2.3.

⁷⁵⁶ Réponse SUISA question N 4 let. b.

Voir : réponse SWISSPERFORM question N 4 let. a, pour une explication sur les compétences et la manière de voter au sein de cette association.

⁷⁵⁷ Réponses SUISSIMAGE, SWISSPERFORM, SUISA, PROLITTERIS question N 4 let. b. La même source est à consulter également pour d'autres exemples de problématiques traitées à l'assemblée générale.

⁷⁵⁸ Cf. Réponses SUISSIMAGE, SWISSPERFORM, SUISA, PROLITTERIS, SSA question N 4 let. a.

⁷⁵⁹ Voir pour des exemples : le Règlement du Fonds de secours SSA, accessible à l'adresse suivante :

< <http://www.ssa.ch/sites/default/files/ssadocuments/m13f0515.pdf>>. Le Règlement de la Fondation sociale de PROLITTERIS, accessible à l'adresse suivante :

< http://www.prolitteris.ch/fileadmin/user_upload/ProLitteris/Dokumente/Reglemente_Statuten/FSPL_Reglement_1-9-2012_F.pdf>. Le Règlement général du Fonds culturel SSA, qui prévoit que « certaines actions sont réservées aux sociétaires de la SSA », accessible à l'adresse suivante :

< <http://www.ssa.ch/sites/default/files/ssadocuments/m17f0113.pdf>>.

⁷⁶⁰ Art. 54 CC ; MONTAVON, Abrégé, p. 782. A noter que l'art. 731b CO qui traite de la question des carences dans l'organisation d'une SA est applicable aux SCOP en raison du renvoi de l'art. 908 CO. Cf. MONTAVON, Abrégé, p. 783. L'art. 69c CC traite de cette même question dans le contexte de l'association.

révision⁷⁶¹. S'agissant de SWISSPERFORM, la loi prescrit que l'organisation d'une association se compose au moins d'une assemblée générale (art. 64 ss CC), d'une direction (art. 69 ss CC) et d'un organe de révision lorsque l'association mène une activité économique à grande échelle (art. 69b CC)⁷⁶².

Les dispositions statutaires relatives aux assemblées générales au sein des quatre SCOOP que sont SUISA, PROLITTERIS, SUISSIMAGE et SSA n'établissent pas un régime fondamentalement différent du régime légal, sauf en ce qui concerne la prise de décision. En effet, seule la SSA prévoit que, sauf indication contraire, les décisions doivent être prises « à la majorité absolue des voix émises »⁷⁶³, ce qui correspond au régime de droit dispositif instauré par l'art. 888 CO. Au contraire, les autres sociétés ont privilégié une prise de décision, sauf indication contraire, à la majorité simple des suffrages exprimés⁷⁶⁴. De plus, au sein de la SUISA, l'assemblée générale a institué une « Commission de Répartition et des œuvres » qui constitue un organe supplémentaire de la société dont les tâches sont réglées par les statuts de SUISA⁷⁶⁵. L'Assemblée générale de SWISSPERFORM se compose uniquement des délégués élus par les membres au sein des cinq groupes d'ayants droit de l'association pour une période de quatre ans⁷⁶⁶. Le nombre de sièges attribués à chacun de ces groupes et les modalités d'élection sont prévus dans les statuts, ainsi que dans un règlement électoral⁷⁶⁷. Sauf indication contraire dans les statuts, « l'assemblée des délégués statue à la majorité absolue des voix des délégués présents ou représentés »⁷⁶⁸.

Quant à l'organisation de l'administration, SUISA, PROLITTERIS, SUISSIMAGE et SSA ont instauré deux organes, à savoir un conseil d'administration et une direction⁷⁶⁹. Le conseil d'administration, qui assume le rôle d'un organe exécutif, doit généralement être constitué en majorité de sociétaires⁷⁷⁰. Il détient une compétence décisionnelle résiduelle lorsqu'aucun autre organe n'est compétent pour se prononcer⁷⁷¹. Les administrateurs de

⁷⁶¹ Nous ne nous étendons pas sur les modalités de la révision. Nous renvoyons simplement aux statuts des sociétés de gestion pour davantage de précisions. Cf. Statuts SUISA, art. 9.7 ; Statuts PROLITTERIS, art. 8.3 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 8.4 ; Statuts SSA, art. 29.

⁷⁶² Cf. GUILLOD, p. 231. Ici également, nous nous contenterons de renvoyer le lecteur aux Statuts SWISSPERFORM, art. 20, qui traite de l'organe de contrôle et nous n'approfondirons donc pas la question de la révision au sein de l'association. A noter que les statuts de l'association peuvent dénommer autrement ces organes et même permettre l'institution d'organes supplémentaires.

⁷⁶³ Statuts SSA, art. 24 al. 4 let. c.

⁷⁶⁴ Statuts SUISA, art. 9.2.7 ; Statuts PROLITTERIS, art. 8.1.10 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 8.2.9.

⁷⁶⁵ Statuts SUISA, art. 9.4 et 9.1. Aux termes de l'art. 9.4.4 des Statuts SUISA, l'« Assemblée générale peut créer d'autres commissions et définir leurs tâches ».

⁷⁶⁶ Réponses SWISSPERFORM question N 4 let. a ; Statuts SWISSPERFORM, art. 4a, 9 al.1 et 2.

⁷⁶⁷ Cf. Statuts SWISSPERFORM, art. 9.

⁷⁶⁸ Statuts SWISSPERFORM, art. 10 al. 3.

⁷⁶⁹ Si la terminologie varie d'une société à l'autre, les tâches de ces organes exécutifs sont généralement similaires. Le Conseil d'administration de la SUISA et celui de SUISSIMAGE s'intitulent, respectivement, « le Conseil » et « le Comité ». Cf. Statuts SUISA, art. 9.1 ; Statuts PROLITTERIS, art. 8 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 8.1 ; Statuts SSA, art. 21.

⁷⁷⁰ Art. 894 al. 1 CO. Seule la société PROLITTERIS a prévu que tous les membres de son conseil d'administration, sans exception, doivent être sociétaires. Cf. Statuts PROLITTERIS, art. 8.2.4.

⁷⁷¹ Cf. Statuts SUISA, art. 9.3.5 ; Statuts PROLITTERIS, art. 8.2.8 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 8.3.3 ; Statuts SSA, art. 27 al. 1.

SUISA et de PROLITTERIS sont élus pour la durée maximale autorisée par la loi, à savoir quatre ans et peuvent être réélus⁷⁷². Par contre, les administrateurs de SUISSIMAGE et de la SSA exercent leurs fonctions durant une période plus courte, respectivement de deux et trois ans, mais sont aussi rééligibles⁷⁷³. Conformément à la possibilité offerte par l'art. 898 al. 1 CO, les conseils d'administration de ces quatre sociétés de gestion ont nommé des directeurs qui ne sont pas nécessairement des sociétaires. Les directeurs, dont l'activité est surveillée par le conseil d'administration, assurent « la gestion opérationnelle de la société »⁷⁷⁴. Ils doivent, en général, participer aux assemblées générales et séances de l'administration, y ayant une voix consultative, préparer les dossiers à traiter par le conseil d'administration et certaines commissions et exécuter les décisions prises par les organes exécutifs⁷⁷⁵. La SUISA est la seule société de gestion à s'être spécialement dotée d'un service juridique qui, en tant qu'organe surveillé par la direction, est « chargé d'ester en justice »⁷⁷⁶. De plus, les sociétés de gestion ont généralement adopté des règlements prévoyant les modalités de détails de l'activité du conseil d'administration et de la direction.

En ce qui concerne SWISSPERFORM, elle s'est dotée de plusieurs organes exécutifs, à savoir un comité, une direction et des groupes d'experts. Le comité, dont la fonction peut être assimilée à celle du conseil d'administration dans les SCOOP⁷⁷⁷, se constitue lui-même dans le respect des dispositions statutaires, la durée des mandats en son sein étant de quatre ans avec possibilité de renouvellement illimité⁷⁷⁸. A noter que dans cette société, un comité directeur est chargé de préparer « les affaires » du comité⁷⁷⁹. Quant à la direction, elle est nommée par le comité et ses attributions sont consignées dans un règlement⁷⁸⁰. Finalement, cinq groupes d'experts ont été créés au sein de SWISSPERFORM, à l'image des cinq groupes d'ayants droit existant dans cette association⁷⁸¹. La direction apporte son aide à ces groupes et les surveille à certains égards⁷⁸². Pour l'essentiel, les groupes d'experts sont dotés de compétences dans leurs domaines d'activités propres⁷⁸³ mais ils ont, par contre, une

⁷⁷² Statuts SUISA, art. 9.3.4 ; Statuts PROLITTERIS, art. 8.2.7. Cf. art. 896 al. 1 CO.

⁷⁷³ Statuts SUISSIMAGE, art. 8.3.1 ; Statuts SSA, art. 25 al. 3.

⁷⁷⁴ Réponse SUISA question N 3.

⁷⁷⁵ Cf. Statuts SUISA, art. 9.5.2 ; Statuts PROLITTERIS, art. 8.4.2 et 8.4.3 ; Statuts SUISSIMAGE, art. 8.5.2 et 8.5.3 ; Statuts SSA, art. 28 al. 2 et 3.

Pour des exemples plus concrets de quelques-unes des activités primordiales de l'organe dirigeant, voir : réponses SUISSIMAGE, SUISA, PROLITTERIS et SUISA question N 3.

⁷⁷⁶ Statuts SUISA, art. 9.1 et 9.6.

⁷⁷⁷ En effet, aux termes de l'art. 14 des Statuts SWISSPERFORM, « le Comité statue sur toutes les affaires non-attribuées à un autre organe par la loi ou les statuts ».

⁷⁷⁸ Statuts SWISSPERFORM, art. 12.

⁷⁷⁹ Statuts SWISSPERFORM, art. 12 al. 4.

⁷⁸⁰ Statuts SWISSPERFORM, art. 17. Pour des exemples précis d'attributions, voir : réponse SWISSPERFORM question N 3.

⁷⁸¹ Statuts SWISSPERFORM, art. 18. Voir cette même disposition pour connaître la composition de ces groupes.

⁷⁸² Cf. Statuts SWISSPERFORM, art. 19 al. 2.

⁷⁸³ Par exemple, ils doivent seulement promulguer les règlements de répartition applicables aux groupes d'ayants droit qui les concerne. Cf. Statuts SWISSPERFORM, art. 19 al. 1.

compétence commune s'agissant des décisions et des « règlements touchant la répartition entre les différents secteurs des recettes perçues sur la base d'un tarif commun »⁷⁸⁴.

5.3 La place et l'avenir des sociétés de gestion en Suisse

Dans l'ensemble, les sociétés de gestion semblent satisfaites du régime que la LDA actuellement en vigueur réserve à leurs activités⁷⁸⁵. Nous allons brièvement évoquer certains points positifs du régime légal suisse, à partir des réponses à notre questionnaire que nous avons obtenues des sociétés de gestion. Un des premiers points positifs soulevés relève de l'exigence posée par l'art. 49 al. 3 LDA. Cette disposition qui permet d'assurer une rémunération équitable au titulaire originaire de droits, même s'il a cédé ses droits à un tiers, lui assure un bon degré de protection en Suisse, ce que les auteurs déplorent de ne pouvoir revendiquer en droit européen⁷⁸⁶. En ce qui concerne la problématique de la copie privée, la Suisse, « plus libérale que ses voisins européens », assure un système permettant de rémunérer les ayants droit sans pour autant criminaliser les consommateurs⁷⁸⁷. Finalement, le principe de la liberté contractuelle privilégié par le législateur suisse assure « à l'auteur la mainmise sur ses droits aussi longtemps qu'il ne les cède pas à des tiers », ce qui n'est pas forcément une évidence dans d'autres Etats⁷⁸⁸.

Par ailleurs, il semblerait que l'idée de gestion collective « jouit d'une grande acceptation des ayants droit et des utilisateurs » en Suisse⁷⁸⁹. Malgré qu'ils aient des intérêts financiers souvent antagonistes, ces acteurs directement concernés par la gestion collective « comprennent le mécanisme du droit d'auteur »⁷⁹⁰ et ne doivent généralement plus être convaincus du bien fondé des sociétés de gestion⁷⁹¹. En revanche, tel n'est parfois pas le cas des consommateurs, de la population en général et, quelques fois, des politiques qui se montrent hostiles aux sociétés de gestion. En effet, la réputation des sociétés de gestion n'est pas toujours à la hauteur de leur utilité et « il est rare qu'on en parle de manière positive »⁷⁹². Si on peut présumer « qu'aucun système basé sur la perception de rémunérations ne sera jamais soutenu activement par la population »⁷⁹³, nous croyons qu'il est possible d'améliorer l'image des sociétés de gestion. En effet, un travail de vulgarisation et d'information doit être entrepris. Les sociétés de gestion l'ont bien compris, puisqu'elles ont notamment créé un site Internet qu'elles éditent conjointement pour mieux faire connaître leurs activités et le droit

⁷⁸⁴ Statuts SWISSPERFORM, art. 19.

⁷⁸⁵ Cf. Réponses SUISSIMAGE, SWISSPERFORM, SUISA, PROLITTERIS, SSA question N 6.

⁷⁸⁶ Réponse SUISSIMAGE question N 6.

⁷⁸⁷ Réponse SUISA question N 6.

⁷⁸⁸ Réponse SSA question N 6.

⁷⁸⁹ Réponse SWISSPERFORM question N 6.

⁷⁹⁰ Réponse SUISSIMAGE question N 14.

⁷⁹¹ En effet, nous avons eu l'occasion d'expliquer à plusieurs reprises les avantages que les titulaires de droits d'auteur et les utilisateurs peuvent tirer de la gestion collective. Parmi ces principaux avantages pour les utilisateurs, on peut tout de même rappeler : la simplification du fait des « guichets uniques », la sécurité du droit grâce à l'adoption d'un cadre réglementaire précis et la faculté de rendre « juridiquement possible l'utilisation de nouveaux services ». Cf. Réponses SWISSPERFORM, PROLITTERIS et SUISSIMAGE question N 11. Voir également : réponse SUISSIMAGE question N 6.

⁷⁹² Réponse SUISA question N 14.

⁷⁹³ Réponse SWISSPERFORM question N 6.

d'auteur⁷⁹⁴. Néanmoins, certaines sociétés de gestion semblent douter qu'il soit judicieux, par exemple par le biais de campagnes informatives ciblées, de mieux se faire connaître de la population suisse⁷⁹⁵, cette dernière n'ayant pas d'interaction directe avec elles⁷⁹⁶. Cependant, ces sociétés soutiennent des actions pour sensibiliser le public au droit d'auteur lui-même⁷⁹⁷. Au contraire, d'autres sociétés de gestion considèrent qu'il pourrait être judicieux de « montrer de façon crédible les avantages de la gestion collective des droits à la population »⁷⁹⁸.

En tous les cas, le cheval de bataille le plus important des sociétés de gestion reste l'amélioration constante et l'adaptation de la réglementation sur la gestion collective en Suisse, nonobstant son caractère généralement satisfaisant. Dans cette optique, les sociétés de gestion ont non seulement des revendications communes, mais aussi des revendications liées à leurs domaines d'activité propres. Parmi les revendications communes ressortent surtout la nécessité de simplifier la procédure d'approbation des tarifs dont la trop longue durée est préjudiciable aux titulaires de droits, ainsi que le besoin de mieux réglementer l'activité des fournisseurs d'accès Internet ou de les responsabiliser, afin de limiter les conséquences des violations de droits d'auteur commises sur Internet⁷⁹⁹. Du côté des revendications propres, PROLITTERIS, SSA et SUISSIMAGE espèrent l'introduction de nouveaux droits à rémunération dans la loi, alors que SWISSPERFORM se bat pour une meilleure protection des droits voisins, notamment s'agissant de leur durée et du pourcentage d'indemnités auquel ils donnent droit⁸⁰⁰. En outre, SUISA, favorable aux propositions de l'AGUR12, estime qu'une modification de la définition de « cercle de personnes étroitement liées » prévue par l'art. 19 al. 1 let. a LDA permettrait « de générer de nouvelles recettes pour les auteurs »⁸⁰¹.

Au demeurant, nous constatons que les sociétés de gestion semblent appréhender sereinement l'essor de systèmes numériques de gestion des droits d'auteur (DRMS) qui pourraient tenter des titulaires de droits d'auteur de se passer de leurs services à certains égards⁸⁰². En effet, en plus de relever l'impopularité des DRMS, les sociétés de gestion mettent en avant leurs propres facultés d'adaptation au monde numérique, monde qu'elles perçoivent, dès lors, comme porteur de nouvelles opportunités pour leurs membres⁸⁰³.

⁷⁹⁴ Réponse SSA question N 14 ; cf. aussi : Réponses SUISA et PROLITTERIS question N 14. Voir : < <http://www.swisscopyright.ch/fr/page-daccueil.html> >.

⁷⁹⁵ Réponse SUISSIMAGE question N 14. Cf. également réponse SUISA question N 14.

⁷⁹⁶ Réponse SUISSIMAGE question N 14.

⁷⁹⁷ Réponse SUISSIMAGE question N 14.

⁷⁹⁸ Réponses SWISSPERFORM question N 14. Cf. également réponses PROLITTERIS et SSA question N 14.

⁷⁹⁹ Réponses SUISSIMAGE, SWISSPERFORM, SUISA, PROLITTERIS question N 7.

⁸⁰⁰ Réponses PROLITTERIS, SSA et SWISSPERFORM question N 7. Réponse SUISSIMAGE question N 6. A noter, à cet égard, que la SSA demande la création d'un « droit à rémunération inaliénable pour les auteurs audiovisuels ». SUISSIMAGE espère aussi la création d'un tel droit à rémunération. Dans sa réponse, PROLITTERIS évoque également l'opportunité d'introduire des « ECL [extended collective licence] ».

⁸⁰¹ Réponse SUISA question N 7.

⁸⁰² Cf. réponses SUISSIMAGE, SWISSPERFORM, SUISA, PROLITTERIS, SSA question N 8.

⁸⁰³ Ibid.

Pour achever notre bilan et afin que notre évaluation des perspectives d'avenir des sociétés de gestion soit un peu plus complète, il nous semble encore judicieux d'évoquer l'état de la scène culturelle suisse. A en croire les sociétés de gestion, « elle se porte bien »⁸⁰⁴. L'adoption par le Parlement du « Message culture » permettra d'augmenter « la participation financière de l'Etat »⁸⁰⁵ à l'encouragement de la culture et d'établir un véritable « Dialogue culturel national »⁸⁰⁶. Les signaux sont donc au vert pour le paysage culturel suisse dès lors que des conditions favorables sont mises en place pour stimuler la création littéraire et artistique dans les années à venir, ce qui augure aussi, indirectement, un avenir réjouissant pour les sociétés de gestion.

⁸⁰⁴ Pour davantage de précisions voir : réponses SUISSIMAGE, SWISSPERFORM, SUISA, PROLITTERIS, SSA question N 16.

⁸⁰⁵ Réponse SWISSPERFORM question N 16.

⁸⁰⁶ Voir : < <http://www.bak.admin.ch/themen/04135/index.html?lang=fr>>; Cf. réponses SUISSIMAGE, SWISSPERFORM, PROLITTERIS question N 16.

Conclusion

L'objectif de notre travail était de mettre en exergue l'impact que les sociétés de gestion exercent sur la littérature et l'art en Suisse. Nous avons découvert que cet impact est au moins double, puisque ces sociétés, qu'elles revêtent la forme de la coopérative ou de l'association, favorisent tant la *création* que l'*utilisation* de biens culturels en Suisse. En effet, elles sont impliquées aux deux extrémités de la chaîne d'exploitation du droit d'auteur.

Tantôt les sociétés de gestion interviennent de par la loi, quand le législateur a jugé qu'on ne peut se passer de leur concours, tantôt elles répondent à la volonté des titulaires de droits eux-mêmes. Nous retiendrons que ces sociétés favorisent la *création* littéraire et artistique en Suisse, principalement à deux égards.

Premièrement, elles gèrent les droits d'auteur, notamment de ceux qui sont à la source de la création. Pour y parvenir, elles s'occupent de recenser les utilisations qui sont faites des œuvres et prestations de leur membres et mandants en vue du recouvrement de redevances qui, même lorsqu'elles sont maigres, s'avèrent souvent vitales pour leur ayants droit. Il s'agit d'un travail herculéen, réalisé sur le territoire national souvent à partir d'un répertoire mondial d'œuvres ou de prestations et assuré à l'étranger par une collaboration efficace avec les sociétés-sœurs. Il est hautement probable que dans bien des cas, sans l'aide des sociétés de gestion, les créateurs de biens culturels ou simples titulaires de droits à titre dérivé n'auraient ni les connaissances, ni les ressources financières, pas plus que le temps, pour assurer la défense de leurs droits et en recueillir les fruits. Par voie de conséquence, ils seraient alors peut être moins enclins à partager leurs œuvres ou prestations, ou pire, ils risqueraient de ne plus vouloir créer du tout. Deuxièmement, il faut également se souvenir que grâce à l'altruisme des titulaires de droits d'auteur, les sociétés de gestion favorisent directement la littérature et l'art en dédiant chaque année des millions de francs au soutien de projets culturels divers et variés.

Cependant, même si ces sociétés ont historiquement été créées par les auteurs eux-mêmes pour servir leurs propres intérêts, force est de constater que les sociétés de gestion favorisent également l'*utilisation* de biens littéraires et artistiques, en assurant leurs accès au plus grand nombre et en permettant aux utilisateurs d'exploiter ces biens en toute légalité. C'est en considérant que l'utilisation d'œuvres ou de prestations était facilitée par les sociétés de gestion que le législateur leur a conféré un monopole, se devant corollairement de surveiller leur activité pour empêcher les abus pouvant être induits par leur position dominante.

Si l'on comprend la manière dont les sociétés de gestion favorisent la littérature et l'art sur la scène suisse, on doit aussi reconnaître qu'un rapport d'interdépendance entre la gestion collective et l'épanouissement de la scène culturelle suisse s'est cristallisé, l'une et l'autre se nourrissant mutuellement.

Finalement, d'un point de vue statistique, nous avons pu constater que les sociétés de gestion s'avèrent être des acteurs incontournables du droit d'auteur. En effet, elles œuvrent pour près de soixante-cinq mille titulaires de droits d'auteur en Suisse, sans compter les

personnes membres des sociétés-sœurs étrangères pour lesquelles elles gèrent également les droits. De plus, elles perçoivent des redevances pour plusieurs centaines de millions de francs suisses chaque année. Ces chiffres impressionnants démontrent que les sociétés de gestion constituent un centre névralgique pour les différents protagonistes du marché du droit d'auteur. Dans cette optique, les enjeux de leur réglementation et leur avenir ne peuvent être pris à la légère. Nonobstant les défis permanents auxquels les sociétés de gestion risquent d'être confrontées, nous croyons qu'elles ont encore de beaux jours devant elles, pour autant qu'il soit fait un juste écho de leur action, des murs du Palais fédéral aux oreilles de la population suisse, leur permettant ainsi de gagner leurs lettres de noblesse.

ANNEXE: questionnaire

1. De combien de membres est composée votre société de gestion ?

- Réponse SUISSIMAGE :

3'146

(voir rapport annuel 2014, p.5 :

<http://www.suissimage.ch/fileadmin/content/Jahresberichte_Online/2014/Geschaeftsbericht_fr/index.html>).

- Réponse SWISSPERFORM :

Fin 2014, SWISSPERFORM comptait 13'767 membres et mandants.

- Réponse SUISA :

Selon notre rapport annuel 2014 (p. 6), notre société comptait à fin 2014, 30'950 auteurs et 1'948 éditeurs, soit un total de 32'898 membres.

- Réponse PROLITTERIS :

11'000

- Réponse SSA :

La Société Suisse des Auteurs (SSA) compte 2'712 auteurs et ayants droit (au 31 décembre 2014, date du dernier relevé officiel).

(cf. rapport de gestion 2014 <<http://www.ssa.ch/fr/news/rapport-annuel-l-annee-2014-de-la-ssa>>).

2. Combien de personnes sont employées par votre société de gestion ?

- Réponse SUISSIMAGE :

36 personnes / 26,7 équivalents en plein temps

(voir ra, p. 4 et p. 20, note 15 :

<http://www.suissimage.ch/fileadmin/content/Jahresberichte_Online/2014/Geschaeftsbericht_fr/index.html>).

- Réponse SWISSPERFORM :

En 2014, le bureau a disposé en moyenne de 16,04 postes à plein temps, occupés par 19,39 collaborateurs.

- Réponse SUISA :

Toujours selon notre rapport annuel 2014 (dernière page), notre société comptait, à fin 2014, 204 employés et l'équivalent de 176 postes à plein temps.

- Réponse PROLITTERIS :

32, dont plusieurs à temps partiel.

- Réponse SSA :

22 personnes, soit 17,9 postes (au 31 décembre 2014)

3. Quel est le rôle principal de l'organe dirigeant de votre société ?

- Réponse SUISSIMAGE :

Le Comité se charge de toutes les affaires qui ne sont pas expressément du ressort d'autres organes (chiffre 8.3.3 des statuts) et notamment du contrôle de la direction.

- Réponse SWISSPERFORM :

- Décisions pour l'organisation
- Compétence de décision dans le domaine des finances
- Direction des séances des différents groupes et organes (assemblée des délégués, comité, comité directeur, groupes d'experts)
- Communication avec l'autorité de surveillance (l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI))
- Contact politique

- Réponse SUISA :

Les organes de notre société sont décrits au chiffre 9 de nos statuts. L'organe dirigeant est la Direction, qui est composée de trois membres (cf. rapport annuel 2014 p. 14), qui sont chacun responsables d'un Département (Membres et répartition, Clients et licences, Finances et logistique). Il est difficile de définir un rôle principal, la négociation des tarifs avec les utilisateurs est par exemple importante. Il est toutefois également essentiel que l'argent encaissé soit réparti (conformément à notre règlement de répartition) de manière équitable et que certains auteurs ou certains types de musique ne soient pas désavantagés. De même, compte tenu de l'énorme masse de données que nous recevons en relation avec l'écoute de musique en ligne, il est évidemment primordial que les outils informatiques soient développés et permettent autant que faire se peut un traitement automatique des informations. Je dirais que la Direction est d'une manière générale chargée de la gestion opérationnelle de la société et que cette tâche comprend de nombreux domaines interdépendants, de sorte qu'il est difficile de les hiérarchiser.

- Réponse PROLITTERIS :

La gestion d'affaires selon la loi sur le droit d'auteur, les statuts et les contrats de membres en ce qui concerne l'encaissement des redevances pour les droits d'utilisation et la répartition aux ayants droit.

- Réponse SSA :

La SSA est une société coopérative (régie par les articles 828 ss CO) dont les organes dirigeants sont :

1. L'Assemblée générale des sociétaires
2. Le Conseil d'administration
3. La Direction
4. L'Organe de révision

Pour plus d'information sur les pouvoirs et la composition actuelle de ces organes, nous vous proposons de vous référer aux statuts de la SSA et à son site internet :

<<http://www.ssa.ch/fr/content/les-organes-de-la-societe>>.

<<http://www.ssa.ch/sites/default/files/ssadocuments/m01f0610.pdf>>.

4. a. De quelle manière les membres peuvent-ils faire entendre leurs voix au sein de la société ?

- Réponse SUISSIMAGE :

Tous les membres sont invités à l'Assemblée Générale (chiffre 8.2 des statuts) et comme SUISSIMAGE est une coopérative, chaque membre a une voix (8.2.7), indépendamment de son poids économique.

- Réponse SWISSPERFORM :

SWISSPERFORM représente 5 groupes d'ayants droit: interprètes de l'audiovisuel, interprètes de phonogrammes, producteurs de l'audiovisuel, producteurs de phonogrammes, organismes de diffusion. De ce fait, il existe 5 groupes d'experts avec des représentants de chaque domaine d'activité. Ces groupes d'experts se réunissent régulièrement.

Relèvent de la compétence des groupes d'experts:

- la promulgation de règlements de répartition ayant trait à leur domaine d'activité
- la surveillance de la répartition entre les membres de leur domaine d'activité
- les décisions relatives aux tarifs, dans la mesure où ceux-ci traitent de la rémunération des droits de membre de leur domaine d'activité
- les décisions relatives aux contrats de réciprocité avec l'étranger, dans la mesure où ceux-ci concernent leur domaine d'activité
- l'adhésion à des organisations représentant leur domaine d'activité
- d'autres décisions dans le cadre des statuts, dans la mesure où elles concernent exclusivement leur domaine d'activité

En outre, l'assemblée des délégués ordinaire a lieu une fois par an. Toute personne physique membre de l'Association ou représentante d'une entreprise membre de l'Association peut être nommée délégué. Les délégués sont désignés par les membres appartenant au groupe d'ayants droit correspondant pour une période de fonction de quatre ans au maximum. L'assemblée des délégués est l'organe suprême de l'Association. Elle jouit des attributions inaliénables ci-dessous:

- l'assemblée des délégués établit les statuts et en prononce les amendements
- elle désigne le président et le vice-président du comité
- elle désigne les autres membres du comité, ainsi qu'un suppléant par groupe d'ayants droit en tenant compte des propositions des divers groupes de délégués
- elle fixe la composition de l'organe de contrôle
- elle homologue le compte de pertes et profits
- elle fixe le montant des affectations à des fins de prévoyance sociale ou d'encouragement des activités culturelles selon l'art. 2a, al. 6
- elle donne décharge aux membres du comité
- elle statue sur la dissolution ou la liquidation de l'Association
- elle décide d'éventuelles cotisations à la charge des membres
- elle statue sur tous les points mis dans la compétence de l'organe suprême de l'Association par la loi ou les statuts ou que le Comité soumettrait à la décision de l'assemblée des délégués
- elle statue sur les propositions des délégués et des membres

- Réponse SUISA :

Les sociétaires (sur cette notion cf. ch. 5.1 de nos statuts) peuvent participer à l'assemblée générale et se faire élire au sein de notre Conseil et de nos diverses Commissions.

- Réponse PROLITTERIS :

Ils ont la possibilité de faire des propositions à être traitées à l'Assemblée générale et ils peuvent être élus aux comités.

- Réponse SSA :

L'Assemblée générale des sociétaires est le pouvoir suprême de la société et se réunit une fois par an (art. 22 et 23 des Statuts). La dernière Assemblée générale a eu lieu le 19 juin 2015.

b. Dans cette perspective, pourriez-vous, à titre d'exemple, expliquer sur quel type de problématique portait l'une des dernières requêtes de l'un de vos membres ?

- Réponse SUISSIMAGE :

Changements du règlement de répartition. Comment se fait la ventilation des déductions de 10% à des fins sociales et culturelles (art. 48 al. 2 LDA) entre le fond culturel (actuellement 7%) et le fond de solidarité (3%). Souvent seulement des suggestions sous le point « Divers ».

- Réponse SWISSPERFORM :

Les thèmes actuels où les membres s'impliquent au travers des délégués des groupes d'experts sont :

- la révision du règlement de répartition pour les interprètes de l'audiovisuel et les interprètes de phonogrammes. Il s'agit d'une réévaluation de la musique dans les films, de la prise en compte de 2 nouveaux ayants droit: réalisateur de doublage et producteur artistique, de la réévaluation de la prestation des acteurs etc.
- la révision du règlement de répartition pour les producteurs de phonogrammes: le système de répartition est actuellement basé sur le chiffre d'affaires réalisé par la vente des supports. À l'avenir, la répartition sera similaire à la répartition pour les interprètes de phonogrammes, c'est-à-dire basée sur les listes d'émissions des stations de radio.

Par ailleurs, nos membres se renseignent, par exemple, quelles stations de radio sont prises en compte (la réponse est à la page 32 du règlement de répartition <http://www.swissperform.ch/uploads/media/SWISSPERFORM_Reglement_de_repartition_01.pdf>) ou alors, quand le portail pour les membres (où chaque ayant droit pourra contrôler et compléter ses enregistrements) sera fonctionnel (réponse: un tel portail qui répondra au nom de myswissperform.ch est prévu au courant 2016).

- Réponse SUISA :

Un seul membre peut certes faire entendre sa voix, il ne pourrait pas à lui tout seul obtenir des décisions en sa faveur. En règle générale, les membres se groupent en fonction de leurs intérêts pour obtenir ce qu'ils veulent. A titre d'exemple, les compositeurs de musique d'oeuvres audiovisuelles ont pu modifier des règles de répartition en leur faveur. En 2013, quelques membres ont lancé une pétition et obtenu par un vote à l'assemblée générale 2011 que la durée du mandat des membres du Conseil soit limitée à quatre périodes de quatre ans.

- Réponse PROLITTERIS :

Une journaliste a proposé en 2009 d'inclure les auteurs des textes qui sont publiés gratuitement dans la répartition. A cette époque, la requête a été refusée. Dans le futur règlement de répartition, ProLitteris propose d'en tenir compte.

- Réponse SSA :

Aucune problématique particulière n'a été soulevée dernièrement par l'un des membres de la SSA à l'assemblée générale.

5. Dans quelle mesure et pourquoi la forme juridique de votre société est-elle la mieux à même de servir ses membres ?

- Réponse SUISSIMAGE :

Atteindre ses objectifs plus aisément ensemble que chacun de son côté est le fondement de toute coopérative. Une collaboration dans le cadre d'une coopérative s'impose dès lors que la poursuite d'objectifs économiques dépasse les possibilités individuelles. Ce fut le cas notamment lorsque le secteur suisse du cinéma et de

l'audiovisuel a décidé, en 1981, de fonder la coopérative SUISSIMAGE afin de défendre ensemble les droits d'auteur sur les œuvres audiovisuelles.

Voir en détail : rapport annuel 2012, p. 4)

- Réponse SWISSPERFORM :

SWISSPERFORM est une association dotée de statuts, conformément aux art. 60 ss. du Code civil suisse. Cette forme juridique permet une organisation dans laquelle les membres des 5 groupes d'ayants droit (énoncés dans la réponse à la question 4a) sont représentés par des délégués.

- Réponse SUIISA :

SUIISA a notamment pour but de soutenir et favoriser la création et la diffusion de la musique suisse. Elle n'a pas de but lucratif. La forme de la société coopérative (art. 828 ss CO), qui poursuit principalement le but de favoriser ou de garantir, par une action commune, des intérêts économiques déterminés de ses membres, est donc la plus adaptée à notre but. Cette forme de société permet notamment une large participation de nos membres dans la gestion de notre société. Toutes les sociétés de gestion suisses ont adopté la forme de la coopérative, à part SWISSPERFORM, qui est une association.

- Réponse PROLITTERIS :

ProLitteris, comme cooperative, appartient aux membres et ils ont la possibilité de se faire entendre directement à l'Assemblée générale ainsi que par leurs représentants au conseil d'administration.

- Réponse SSA :

La SSA a son siège et sa direction en Suisse (art. 42 al. 1 let. a LDA). En tant que Société coopérative, elle bénéficie d'une légitimité, d'une proximité, d'une efficacité et d'une stabilité nécessaire à la perception des droits d'auteur. Cette forme juridique permet à la SSA de respecter les conditions posées par la loi sur le droit d'auteur (article 45 LDA) en matière de gestion collective obligatoire et est particulièrement à même de servir ses membres en leur octroyant la possibilité de participer aux décisions.

6. Comment caractériseriez-vous la gestion collective des droits d'auteurs en Suisse ? En particulier, en quoi peut-elle être différente de celle pratiquée à l'étranger ?

- Réponse SUISSIMAGE :

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 (art. 42. Al. 2 LDA) et si plusieurs de ces sociétés de gestion exercent leur activité dans le même domaine d'utilisation d'œuvres ou de prestations d'artistes interprètes (prestations), elles établissent selon

des principes uniformes un seul et même tarif pour chaque mode d'utilisation et désignent l'une d'entre elles comme organe commun d'encaissement (art. 47 LDA), donc c'est très efficace et juste pour les sociétés et c'est agréable pour les utilisateurs d'avoir ainsi un « one-stop-shop ». Du côté des auteurs de l'audiovisuel la disposition la plus importante est celle de l'art. 49 al. 3 LDA qui nous oblige à répartir une part équitable aux auteurs (et interprètes) même si ceux-ci ont cédé tous leurs droits à une société de production (ce qui est souvent le cas dans le domaine du film). L'introduction d'une disposition pareille sur le plan européen est une des demandes centrales des auteurs du film voir:

<<http://www.saa-authors.eu/fr/news/168/SAA-White-Paper-download>>.

Comme cette disposition ne vaut que dans le domaine de la gestion collective obligatoire, en Suisse nous demandons l'introduction d'un droit à rémunération équitable pour les auteurs de films que le fournisseur de services VoD est tenu de verser aux sociétés de gestion (les droits exclusifs concernant le VoD sont gérés individuellement ; voir rapport annuel 2014, p. 9 :

<http://www.suissimage.ch/fileadmin/content/Jahresberichte_Online/2014/Geschaeftsbericht_fr/index.html#6>.

- Réponse SWISSPERFORM :

La gestion collective en Suisse jouit d'une grande acceptation des ayants droit et des utilisateurs. En même temps, c'est un fait qu'aucun système basé sur la perception de rémunérations ne sera jamais soutenu activement par la population. Les sociétés de gestion ont encore un grand travail à faire en relations publiques afin de faire comprendre ce système. De plus, les associations des utilisateurs concernées sont catégoriquement contre les rémunérations dans de nouveaux domaines (ex. chambres d'hôtel, smartphones).

Les droits voisins (en Suisse soumis à gestion collective) sont, du moins dans le domaine phono, pratiquement concordants avec les taux de l'UE parce qu'ils sont aussi harmonisés sur le plan international (accords de Rome, WPPT). Les pays scandinaves connaissent au contraire les "Extended Collective Licenses". Des initiatives politiques allant dans ce sens de système ont déjà été déposées en Suisse. La Suisse comme l'UE ont bien du mal avec la subordination des droits voisins dans le mode connecté par la gestion collective obligatoire.

- Réponse SUISA :

Si l'on prend l'exemple de la copie privée (art. 19 al. 1 let. a LDA), cas de gestion collective obligatoire, la Suisse est plus libérale que ses voisins européens, dans la mesure où le téléchargement d'œuvres à des fins privées est légal également lorsque le site consulté est manifestement illégal. Il n'a de plus jamais été question d'introduire une loi répressive du type HADOPI en France.

Toujours dans le domaine de la copie privée, l'Espagne a choisi l'option d'une rémunération financée par le budget national.

Il me semble que le système suisse est plus juste dans la mesure où les producteurs et importateurs d'appareils, qui obtiennent des revenus importants grâce aux œuvres, sont débiteurs de la redevance. Ce système permet également de ne pas criminaliser le consommateur. Enfin, il permet une redevance équitable car on connaît, grâce aux études menées, les habitudes des consommateurs. On peut peut-être lui reprocher d'être un peu trop compliqué.

Sous réserve des observations qui précèdent, il est difficile de faire une comparaison pertinente sans avoir de réelles connaissances théoriques et surtout pratiques des systèmes étrangers.

- Réponse PROLITTERIS :

Dans la loi, la gestion collective obligatoire est bien réglée et les sociétés sont soumises à la surveillance de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle. De plus, les tarifs qui règlent ces utilisations sont à négocier avec les associations représentatives d'utilisateurs et doivent être approuvés par la Commission arbitrale fédérale. Cette solution offre aux utilisateurs une certaine sécurité en droit, ils ont la possibilité d'avoir accès aux œuvres protégées selon les dispositions fixées dans les tarifs communs. De plus, les sociétés gèrent également des droits sous forme des licences collectives volontaires.

- Réponse SSA :

Le droit d'auteur est un droit exclusif attribué par la loi à l'auteur sur ses œuvres.

Le législateur suisse a choisi de poser le principe de la **liberté contractuelle** : l'auteur peut autoriser ou non l'utilisation de son œuvre comme bon lui semble, sous réserve évidemment des restrictions (exceptions, licences légales, gestion collective obligatoire) au droit d'auteur posées par la loi. Dans les pays qui nous entourent, les lois ont souvent posé, en ce qui concerne les œuvres audiovisuelles, une présomption de cession des droits de l'auteur au producteur du film. Cette présomption de cession n'a pas à être renversée en droit suisse, ce qui donne à l'auteur la mainmise sur ses droits aussi longtemps qu'il ne les cède pas à des tiers.

Comme certaines œuvres sont utilisées intensivement sans que les auteurs puissent négocier les conditions financières de leur autorisation préalable, ils se sont regroupés et ont créé des sociétés pour gérer leurs droits, afin d'avoir plus de poids dans les négociations grâce à la représentation collective. Quand ce n'est pas la loi qui les force à faire gérer leur droits par une société de gestion (GCO=gestion collective obligatoire), on parle de **gestion collective volontaire** (GCV). En adhérant à la SSA, l'auteur lui cède une partie de ses droits en vue de leur gestion à titre fiduciaire (art. 3 du contrat de sociétaire). La gestion collective volontaire facilite le contrôle des

utilisations, l'octroi d'autorisations globales et l'encaissement et la redistribution des redevances.

7. Quelles sont, selon vous, les principales améliorations législatives - relatives à la gestion collective - qui devraient être apportées à la loi sur le droit d'auteur ?

- Réponse SUISSIMAGE :

La procédure pour l'approbation des tarifs dure trop long : négociations avec les associations des utilisateurs (env. 6 mois), puis les demandes d'approbation d'un nouveau tarif doivent être présentées à la Commission arbitrale au moins sept mois avant l'entrée en vigueur prévue dudit tarif (art. 9 al. 2 OLDA), contre les décisions de la CAF on peut recourir au Tribunal administratif fédéral et après au Tribunal fédéral (voir Dieter Meier, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, Helbing Lichtenhahn 2012, chiffre 15.2p. 158 ff.).

- Réponse SWISSPERFORM :

Responsabiliser les fournisseurs d'accès Internet envers la violation du droit d'auteur; suppression de la limite des 3% pour les droits voisins dans l'art. 60 §2 LDA; Prolongation du délai de protection des droits voisins de 50 à 70 ans.

- Réponse SUIISA :

L'AGUR12 a publié son rapport le 6 décembre 2013. D'une manière générale, SUIISA soutient ces propositions (ch. 9 du rapport).

Les points suivants peuvent être relevés et me semblent particulièrement utiles dans notre domaine.

La simplification de la procédure d'approbation des tarifs (ch. 9.2.3) nous paraît indispensable. Actuellement, le fait de pouvoir recourir contre les décisions de la CAF au TAF puis au TF a pour conséquence que les procédures sont extrêmement longues, ce qui est généralement favorable aux utilisateurs. Il se peut également que, compte tenu de la durée de la procédure, un tarif entre en vigueur alors que les modes d'utilisation ont changé, comme cela a été le cas, avec le passage du download au streaming, dans le cadre de la procédure relative au TC 4e, qui concerne les téléphones portables.

Les possibilités de blocage d'accès par les FAI et l'efficacité des poursuites civiles et pénales (ch. 9.3.4 et 9.3.7) doivent également être améliorées. Actuellement, il n'est pas possible de faire fermer depuis la Suisse un site manifestement illégal exploité à l'étranger.

Enfin, l'adaptation des restrictions du droit d'auteur (ch. 9.4) et en particulier une nouvelle définition du «cercle de personnes étroitement liées» au sens de l'art. 19 al. 1 let. a LDA permettrait de générer de nouvelles recettes pour les auteurs.

- Réponse PROLITTERIS :

Introduire de nouvelles licences légales et/ou introduire un système « ECL » (Extended collective licence). Par ailleurs, avoir la possibilité d'agir de plus directement et en collaboration avec les sociétés-sœurs à l'étranger en ce qui concerne les utilisations des œuvres protégées sur Internet.

- Réponse SSA :

Une des principales améliorations législatives que la SSA espère est la création d'un droit à rémunération inaliénable pour les auteurs audiovisuels qui serait géré obligatoirement par les sociétés de gestion.

(cf en annexe le livre blanc de la SAA (=lobby des sociétés de gestion audiovisuelles à Bruxelles) en faveur du droit à rémunération inaliénable des auteurs audiovisuels <<http://www.saa-authors.eu/fr/news/31/Le-Livre-blanc-de-la-SAA-en-t%C3%A9l%C3%A9chargement>>.)

8. Pensez-vous que les sociétés de gestion devraient se sentir menacées par la gestion numérique des droits d'auteurs ?

- Réponse SUISSIMAGE :

Non. (Les systèmes DRMS - digital rights management systems - ne sont pas couronnés de succès et ne sont pas très acceptés).

- Réponse SWISSPERFORM :

Le droit de mise à disposition ne fait pas partie de la gestion collective obligatoire dans le domaine des droits voisins. D'un côté, les producteurs sont contre une telle subordination, parce qu'ils pensent pouvoir gérer la licence d'utilisation eux-mêmes grâce au "Digital Rights Management". D'autre part, les interprètes déplorent les indemnités (par évaluation en ligne) qu'ils jugent non-appropriées. C'est pour cette raison qu'ils soutiennent la répartition obligatoire faite par une société de gestion.

- Réponse SUISA :

Les sociétés de gestion ont l'avantage d'avoir des bases de données contenant de nombreuses informations relatives aux œuvres et à leurs ayants droit. Il me semblerait difficile pour un nouvel acteur de procéder à la gestion des droits numériques sans ces informations.

Il ne fait toutefois aucun doute qu'une entreprise comme Google pourrait au moins partiellement recréer ces bases de données ou mettre au point un autre système de rémunération. Dans ce sens, un certain risque existe.

Je doute toutefois que les auteurs soient mieux rémunérés par une entreprise comme Google que par une société de gestion sans but lucratif créée par les auteurs eux-

mêmes. Si tel devait être le cas, les auteurs excluraient les droits concernés de la gestion collective pour les confier à l'entreprise privée en question.

Les sociétés de gestion s'efforcent en tout cas d'adapter leur gestion au monde numérique, notamment en se groupant pour pouvoir proposer un guichet unique aux nouvelles multinationales de la musique (Spotify, Google, etc.) et en développant de nouveaux outils informatiques.

- Réponse PROLITTERIS :

Pas menacées, mais elles doivent agir et réagir en proposant de nouvelles formes de licences collectives, soit légales ou alors volontaires.

- Réponse SSA :

Non, les sociétés de gestion ne se sentent pas menacées par le développement de la technologie numérique. Cela représente de nouvelles possibilités d'utilisations des œuvres de leurs membres et c'est une bonne chose pour eux. Cela dit, il est important que la gestion dans le domaine numérique reste possible et rationnelle. C'est pourquoi la SSA compte, dans le cadre du processus législatif en cours, sur l'implantation d'un droit à rémunération inaliénable pour les auteurs audiovisuels automatiquement géré par les sociétés de gestion.

9. La rémunération que les titulaires de droits d'auteur peuvent tirer des redevances perçues pour l'utilisation de leurs œuvres ou prestations vous paraît-elle suffisante ?

- Réponse SUISSIMAGE :

Dans le domaine du film toute l'exploitation dans les salles de cinéma se fait par gestion individuelle. Là c'est difficile à donner une réponse sur votre question, parce que nous ne connaissons pas ces chiffres et en plus cela dépend du succès d'un film. Dans le domaine de la gestion collective obligatoire, l'indemnité doit être fixée de manière à ce qu'une gestion rationnelle procure aux ayants droit une rémunération équitable (art. 60 al. 2 LDA). Mais comme la recette de l'utilisation ou les frais occasionnés par l'utilisation sont la base du calcul des 13% (art. 60 al. 2 LDA) la baisse des prix automatiquement a pour conséquence aussi une baisse des rémunérations et donc on risque que la rémunération ne soit plus équitable (voir Dieter Meier, Tarifverfahren, N. 145).

- Réponse SWISSPERFORM :

Non. Le taux maximal est malheureusement protégé par la loi Suisse : Art. 60 §2 LDA: 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 une rémunération équitable aux ayants droit. Les 10 % pour les droits d'auteur correspondent souvent aux licences qui peuvent être

obtenues sur le marché libre (négociations contractuelles). Les 3% pour les droits voisins sont au contraire beaucoup trop bas en comparaison avec les domaines où l'ayant droit peut négocier lui-même. L'article 60 est donc une discrimination pour les ayants droit et un désavantage pour les artistes de la culture. La fin de cet article, selon lequel « l'indemnité doit être fixée de manière à ce qu'une gestion rationnelle procure aux ayants droit une rémunération équitable », n'est pas applicable. SWISSPERFORM fait tout son possible afin d'éliminer cette limitation.

- Réponse SUISA :

Il faut distinguer selon les domaines. La rémunération est clairement insuffisante dans le domaine de l'utilisation des oeuvres sur Internet mais me semble équitable en ce qui concerne les diffusions sur les chaînes radio et télévision de la SSR par exemple.

- Réponse PROLITTERIS :

Non, mais l'article 60 alinéa 2 limite les sociétés de gestion dans les négociations tarifaires en instaurant une limite de pourcentage. De plus, les utilisations sous forme numérique s'agrandissent immensément sans que les redevances distribuées aux ayants droit soient justes et équitables.

- Réponse SSA :

Non, dès lors que le piratage est massif et non, dès lors que l'exploitation des œuvres sur internet profitent presque exclusivement aux fournisseurs d'accès et aux portails (=sites). Veuillez vous référer à ce sujet à l'article suivant paru dans notre bulletin PAPIER (printemps 2015) :

<<http://www.ssa.ch/sites/default/files/ssadocuments/papier114.pdf>>.

10. Quel pourcentage représentent en moyenne les coûts d'exploitation de votre société sur la part totale de ses recettes ?

- Réponse SUISSIMAGE :

4% en 2014 (ra 2014, p.4) ou 5,6% en moyenne ces derniers 10 années. C'est ainsi que pour chaque franc perçu, nous pouvons transférer environ 95 centimes aux ayants droit

(voir : <http://www.suissimage.ch/index.php?id=unser_geschaeft&L=1>).

- Réponse SWISSPERFORM :

Les frais administratifs représentent 7,88% des recettes tarifaires brutes.

- Réponse SUISA :

Le pourcentage, qui est publié chaque année, est actuellement de 12,47%.

- Réponse PROLITTERIS :

Pour les années 2012 – 2014 : 20.1% en moyenne.

- Réponse SSA :

Veillez vous référer à notre rapport annuel (pages 23 ss).

11. Considérez-vous que votre société de gestion à également un rôle à jouer pour préserver les intérêts des utilisateurs et l'offre culturelle suisse de manière générale ? Si oui, comment y parvient-elle le mieux ?

- Réponse SUISSIMAGE :

Oui, nous sommes un trait d'union entre les utilisateurs et les ayants droit sur les films. Par son activité, SUISSIMAGE rend juridiquement possible l'utilisation de nouveaux services, comme la télévision sur téléphone portable, tout en assurant une rémunération équitable aux ayants droit sur les films utilisés. Souvent les utilisateurs nous demandent, s'il est possible d'obtenir des licences pour une nouvelle utilisation sur la base d'une gestion collective par les sociétés de gestion.

- Réponse SWISSPERFORM :

La gestion collective obligatoire est sans aucun doute la meilleure solution pour les utilisateurs. C'est tellement plus simple quand l'utilisation d'une œuvre avec beaucoup d'ayants droit est rémunérée par un seul organisme (One Stop Shop).

L'offre culturelle se présente comme suit : Conformément à l'article 48, alinéa 2 de la loi sur le droit d'auteur (LDA), les sociétés de gestion suisses sont autorisées à consacrer une partie des recettes «à des fins de prévoyance sociale et d'encouragement d'activités culturelles». Cela requiert l'approbation de l'organe suprême de la société et il est généralement admis que la déduction ne doit pas excéder 10% des recettes tarifaires. En règle générale, les fonds sont administrés par des fondations et la Surveillance fédérale des fondations contrôle que les montants soient utilisés de façon appropriée. En conséquence, 10% des recettes tarifaires de SWISSPERFORM vont à des institutions culturelles et sociales juridiquement indépendantes de SWISSPERFORM. Les fonds sont consultables à la page 44 de notre rapport annuel:

<http://www.swissperform.ch/uploads/media/2014_SWISSPERFORM_rapport_annuel_02.pdf>.

- Réponse SUISA :

La Fondation SUISA reçoit 2,5% des recettes collectées par la Coopérative en relation avec les droits d'exécution et de retransmission. En 2014, près de 2,32 millions ont été consacrés à divers projets en lien avec la musique suisse. SUISA a également créé une fondation de prévoyance en faveur de ses auteurs et éditeurs.

- Réponse PROLITTERIS :

Oui. Les tarifs des sociétés proposant aux utilisateurs le règlement des droits d'auteur, que ce soit basé sur une licence légale ou sur des licences contractuelles, offrent une sécurité des droits ainsi que des règles claires et précises.

- Réponse SSA :

Oui, les sociétés de gestion jouent indéniablement un rôle important dans la préservation des intérêts des utilisateurs et de l'offre culturelle suisse en facilitant le processus d'octroi de licences de droits d'auteur. La SSA fait office, par exemple, de plaque tournante entre les compagnies de théâtre et les auteurs d'œuvres de scène suisses et étrangers qu'elle représente : elle centralise les demandes d'autorisation, les relaie aux auteurs puis attribue les autorisations (ou interdit) au nom de l'auteur, encaisse et enfin répartit les redevances aux auteurs.

12. Quels types de contrats les membres doivent-ils conclure avec votre société de gestion ? En outre, doivent-ils également conclure des contrats avec d'autres sociétés de gestion à l'étranger pour que leurs œuvres soient protégées en dehors des frontières suisses ?

- Réponse SUISSIMAGE :

Voir contrat de membre : <<http://www.suissimage.ch/index.php?id=264&L=1>>.

Les affiliations doubles ou multiples sont problématiques, superflues et indésirables.

En règle générale, il est amplement suffisant pour un ayant droit de se faire

représenter exclusivement par SUISSIMAGE, en Suisse comme dans le monde entier :

voir notice explicative étranger :

<<http://www.suissimage.ch/index.php?id=ausland&L=1>> .

- Réponse SWISSPERFORM :

Les interprètes et les producteurs (de phonogrammes et de vidéogrammes) ont droit à des redevances de SWISSPERFORM, tant dans le domaine phonographique qu'audiovisuel. S'ils ont leur domicile ou leur siège social en Suisse ou s'ils sont citoyens suisses, ils peuvent devenir membres de SWISSPERFORM.

Les interprètes étrangers du domaine phonographique ou audiovisuel peuvent, à titre de mandataires, conclure avec SWISSPERFORM un mandat de gestion pour la Suisse et le Liechtenstein, à moins d'avoir déjà confié à une société de gestion étrangère l'exercice de leurs droits en Suisse et au Liechtenstein. Les producteurs de phonogrammes étrangers peuvent faire valoir leur droit à des redevances auprès de SWISSPERFORM s'ils n'ont pas de distributeur en Suisse.

Les producteurs de l'audiovisuel étrangers reçoivent, en règle générale, des redevances sur la base de mandats de gestion conclus entre SWISSPERFORM et les sociétés de gestion étrangères établies dans le pays où les producteurs ont leur siège.

Enfin, les organismes de diffusion ont eux aussi droit à une part des redevances de SWISSPERFORM. Tous nos contrats-types sont téléchargeables sur notre site Internet :

<<http://www.swissperform.ch/fr/service/documents-a-telecharger.html>>.

Une liste des contrats de réciprocité est également sur notre site Internet :

<<http://www.swissperform.ch/fr/swissperform/partenaires/cooperation-internationale.html>>.

- Réponse SUISA :

Nos membres concluent avec notre société un contrat de gestion. Nous gérons leurs droits à l'étranger sur la base des contrats de représentation réciproque (une centaine) que nous avons conclus avec nos sociétés-soeurs.

- Réponse PROLITTERIS :

Des contrats d'adhésion ou des mandats.

Non, leurs œuvres sont protégées selon les contrats de réciprocité conclus avec nos sociétés sœurs à l'étranger également.

- Réponse SSA :

Un auteur devient membre après signature d'un **contrat de sociétaire** signé par lui et par la SSA.

<<http://www.ssa.ch/sites/default/files/ssadocuments/m02f0213.pdf>>.

La SSA étant représentée dans de nombreux pays par ses sociétés sœurs avec lesquelles elle signe des contrats de réciprocité, les auteurs membres de la SSA sont automatiquement représentés à l'étranger par lesdites sociétés étrangères, sans avoir besoin d'y adhérer.

13. Pourriez-vous également avoir un rôle à jouer dans des situations de gestion individuelle des droits d'auteurs ? Si oui, comment et à quel moment ?

- Réponse SUISSIMAGE :

Non, la gestion individuelle dans le domaine du film se fait par le biais de la productrice (la société de production). Notre devise est « autant que possible par gestion individuelle, autant que nécessaire par gestion collective », parce que dans le domaine de la gestion individuelle la productrice est libre de fixer le prix et ceci film par film, tandis que les sociétés de gestion (au moins dans le domaine de la gestion collective obligatoire) sont liés par l'art. 60 LDA. Mais au moins nous avons pris l'initiative pour élaborer avec les associations des contrats types pour la branche audiovisuelle suisse :

<<http://www.suissimage.ch/index.php?id=mustervertraege&L=1>>.

- Réponse SWISSPERFORM :

La possibilité de transférer à SWISSPERFORM les 2 droits exclusifs (à gestion collective obligatoire) supplémentaires mentionnés ci-dessous est prévue dans le contrat d'adhésion et le contrat de gestion pour les interprètes:

- mise à disposition à la demande (droit en ligne ou à la demande)
- enregistrement de la prestation sur phonogramme, vidéogramme ou support de données et reproduction de tels enregistrements.

SWISSPERFORM doit d'abord mettre en route la gestion de ces droits nouvellement cédés pour les interprètes. SWISSPERFORM fera valoir ces droits petit à petit vis-à-vis des utilisateurs (par exemple plateformes à la demande sur Internet ou entreprises qui copient des prestations et enregistrements dans leur intégralité).

- Réponse SUISA :

Si l'auteur choisi de gérer ses droits lui-même (cf. art. 40 al. 3 LDA), SUISA n'a par définition pas de rôle à jouer.

- Réponse PROLITTERIS :

Oui, en ce qui concerne les droits de reproduction et les droits "on demand" des œuvres des arts figuratifs et plastiques. Egalement pour le droit de diffusion des textes et des œuvres des arts figuratifs et plastiques.

- Réponse SSA :

Oui, la gestion du droit de représentation (cf. point 3.3. du contrat de sociétaire) est par exemple individuelle. L'auteur de scène s'engage par la signature du contrat de sociétaire à n'accorder des autorisations qu'au travers de la société et conformément aux tarifs que la SSA a négociés avec les utilisateurs.

14. Pensez-vous qu'il pourrait être judicieux de mieux faire connaître à la population suisse les sociétés de gestion (par exemple, via des campagnes informatives ou publicitaires) ?

- Réponse SUISSIMAGE :

Non, en principe pas : ceux qui sont nos partenaires (utilisateurs) ne sont en règle générale pas des personnes privées, mais des entreprises (diffuseurs, câblodistributeurs, importateurs, magasins, restaurants etc. et comprennent le mécanisme du droit d'auteur).

Mais nous faisons des actions communes dans les écoles afin de sensibiliser les jeunes pour le droit d'auteur: <<http://www.suissimage.ch/index.php?id=respect&L=1>> .

- Réponse SWISSPERFORM :

Tout à fait. Voir réponse à la question 6. Ce serait très souhaitable de gagner quelques ayants droits suisses célèbres pour ce genre de campagne. Ils pourraient expliquer et montrer de façon crédible les avantages de la gestion collective des droits à la population.

- Réponse SUISA :

En tant que juriste, il m'est difficile de répondre à cette question. Une personne spécialiste du marketing ou de la communication le ferait certainement mieux. Je constate toutefois que les sociétés de gestion ont traditionnellement une mauvaise réputation et qu'il est rare qu'on en parle de manière positive. Compte tenu de notre tâche, je me demande tout simplement s'il est possible, y compris à l'aide des campagnes que vous mentionnez, d'améliorer cette situation. De plus, l'argent investi ne reviendrait pas aux auteurs.

Je relève toutefois que nous avons ces dernières années créé un site commun aux cinq sociétés de gestion (<www.swisscopyright.ch>), modifier notre site et que nous tenons également un blog. Un effort pour expliquer notre tâche et notre fonctionnement est donc effectivement fait.

- Réponse PROLITTERIS :

En effet oui, via des campagnes d'information destinées aux auteurs et aux utilisateurs, aux politiciens et dans les écoles et universités. Bien sûr aussi dans la presse et sur les sites des sociétés de gestion.

- Réponse SSA :

Oui, les cinq sociétés de gestion suisses éditent ensemble à cette fin un site internet visant à faire connaître l'activité des sociétés de gestion et du droit d'auteur: <<http://www.swisscopyright.ch/fr/page-daccueil.html>>.

15. Dans quelle mesure votre société de gestion joue-t-elle un rôle de lobby pour faire entendre sa voix auprès des politiques ?

- Réponse SUISSIMAGE :

Les cinq sociétés ont engagé une lobbyiste commune pour nous aider d'être entendu au parlement pendant la révision du droit d'auteur à venir. Voir aussi notre site commun : <<http://www.swisscopyright.ch>>.

- Réponse SWISSPERFORM :

De nos jours, c'est généralement l'artiste et non l'auteur qui est connu du public. Ceci permet à SWISSPERFORM de mobiliser certains artistes pour des campagnes précises, surtout lorsque leur présence est souhaitée dans les halls du Palais fédéral. Par ailleurs, SWISSPERFORM dispose d'un grand réseau politique dans différents partis que l'on peut contacter selon les initiatives parlementaires. Par exemple,

l'initiative parlementaire du PLR pour la suppression de la redevance sur les supports vierges a finalement été refusée par une commission du Conseil national, et ceci grâce, entre autre, à l'intervention des sociétés de gestion.

- Réponse SUISA :

Nous avons engagé une personne chargée de défendre nos intérêts à Berne, en lien notamment avec le projet de modification de la LDA qui est actuellement en cours.

- Réponse PROLITTERIS :

Le lobbying a toujours bien joué, surtout avec le soutien de Suisseculture (dont les sociétés de gestion sont membres, à l'exception de Swissperform) et sous le nouveau concept de collaboration des sociétés de gestion sous le label Swisscopyright. Les deux organisations ont été créées en premier ligne pour avoir de bons résultats dans les révisions de la Loi sur le droit d'auteur (actuellement en cours et prévue pour fin 2015).

- Réponse SSA :

La SSA fait ce travail de lobby avec les quatre autres sociétés de gestion suisses. La problématique est plus ou moins la même pour les 5 sociétés.

16. Pour terminer, même s'il s'agit d'une question plus politique que juridique, comment se porte, à votre sens, la scène culturelle suisse ? Considérez-vous que suffisamment de ressources sont allouées pour encourager l'épanouissement de la littérature et de l'art suisses ?

- Réponse SUISSIMAGE :

Avec l'adoption du « Message sur la culture pour les années 2016 à 2020 » par le parlement nous avons fait un grand pas en avant :

<<http://www.bak.admin.ch/themen/04135/index.html?lang=fr>>.

<<http://www.suisseculture.ch/fr/actualites/details/artikel/2014/sep/suisseculture-begruessst-die-vorlage-der-kulturbotschaft.html>>.

- Réponse SWISSPERFORM :

Nous limitons notre déclaration par rapport à l'offre culturelle dans les domaines de la musique, le film et la diffusion (en d'autres termes là où SWISSPERFORM gère les droits).

En général, on peut dire que la diversité des productions a augmenté ces dernières années. Cela est probablement dû aux possibilités de diffusion par Internet. Celles-ci n'engendrent malheureusement pas automatiquement plus de revenus. Les performances en live sont de plus en plus importantes pour les artistes dans le domaine pop/rock, afin de minimiser les pertes issues des ventes de supports qui sont en chute.

Les associations suisses du domaine des manifestations musicales confirment une hausse régulière du nombre de concerts qui ont lieu en Suisse. La tendance d'augmentation que connaissaient les tarifs pour un concert a changé. Le prix moyen d'un billet a connu une baisse entre 2013 et 2014 (<<http://www.smpa.ch/data/File/dokumente/mm%20smpa-index%2014%20fr.pdf>>).

La décision prise par le parlement le 19 juin 2015 en faveur du Message culture du conseil fédéral (pour une augmentation de la participation financière de l'Etat dans les années 2016 à 2020) est positive. Par ailleurs, les 5 sociétés de gestion suisses versent de l'argent dans différents fonds à but de soutien de la culture. L'aperçu général se trouve sur le site Internet commun :

<<http://www.swisscopyright.ch/fr/culture-et-social/fondations.html>>.

Le soutien à la culture se fait à différents niveaux: la Confédération, les cantons, les communes ainsi que les institutions parapublics et privées (entreprises, fondations, particuliers etc.). De plus, la SRG SSR a une mission très claire dans le sens du Service public. Les loteries contribuent également au soutien de la culture suisse.

Malgré toutes ces institutions de soutien, cela reste toujours très rare qu'un artiste suisse puisse vivre uniquement des revenus issus de cette activité. Comme déjà dit dans la réponse 11, les ayants droit des droits voisins ne sont pas rémunérés à leur juste valeur. Il y a ici de quoi travailler au niveau politique pour obtenir une amélioration.

- Réponse SUISA :

Dans le domaine de la musique, si l'on prend en considération l'activité de la Fondation et certains festivals comme label suisse, il me semble que les ressources allouées à l'encouragement de la musique sont suffisantes. La scène musicale suisse se porte bien et n'a jamais été aussi active. Le problème réside certainement dans le fait que les artistes n'ont pas de statut particulier, qui permettrait à certains d'entre eux de vivre en tant que professionnel de la musique.

- Réponse PROLITTERIS :

Difficile de répondre ; c'est plutôt une question qui concerne l'activité de Suisseculture. Les sociétés de gestion s'occupent du règlement des droits d'auteur, c'est-à-dire l'encaissement de redevances pour les utilisations d'œuvres protégées et la distribution des indemnités revenant aux ayants droit. Le fait que le dernier « Message culture » a été adopté par le parlement a certainement amélioré la situation de la scène culturelle dans notre pays (par exemple par les prix et les soutiens financiers de la littérature et de l'art suisse).

- Réponse SSA :

La scène culturelle en Suisse se porte bien si l'on en croit les chiffres de la SSA : les droits de représentation scénique par exemple ont augmenté (passant de CHF 3'647'209.81 en 2011 à CHF 4'528'591.89 en 2014).

Et d'une manière générale les perspectives de perception de droits sont bonnes. Les recettes de la gestion collective obligatoire sont en augmentation depuis plusieurs années (cf. rapport annuel 2012, 2013 et 2014 en pièces jointes IV et V).