

Université de Neuchâtel

LA COPIE PRIVÉE EN DROIT D'AUTEUR SUISSE

Stephan Jauner

Mémoire de master

Rédigé sous la direction du
Professeur Vincent Salvadé

1^{er} juillet 2017

Table des matières

| | |
|---|----|
| Liste des abréviations | VI |
| Bibliographie | IX |
| Introduction | 1 |
| 1. Régime du droit d'auteur en Suisse | 2 |
| 1.1. L'œuvre | 2 |
| 1.2. L'auteur | 3 |
| 1.3. Droits conférés par la LDA | 4 |
| 1.3.1. Droits moraux | 4 |
| 1.3.1.1. Droit de paternité (art. 9 al. 1 et 2 LDA) | 5 |
| 1.3.1.2. Droit de divulgation (art. 9 al. 2 et 3 LDA) | 5 |
| 1.3.1.3. Droit à l'intégrité de l'œuvre (art. 11 LDA) | 5 |
| 1.3.2. Droits patrimoniaux | 5 |
| 1.3.2.1. Droit de reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA) | 5 |
| 1.3.2.2. Droit de distribution (art. 10 al. 2 let. b LDA) | 6 |
| 1.3.2.3. Droit de communication publique (art. 10 al. 2 let. c LDA) | 6 |
| 1.3.2.4. Droit de diffusion (art. 10 al. 2 let. d LDA) | 7 |
| 1.3.2.5. Droit de retransmission (art. 10 al. 2 let. e LDA) | 7 |
| 1.3.2.6. Droit de faire voir ou entendre (art. 10 al. 2 let. f LDA) | 7 |
| 1.4. Exceptions au droit d'auteur | 7 |
| 1.4.1. Généralités | 7 |
| 1.4.2. Test des trois étapes | 8 |
| 1.4.3. Durée de protection | 8 |
| 1.4.4. Formes et contenu des exceptions au droit d'auteur | 8 |
| 1.5. Gestion collective | 9 |
| 1.5.1. Sociétés de gestion | 9 |
| 1.5.2. Obligation de gérer collectivement | 10 |
| 1.5.3. Tarifs communs | 11 |
| 2. Exception d'usage privé | 12 |
| 2.1. Introduction | 12 |
| 2.2. Historique | 12 |
| 2.2.1. Ancien droit | 12 |
| 2.2.2. LDA de 1992 | 13 |

| | | |
|------------|--|----|
| 2.2.3. | LDA de 2007 | 14 |
| 2.2.4. | Modifications en cours (survol) | 14 |
| 2.3. | Usage privé au sens strict | 15 |
| 2.3.1. | Divulgateion de l'œuvre..... | 16 |
| 2.3.2. | Utilisation à des fins personnelles | 16 |
| 2.3.3. | Notion de cercle privé..... | 17 |
| 2.3.4. | Usage privé sur internet | 18 |
| 2.4. | Utilisation à des fins pédagogiques | 19 |
| 2.5. | Droit de reproduction au sein des entreprises et administrations | 21 |
| 2.6. | Copie privée effectuée par un tiers | 21 |
| 2.7. | Limites de l'exception d'usage privé..... | 22 |
| 2.7.1. | Œuvres disponibles sur le marché (art. 19 al. 3 let. a LDA) | 23 |
| 2.7.2. | Œuvres des beaux-arts (art. 19 al. 3 let. b LDA) | 24 |
| 2.7.3. | Partitions d'œuvres musicales (art. 19 al. 3 let. c LDA) | 26 |
| 2.7.4. | Enregistrement des représentations (art. 19 al. 3 let. d LDA)..... | 27 |
| 2.8. | Exception pour les logiciels..... | 27 |
| 2.9. | Exemplaires d'archives et copies de sécurité | 28 |
| 2.10. | Reproductions provisoires | 28 |
| 3. | Rémunération pour l'usage privé | 30 |
| 3.1. | Généralités sur l'art. 20 LDA | 30 |
| 3.2. | Rémunération prévue par l'art. 20 al. 2 LDA | 31 |
| 3.2.1. | Introduction | 31 |
| 3.2.2. | Débiteurs de la rémunération | 32 |
| 3.2.3. | Tarifs communs concernés | 33 |
| 3.3. | Redevance sur les supports vierges..... | 34 |
| 3.3.1. | Généralités..... | 34 |
| 3.3.2. | Supports visés | 36 |
| 3.3.3. | Calcul de la redevance | 39 |
| 3.3.4. | Question du double paiement..... | 40 |
| 3.3.4.1. | Situation d'un point de vue économique | 41 |
| 3.3.4.2. | Situation d'un point de vue juridique..... | 42 |
| 3.3.4.2.1. | Transfert d'une œuvre incorporée à un support matériel | 42 |
| 3.3.4.2.2. | Transfert d'une œuvre sur internet | 43 |

| | | |
|------------|--|----|
| 3.3.4.3. | Arrêt du TF concernant la redevance sur les lecteurs MP3 | 45 |
| 3.3.4.4. | Art. 19 al. 3 ^{bis} LDA | 46 |
| 4. | Actuelle révision du droit d’auteur | 51 |
| 4.1. | Contexte | 51 |
| 4.2. | Recommandations de l’AGUR12 en matière de copie privée | 51 |
| 4.3. | Modifications prévues par l’avant-projet de LDA en matière de copie privée | 52 |
| 5. | Questions particulières | 54 |
| 5.1. | Piratage | 54 |
| 5.2. | DRMS et mesures techniques de protection | 56 |
| 5.3. | Streaming | 58 |
| 5.4. | vPVR et télévision de rattrapage | 60 |
| 5.5. | Cloud computing | 61 |
| 5.5.1. | Introduction | 61 |
| 5.5.2. | Droits mis en jeu | 62 |
| 5.5.2.1. | Droit de reproduction | 62 |
| 5.5.2.2. | Droit de mise à disposition | 63 |
| 5.5.2.2.1. | Mise à disposition sans upload de la personne privée | 63 |
| 5.5.2.2.2. | Mise à disposition après upload de la personne privée | 64 |
| 5.5.3. | Principe de la territorialité | 64 |
| Conclusion | | 66 |

Liste des abréviations

| | |
|---------|---|
| ADPIC | Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1.C de l'Accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce, RS. 0.632.20 (p. 362-396) |
| al. | Alinéa |
| aLDA | Loi fédérale du 7 décembre 1922 concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques, RS. 2. 807. |
| art. | Article |
| ATF | Arrêt du Tribunal fédéral |
| BO | Bulletin officiel |
| c. | Considérant |
| CAF | Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins |
| CB | Convention de Berne du 9 septembre 1886 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 |
| CE | Conseil des Etats, Conseil de l'Europe |
| CEDIDAC | Centre du droit de l'entreprise (droit industriel, droit d'auteur, droit commercial) de l'Université de Lausanne |
| CER-N | Commission de l'économie et des redevances du Conseil national |
| ch. | Chiffre(s) |
| CHF | franc suisse |
| Cir. | Circonscription |
| CJUE | Cour de justice de l'Union européenne |
| CO | Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), RS. 220 |
| Cons. | Considérant |
| Consid. | Considérant |
| CN | Conseil national |
| CP | Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS. 311.0 |

| | |
|------|---|
| DFJP | Département fédéral de justice et police |
| DNS | Domain Name System |
| DRM | Digital Rights Management |
| DRMS | Digital Rights Management System |
| DVD | Digital Versatile Disc |
| DVR | Digital Video Recorder (en français : magnétoscope numérique) |
| éd. | Edition, éditeur |
| Etc. | Et cætera |
| FF | Feuille fédérale |
| GO | Gigaoctet |
| Id. | Idem |
| Inc. | Incorporation |
| IP | Internetworking Protocol |
| IPI | Institut fédéral de la propriété intellectuelle |
| JdT | Journal des Tribunaux |
| LDA | Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins, RS. 231.1 |
| LDIP | Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS. 291 |
| Let. | lettre |
| Lit. | littera |
| LTo | Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur la protection des topographies de produits semi-conducteurs, RS. 231.12 |
| MP3 | MPEG Audio Layer III |
| N° | Numéro |
| OMPI | Organisation mondiale de la propriété intellectuelle |
| p. | Page(s) |
| P2P | Peer-to-Peer |
| PI | Propriété intellectuelle |
| RIDA | Revue Internationale du Droit d'Auteur |
| RS | Recueil systématique du droit fédéral |
| RSJ | Revue Suisse de Jurisprudence |
| SJ | Semaine Judiciaire |

| | |
|------------|---|
| ss | et suivant(e)s |
| SSA | Société Suisse des Auteurs |
| TAF | Tribunal administratif fédéral |
| TC | Tarif commun |
| TF | Tribunal fédéral |
| Trib. Sup. | Tribunal supérieur |
| Usam | Union suisse des arts et métiers |
| VoD | Video on demand |
| vPVR | virtual Personal Video Recorder (en français : magnéscope numérique virtuel) |
| v. | Versus, contre |
| WCT | Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur (WIPO Copyright Treaty), RS. 0.231.151 |
| WIPO | World Intellectual Property Organization, voire OMPI |
| WPPT | Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WIPO Performances and Phonograms Treaty), RS. 0.231.171.1 |

Bibliographie

Ouvrages et articles

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul *nom de l'auteur*.

B. RAMELLO GIOVANNI, Napster et la musique en ligne. Le mythe du vase de Pandore se répéterait-il ?, in : Réseaux 6/2001, p. 132-154

BARRELET DENIS et EGLOFF WILLI, Le nouveau droit d'auteur ; commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 3^{ème} éd., Berne 2008

BERGER CHRISTIAN et WÜNDISCH SEBASTIAN, Urhebervertragsrecht, Baden 2015

BRÜGGER PETER, Private Nutzungsfreiheit, in: 100 Jahre URG, Berne 1986, p. 327

BÜHLER LUKAS, Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Fribourg 1999

CHERPILLOD IVAN, Droit d'auteur et voisins en relation avec les autoroutes de l'information : Le contenu des droits et leurs limitations, in : information Highway, Berne 1996, p. 261 (cité : CHERPILLOD, Autoroutes de l'information)

CHERPILLOD IVAN, in: De Werra/Gilliéron (édit.), Commentaire romand – Propriété intellectuelle, Bâle 2013 (cité : CHERPILLOD, CR-PI)

CHERPILLOD IVAN, Le droit d'auteur en Suisse, Lausanne, 1986 (cité : CHERPILLOD, Droit d'auteur)

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

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

DE WERRA JACQUES, Téléchargement d'œuvres protégées : l'impunité maintenue ?, in : Medialex 2006, p. 171 (cité : DE WERRA, Téléchargement)

DEL BIANCO ERIC, Le droit d'auteur et ses limites, Lausanne 1951

DESSEMONTET FRANÇOIS, Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé, in: Internet, Which Court Decides ? Which Law Applies ? Kluwer Law International, 1998, p. 47-64 (cité : DESSEMONTET, Internet)

DESSEMONTET FRANÇOIS, L'objet du droit d'auteur et les droits d'auteur, in : La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur, CEDIDAC, Lausanne 1994 (cité : DESSEMONTET, Objet du droit d'auteur)

DESSEMONTET FRANÇOIS, La propriété intellectuelle, CEDIDAC, Lausanne 2000 (cité : DESSEMONTET, Propriété intellectuelle).

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

EGLOFF WILLI, Bezahlter Download zum Eigengebrauch ? Zur Tragweite des neuen Art. 19 Abs. 3 bis URG, in : medialex 2/11, p. 72 ss

FARCHY JOËLLE et ROCHELANDET FABRICE, La copie privée numérique. Un danger pour la diffusion commerciale des œuvres culturelles ?, in : Réseaux 2/2001, p. 149-177

FARCHY JOËLLE, Le droit d'auteur est-il soluble dans l'économie numérique ?, in : Réseaux 6/2001, p. 16-40

FEHLBAUM PASCAL, in: De Werra/Gilliéron (édit.), Commentaire romand – Propriété intellectuelle, Bâle 2013

GASSER CHRISTOPH, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, thèse, Berne 1997

GILLIERON PHILIPPE, Propriété intellectuelle et Internet, CEDIDAC, Lausanne 2003 (cité : GILLIERON, Internet)

GILLIERON PHILIPPE, Le monde de l'audiovisuel à l'ère numérique : enjeux juridiques, in : sic ! 11/2009, p. 755 (cité : GILLIERON, Audiovisuel)

GITTON ANTOINE, La copie privée numérique : vers une licence d'édition privée, in : LEGICOM 2/2001, p.61-74

GLARNER ANDREAS, Werknutzung im digitalen Zeitalter : Strafrechtliche Betrachtungen zu Art. 19 Abs. 1 let. a URG und zum Schutz technischer Massnahmen, in: sic! 10/2006, p. 641-651.

HILTY RETO M., Urheberrecht, Berne 2010

JACCARD MICHEL et HEUMANN JEROME, in: De Werra/Gilliéron (édit.), Commentaire romand – Propriété intellectuelle, Bâle 2013

LIECHTI PATRICK, Exceptions au droit d'auteur, copie privée, reprographie et gestion collective, in : La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur, CEDIDAC, Lausanne 1994

LING PETER, in: De Werra/Gilliéron (édit.), Commentaire romand – Propriété intellectuelle, Bâle 2013

MARIETHOZ JULIEN, Etude de la pratique du téléchargement légal, mémoire de bachelor, Genève 2015

METTRAUX KAUTHEN CATHERINE, in : De Werra/Gilliéron (édit.), Commentaire romand – Propriété intellectuelle, Bâle 2013

PERRET FRANÇOIS, Les droits voisins, in : La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur, CEDIDAC, Lausanne 1994

PHILIPPIN EDGAR, in: De Werra/Gilliéron (édit.), Commentaire romand – Propriété intellectuelle, Bâle 2013

REBETZ MARINE, Internet, les réseaux sociaux et le droit d'auteur, mémoire de master, Neuchâtel 2015

REHBINDER MANFRED et VIGANÒ ADRIANO, Urheberrechtgesetz Kommentar, Zurich 2008

RENOLD MARC-ANDRE JEAN, Internet et le droit d'auteur, in : La Semaine judiciaire II, Doctrine 2002, no 4, p. 83-103

ROCHELANDET FABRICE, La mise en œuvre collective des droits d'auteur. Une évaluation en France et en Europe, in : Réseaux 6/2001, p. 94-130

RUEDIN PIERRE-EMMANUEL et TISSOT NATHALIE, La rémunération du transfert d'œuvres sur Internet, in : sic ! 2008, p. 417

RUEDIN PIERRE-EMMANUEL, in: De Werra/Gilliéron (édit.), Commentaire romand – Propriété intellectuelle, Bâle 2013

SALVADE VINCENT et al., Musique et droit d'auteur, CD-ROM, Neuchâtel, Lausanne, 2007. (cité : SALVADE, Musique et droit d'auteur)

SALVADE VINCENT, Droit d'auteur et nouvelles technologies de l'information et de la communication, Bâle 2015 (cité : SALVADE, Droit d'auteur et technologies)

SALVADE VINCENT, Du streaming au cloud computing : quel avenir pour la copie privée en Suisse ? in : sic ! 09/2016 (cité SALVADE, Avenir de la copie privée)

SALVADE VINCENT, Entre mesures techniques et redevances pour la copie privée; quelques questions juridiques soulevées par les DRMS, in : Jusletter 17.03.2008 (cité : SALVADE, DRMS)

SALVADE VINCENT, in: De Werra/Gilliéron (édit.), Commentaire romand – Propriété intellectuelle, Bâle 2013 (cité : SALVADE, CR-PI)

SALVADE VINCENT, Le droit d'auteur dans le nuage ou dans le brouillard ?; aspects juridiques concernant le «cloud computing», in : sic ! 2012, p. 161-168 (cité : SALVADE, Cloud)

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

SALVADE VINCENT, Téléchargement et copie privée: y a-t-il un double paiement?, CISAC, New York 2012 (cité : SALVADE, Téléchargement)

SESSA STEPHANE, Le téléchargement d'œuvres musicales sur Internet : légiférer ou ne pas légiférer ?, mémoire de Master, Neuchâtel 2012

SIRINELLI PIERRE, L'évolution juridique du droit d'auteur, in : Réseaux 6/2001, p. 42-59

TENDON MARION, Téléchargement, musique à la demande, streaming : l'échange d'œuvres sur internet est-il compatible avec le droit d'auteur, mémoire de Master, Neuchâtel 2011

THOUVENIN FLORENT, BIRCHER MARCEL et FISCHER ROLAND, Immaterialgüterrecht, Zurich 2010

TROLLER KAMEN, Précis du droit suisse des biens immatériels, 2^{ème} éd., Bâle 2006

VION ADRIEN, Droit d'auteur sur Internet: le cadre juridique actuel est-il suffisant?, in : Jusletter 14.05.2012

VIVANT MICHEL et BRUGUIERE JEAN-MICHEL, Droit d'auteur et droits voisins, 3^{ème} éd., Paris 2015

VON BÜRREN ROLAND, MARBACH EUGEN et DUCREY PATRIK, Imaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3^{ème} éd., Berne 2008

WIGGER FABIAN, Keine Privatkopie ab unrechtmässiger Vorlage, in: sic! 10/2014, p. 558 – 653

YUANCHI RU, Die Schranken des Urheberrecht im Internet, Berne 2004

Rapports, documents officiels et travaux préparatoires

AGUR12, Rapport final du 28 novembre 2013, accessible sur <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/agur12.html> (cité: Rapport AGUR12)

Communiqué de presse du DFJP du 11 décembre 2015 concernant la modernisation de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi sur le droit d'auteur, LDA), accessible sur <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/modernisation-du-droit-dauteur-2015.html>

Dossier de presse de l'IPI du 11 décembre 2015 concernant la modernisation de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi sur le droit d'auteur, LDA), accessible sur <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/modernisation-du-droit-dauteur-2015.html>

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

Notices explicatives des Tarifs communs 7, 8, 9 et 12, accessibles sur <http://www.prolitteris.ch> et sur <https://www.suissimage.ch>

Projet de loi du 11 décembre 2015 concernant la modernisation de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi sur le droit d'auteur, LDA), accessible sur <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/modernisation-du-droit-dauteur-2015.html>

Rapport du 2 décembre 2016 rendant compte des résultats de la consultation relative à la modification de la loi sur le droit d'auteur, accessible sur <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/modernisation-du-droit-dauteur-2015.html>

Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, accessible sur <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/ejpd/aktuell/news/2011/2011-11-30/ber-br-f.pdf>

Rapport explicatif du Conseil fédéral du 11 décembre 2015 relatif à deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et aux modifications de la loi sur le droit d'auteur, accessible sur <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/ejpd/aktuell/news/2015/2015-12-11> (cité : Rapport explicatif LDA 2015)

Introduction

Parmi les exceptions au droit d'auteur, l'usage à des fins privées constitue l'une des mesures les plus incisives vis-à-vis de l'auteur. Prévues dans la majorité des pays européens¹, elles permettent à un particulier d'utiliser librement une œuvre dans un cadre personnel, ce qui comprend notamment la possibilité de reproduire et de télécharger des œuvres complètes, de façon illimitée. En Suisse, ce système autorise même le téléchargement d'œuvres provenant d'une source illégale².

L'exception d'usage privé est le reflet d'un certain pragmatisme juridique, préférant autoriser des pratiques qu'il serait difficile d'interdire³. Pour que cette approche fonctionne, la liberté accordée aux particuliers doit cependant être compensée par un système de redevance efficace, qui permette aux auteurs d'y retrouver leur compte. Ceci est particulièrement vrai pour la Suisse qui, en s'écartant de l'approche répressive soutenue dans d'autres États en matière de piratage, doit réparer le préjudice subi par les auteurs d'une autre manière afin de respecter ses engagements internationaux.

Dans le but de garantir l'équité du système de redevance, l'un des objectifs principaux du cadre légal est d'assurer la neutralité technologique, c'est-à-dire de permettre une rémunération des auteurs qui soit le reflet des techniques utilisées pour faire valoir la licence légale du droit à l'usage privé. En d'autres termes, la loi doit garantir que la rémunération des auteurs évolue en parallèle aux nouvelles technologies et aux changements d'habitudes des utilisateurs⁴. C'est pour cette raison que la redevance, introduite dans la LDA en 1992 et visant initialement les cassettes vierges, a été étendue à d'autres supports vierges, comme le CD et le DVD ou, plus récemment, la mémoire flash contenue dans les smartphones.

À l'ère d'internet, l'œuvre est plus que jamais affranchie de son support et les moyens de reproduction sont en pleine évolution⁵. De nouvelles tendances de consommation sont apparues sous la forme du *streaming*, du *cloud computing*, ou des nouveaux moyens offerts par les services de télévision numérique. Dans le domaine musical, on assiste à un déclin des copies privées durables depuis plusieurs années⁶. De manière générale, les œuvres ne sont plus copiées, mais regardées ou écoutées en *streaming*, ou si elles le sont, c'est sur un serveur distant.

Le Conseil fédéral veut moderniser le droit d'auteur et une révision de la LDA est en cours⁷. Il importe d'examiner son approche concernant la copie privée et les redevances et de déterminer dans quelle mesure le cadre légal actuel est suffisant pour tenir compte des nouvelles pratiques en la matière.

¹ <http://www.copieprivee.org>.

² FF 2006 3263, p. 3302.

³ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25.

⁴ Salvadé, *Avenir de la copie privée*, p. 440.

⁵ Sessa, p. 2.

⁶ Salvadé, *Avenir de la copie privée*, p. 434.

⁷ <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/modernisation-du-droit-dauteur-2015.html>.

1. Régime du droit d'auteur en Suisse

Réglé exclusivement par la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA), le droit d'auteur se distingue des autres droits de propriété intellectuelle à bien des égards. Le droit d'auteur, en tant que droit exclusif, naît automatiquement et de manière complète avec la création de l'œuvre⁸. Contrairement aux autres droits de propriété intellectuelle, aucune action formelle, tel qu'un enregistrement, n'est nécessaire pour que l'acquisition du droit soit parfaite⁹.

L'objet de la LDA est la protection de ceux qui fournissent une prestation immatérielle¹⁰. L'œuvre est protégée en tant que telle¹¹, mais ce n'est pas cette dernière qui se trouve au centre de la loi : elle se rapporte à des personnes¹². La protection n'est pas limitée aux auteurs et vise également les artistes interprètes, les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, ainsi que les organismes de radiodiffusion, qui étaient jusqu'alors ignorés sur le plan législatif¹³. Les ayants droit étrangers sont traités de la même manière que les Suisses par la LDA¹⁴. La protection peut ainsi être revendiquée par l'ensemble des auteurs pour toutes leurs œuvres dignes de protection, indépendamment du lieu de publication ou de divulgation de l'œuvre¹⁵. De même, les titulaires de droits voisins¹⁶ peuvent faire valoir leurs droits sans égard au lieu de l'exécution, de l'enregistrement ou de la diffusion.

1.1. L'œuvre

Au vu de l'art. 2 LDA, qui définit l'œuvre comme « toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel », la notion d'œuvre repose sur trois éléments.

Une œuvre doit être une création de l'esprit, c'est-à-dire une expression de la pensée humaine¹⁷. Les objets créés indépendamment d'une activité intellectuelle de l'être humain, comme les produits de la nature ou de la technique¹⁸, ne sont pas des œuvres. Cependant, une activité de l'esprit très modeste, quantitativement parlant, suffit pour accorder la protection du droit d'auteur¹⁹. La qualité de la création n'a pas non plus d'importance, mais elle doit représenter quelque chose de nouveau, qui se distingue de ce qui était connu jusque-là²⁰. Le degré de nouveauté de la création ne résulte pas seulement d'un jugement objectif mais sera considéré subjectivement, en fonction de l'auteur et des autres créations dans le

⁸ Troller, p. 129.

⁹ Art. 29 ch. 1 LDA.

¹⁰ Barrelet/Egloff, N° 4 ad art. 1 LDA.

¹¹ Art. 3 et 29 LDA. Ainsi, la LDA protège même les œuvres d'auteurs inconnus (art. 31 LDA).

¹² BO CE 1991, p. 99.

¹³ Barrelet/Egloff, N° 3 ad art. 1 LDA.

¹⁴ Excepté l'art. 35 al. 4 LDA. Barrelet/Egloff, N° 2 ad art. 1 LDA.

¹⁵ Barrelet/Egloff, N° 2 ad art. 1 LDA.

¹⁶ A savoir, les artistes interprètes, les producteurs de phonogrammes et vidéogrammes, les organismes de radiodiffusion.

¹⁷ Barrelet/Egloff, N° 5 ad art. 2 LDA.

¹⁸ Par exemple, des enregistrements filmés par des caméras de surveillance.

¹⁹ ATF 59 II 405.

²⁰ Barrelet/Egloff, N° 6 ad art. 2 LDA.

domaine artistique en cause²¹. Par conséquent, même des œuvres offrant *a priori* peu de nouveauté pourront être qualifiées de « création de l'esprit ».

La création de l'esprit doit ensuite appartenir aux domaines de la littérature ou de l'art. Ces notions sont comprises dans un sens extrêmement large, comme l'illustre l'énumération de l'art. 2 al. 2 LDA, rendant ce critère de sélection peu utile en pratique²². En effet, l'art. 2 al. 1 LDA ne permet pas de se fonder sur la destination ou la valeur d'une création pour juger de sa protection, ce qui conduit à ce que presque tout ce qui est appelé « art » ou « littérature » par les auteurs devra être considéré comme tel²³. La volonté du législateur était d'empêcher que des juges aient à se prononcer sur la qualité artistique de créations, même à travers une simple interprétation de la notion d'œuvre²⁴. Pour cette raison, on doit retenir que la protection d'une création de l'esprit, considérée comme littéraire ou artistique par son auteur, ne dépend pas de l'étendue donnée aux notions de littérature et d'art²⁵.

En pratique, le principal critère permettant de dire si le résultat de l'activité créatrice est effectivement digne de protection est celui du caractère individuel²⁶. Afin de bénéficier de la protection de la LDA, l'œuvre doit posséder un cachet propre. En d'autres termes, elle doit se distinguer de ce qui a pu se faire auparavant. Les créations qui, bien que nouvelles, sont tellement proches de ce qui est connu qu'elles auraient pu être réalisées de la même manière par n'importe qui, n'ont pas de caractère individuel et ne sont pas protégées²⁷. L'individualité de l'œuvre suppose donc une certaine originalité, en tant que conséquence de la personnalité de l'auteur et de son effort intellectuel personnel²⁸. La marge de manœuvre dont dispose l'auteur sera toutefois prise en compte dans l'examen de l'individualité²⁹. Ainsi, une originalité moindre peut suffire à fonder la protection si la liberté créatrice est limitée, notamment par des contraintes techniques.

1.2. L'auteur

La loi définit simplement l'auteur comme « la personne physique qui a créé l'œuvre »³⁰. Elle consacre ainsi *le principe du créateur*, considéré par le Tribunal fédéral comme « l'une des maximes fondamentales de la législation suisse en matière de droit d'auteur »³¹. Selon ce principe, la qualité d'auteur est liée à l'activité créatrice personnelle qu'a nécessité l'œuvre, avec pour conséquence que seules des personnes physiques (dont l'individualité permet de créer des œuvres) peuvent être reconnues comme auteurs³². Par opposition, le droit d'auteur

²¹ Barrelet/Egloff, N° 6 ad art. 2 LDA.

²² Barrelet/Egloff, N° 7 ad art. 2 LDA.

²³ Barrelet/Egloff, N° 9 ad art. 2 LDA.

²⁴ Barrelet/Egloff, N° 9 ad art. 2 LDA.

²⁵ Barrelet/Egloff, N° 7 ad art. 2 LDA.

²⁶ Barrelet/Egloff, N° 8 ad art. 2 LDA.

²⁷ ATF 110 IV 105.

²⁸ Troller, p. 132.

²⁹ ATF 125 III 338.

³⁰ Art. 6 LDA.

³¹ ATF 116 II 352.

³² ATF 74 II 112.

anglo-saxon est davantage axé sur la personne qui supporte le risque financier de l'activité créatrice, raison pour laquelle le rattachement peut aussi se faire à une personne morale³³.

En droit suisse, les personnes morales ne peuvent bénéficier de la qualité d'auteur et acquérir des droits d'auteur à titre originaire³⁴. En revanche, toute personne physique en a la capacité, indépendamment de son âge et de sa capacité d'exercer les droits civils³⁵. Les enfants, les personnes sous tutelle et les personnes privées de discernement acquièrent des droits d'auteur sur les œuvres qu'ils créent.

Lorsque l'auteur est inconnu, la personne ayant divulgué l'œuvre est présumée en être l'ayant droit et peut exercer l'ensemble des droits d'auteur³⁶.

1.3. Droits conférés par la LDA

L'auteur bénéficie d'un droit exclusif et absolu sur son œuvre³⁷, opposable à tous dès la création de l'œuvre³⁸. Ce droit se compose de différentes prérogatives, qui peuvent se classer en deux catégories selon qu'elles protègent la personnalité de l'auteur (droits moraux) ou ses intérêts pécuniaires (droits patrimoniaux).

1.3.1. Droits moraux

Les droits moraux sont l'expression de la relation personnelle existant entre l'auteur et son œuvre. Ils sont liés à la personne de l'auteur et ne peuvent, pour cette raison, être cédés à des tiers³⁹. En revanche, l'utilisation du droit moral par des tiers peut être autorisée en partie, à l'exception du noyau dur du droit moral⁴⁰. Cette partie « intérieure » du droit moral, réservée à l'auteur, correspond à la protection de l'art. 27 al. 2 CC, selon lequel nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage, dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs.

L'héritier peut exercer le droit moral de la même manière que l'auteur⁴¹. A moins d'être lié par des dispositions pour cause de mort ou des dispositions contractuelles, il peut d'ailleurs annuler les décisions prises par l'auteur, par exemple en divulguant une œuvre qui était restée volontairement secrète, ou en mettant fin à l'utilisation d'un pseudonyme⁴². De manière générale, l'héritier peut se laisser guider par ses seuls intérêts, quitte à faire subir à l'auteur défunt et à son œuvre de véritables outrages⁴³. Sur ce point, le droit suisse adopte une vision du droit moral calqué sur les droits patrimoniaux, là où d'autres ordres juridiques

³³ Barrelet/Egloff, N° 1 ad art. 6 LDA.

³⁴ Voir cependant les art. 393 CO et 17 LDA.

³⁵ Barrelet/Egloff, N° 3 ad art. 6 LDA.

³⁶ Art. 8 ch. 2 LDA.

³⁷ Art. 9, 10 ch. 1 et 2 et 11 ch. 1 LDA.

³⁸ Troller, p. 129, 241 ; Barrelet/Egloff, N° 9 ad art. 9 LDA.

³⁹ Art. 6^{bis} CB.

⁴⁰ Barrelet/Egloff, N° 7 ad art. 9 LDA.

⁴¹ Art. 16 al. 1 LDA.

⁴² Barrelet/Egloff, N° 8 ad art. 9 LDA.

⁴³ Barrelet/Egloff, N° 8 ad art. 9 LDA.

considèrent parfois le droit moral comme l'instrument d'un devoir de fidélité à la mémoire du défunt et à son œuvre⁴⁴.

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

Le premier élément du droit moral est le droit de paternité. Il s'agit du droit de choisir le nom sous lequel on souhaite apparaître comme auteur, ou de choisir l'anonymat. Le droit de paternité inclut aussi le droit de faire reconnaître sa qualité d'auteur, c'est-à-dire d'être mentionné comme tel sur chaque exemplaire de l'œuvre⁴⁵.

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

Le droit de divulgation permet à l'auteur de décider s'il souhaite que son œuvre soit divulguée, ainsi que d'en choisir le moment et les circonstances⁴⁶. Il y a divulgation lorsque l'œuvre sort pour la première fois de la sphère privée de l'auteur pour être révélée au public⁴⁷.

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

Appelé également droit au respect, le droit à l'intégrité de l'œuvre permet à l'auteur de s'opposer à toute modification de son œuvre effectuée sans son accord.

1.3.2. Droits patrimoniaux

L'auteur a le droit exclusif de décider de l'utilisation de son œuvre⁴⁸. Mais n'importe quel contact avec une œuvre ne constitue pas pour autant une « utilisation » au sens de la loi. De manière exemplative, l'art. 10 al. 2 LDA décrit un certain nombre de prérogatives réservées à l'auteur⁴⁹. Ces droits d'utilisation sont généralement qualifiés de droits « patrimoniaux ». L'auteur a le droit d'en disposer ; il peut les transférer ou concéder des licences d'exploitation. De manière générale, leur fonction est de permettre à l'auteur de maîtriser les différentes formes d'exploitation de son œuvre, en les soumettant à son autorisation, voire au paiement d'une rémunération⁵⁰. Ils permettent ainsi à l'auteur de participer au profit économique réalisé au moyen de son œuvre.

1.3.2.1. Droit de reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA)

L'une des principales utilisations de l'œuvre consiste à en confectionner des exemplaires et des copies. Le droit de reproduction réserve cette prérogative à l'auteur. Le moyen technique

⁴⁴ Barrelet/Egloff, N° 8 ad art. 9 LDA.

⁴⁵ Barrelet/Egloff, N° 10, 11 ad art. 9 LDA.

⁴⁶ Barrelet/Egloff, N° 19 ad art. 9 LDA.

⁴⁷ Soit à un grand nombre de personnes qui n'ont pas de liens étroits entre elles. Art. 9 al. 3 LDA; Barrelet/Egloff, N° 23 ad art. 9 LDA.

⁴⁸ Art. 10 al. 1 LDA.

⁴⁹ Le législateur souhaitant garder une liste ouverte, tenant compte du caractère imprévisible de l'évolution technique. BO CE 1991, p. 100.

⁵⁰ Cherpillod, CR-PI, N° 8 ad art. 10 LDA.

de reproduction n'a pas d'importance⁵¹. Il en est de même du type de support. Toute matérialisation de l'œuvre sous forme d'exemplaires tombe sous le coup de ce droit exclusif⁵². Les copies sur un support informatique, ainsi que le téléchargement à partir d'internet, sont donc également concernées⁵³. La LDA contient cependant plusieurs exceptions directes à l'interdiction de toute reproduction⁵⁴, la plus importante étant l'exception d'usage privé (art. 19 al. 1 LDA).

1.3.2.2. Droit de distribution (art. 10 al. 2 let. b LDA)

Le droit de distribution, ou droit de mise en circulation, est le droit de proposer l'œuvre au public. Il s'étend à tout acte de disposition relatif à un exemplaire *corporel* de l'œuvre, susceptible de faire l'objet d'une aliénation et d'un épuisement. La distribution de copies sur internet ne relève donc pas de l'art. 10 al. 2 let. b LDA, mais de l'art. 10 al. 2 let. c LDA⁵⁵. Il y a épuisement du droit de mise en circulation lorsque l'œuvre est aliénée pour la première fois avec le consentement de l'auteur⁵⁶.

1.3.2.3. Droit de communication publique (art. 10 al. 2 let. c LDA)

De manière générale, le droit de communication publique comprend tout acte⁵⁷ permettant à l'auteur de rendre son œuvre perceptible, notamment en un autre lieu que celui où elle est présentée⁵⁸. L'auteur peut choisir de l'exécuter (pour une œuvre musicale), de la réciter (si c'est une œuvre littéraire), de la représenter (pour une œuvre théâtrale), de la projeter (pour un film), et ainsi de suite. La communication de l'œuvre peut être faite directement (en donnant un concert) ou indirectement (grâce à un enregistrement).

L'art. 10 al. 2 let. c LDA couvre également le droit de mettre l'œuvre à disposition « de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement »⁵⁹. C'est ce droit qui est concerné lorsque l'œuvre est transmise au moyen d'un réseau comme internet, car c'est l'utilisateur qui « appelle » l'œuvre et choisit de déclencher le processus de téléchargement ou de *streaming*⁶⁰. Ce sera également le cas de plusieurs services numériques interactifs, comme le *podcast* ou la *video on demand*.

⁵¹ Dessemontet, *Objet du droit d'auteur*, p. 53.

⁵² Cherpillod, CR-PI, N° 10 ad art. 10 LDA.

⁵³ Barrelet/Egloff, N° 12 ad art. 10 LDA.

⁵⁴ Art. 23, 24, 24a LDA.

⁵⁵ Cherpillod, CR-PI, N° 15 ad art. 10 LDA.

⁵⁶ Art. 12 LDA.

⁵⁷ La diffusion, la retransmission et la communication faite à partir d'une œuvre diffusée font l'objet de dispositions spécifiques, aux let. d, e et f de l'art. 10 al. 2 LDA.

⁵⁸ Cherpillod, CR-PI, N° 18 ad art. 10 LDA.

⁵⁹ Art. 10 al. 2 let. c LDA.

⁶⁰ Cherpillod, CR-PI, N° 33 ad art. 10 LDA.

1.3.2.4. Droit de diffusion (art. 10 al. 2 let. d LDA)

L'auteur a le droit de diffuser l'œuvre par la radio, la télévision ou des moyens analogues. La diffusion est l'envoi *simultané* de l'œuvre par des moyens techniques à un groupe plus ou moins important de personnes⁶¹.

Les formes de diffusion qui supposent une participation interactive du consommateur, comme le *streaming* ou d'autres services sur internet, ne rentrent pas dans le cadre du droit de diffusion. Si le consommateur peut choisir le moment auquel il écoute ou visionne l'œuvre, l'œuvre est alors mise à disposition « de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement » au sens de l'art. 10 al. 2 let. c LDA. En revanche, les services de diffusion linéaires et non interactifs, tels que les *webradio*, restent soumis à l'art. 10 al. 2 let. d LDA.

1.3.2.5. Droit de retransmission (art. 10 al. 2 let. e LDA)

La retransmission est un acte qui porte sur des œuvres diffusées. Il s'agit d'une transmission secondaire par rapport à la transmission originale, effectuée dans la plupart du temps par une autre personne que le diffuseur initial et à l'aide de moyens techniques distincts⁶².

1.3.2.6. Droit de faire voir ou entendre (art. 10 al. 2 let. f LDA)

L'auteur a le droit « de faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition, diffusées ou retransmises »⁶³. Tout tiers diffusant une œuvre hors du cadre privé, comme un restaurateur qui offre à sa clientèle la possibilité de suivre des émissions télévisées, ou un grand magasin qui fait écouter des émissions musicales, devra requérir une autorisation⁶⁴. Ce droit ne peut être exercé que par des sociétés de gestion⁶⁵.

1.4. Exceptions au droit d'auteur

1.4.1. Généralités

Tout comme la propriété matérielle, le droit d'auteur n'est pas absolu et reste soumis aux impératifs de la vie en société, qui suppose par exemple que l'information circule, que les techniques de reproduction puissent être utilisées, que l'éducation soit assurée ou encore que l'individu puisse utiliser des œuvres pour son usage strictement personnel⁶⁶.

⁶¹ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 184.

⁶² Cherpillod, CR-PI, N° 39 ad art. 10 LDA.

⁶³ Art. 10 al. 2 let. f LDA.

⁶⁴ Barrelet/Egloff, N° 37 ad art. 10 LDA.

⁶⁵ Art. 22 LDA.

⁶⁶ Barrelet/Egloff, N° 1 ad art. 19 LDA.

Pour cette raison, la LDA contient différentes dispositions visant à restreindre le droit exclusif de l'auteur. Elles portent en général sur le droit d'exploitation de l'œuvre, mais n'épargnent pas entièrement le droit moral, dans la mesure où une utilisation raisonnable l'exige⁶⁷.

1.4.2. Test des trois étapes

Lors de l'adoption de limitations au droit d'auteur, le législateur doit respecter le test dit « des trois étapes », prévu notamment à l'art. 9 al. 2 CB pour le droit de reproduction⁶⁸. Selon cette règle, les exceptions au droit d'auteur ne peuvent être admises qu'à trois conditions : la restriction doit concerner des cas spéciaux, elle ne doit pas affecter l'exploitation normale de l'œuvre et elle ne doit pas causer de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur⁶⁹.

1.4.3. Durée de protection

L'œuvre est protégée dès sa création et jusqu'à 70 ans après le décès de l'auteur⁷⁰. Cette durée est réduite à 50 ans pour les droits voisins⁷¹ et les logiciels. L'œuvre tombe ensuite dans le domaine public et devient un patrimoine commun, que n'importe qui peut utiliser, y compris à des fins commerciales⁷².

Cette limite de durée de protection constitue la principale restriction au droit d'auteur. Elle se justifie par le fait que les œuvres sont censées profiter au plus grand nombre et que cet intérêt, passé un certain temps, surpasse les intérêts matériels des descendants de l'auteur⁷³.

1.4.4. Formes et contenu des exceptions au droit d'auteur

Premièrement, la LDA prévoit que certains droits d'auteur ne peuvent être exercés que par des sociétés de gestion. C'est notamment le cas des articles 22 et suivants, du droit de location⁷⁴, des droits à rémunération découlant de la reproduction d'une œuvre dans un contexte scolaire ou dans des entreprises⁷⁵, ainsi que des rémunérations dues par les producteurs et importateurs de supports vierges⁷⁶.

La licence obligatoire, prévue par l'art. 23 LDA, impose à l'ayant droit d'autoriser l'utilisation de l'œuvre à toute personne remplissant les conditions légales, moyennant contre-prestation équitable. À la différence des licences légales, qui sont obtenues directement en vertu de la

⁶⁷ Barrelet/Egloff, N° 3 ad art. 19 LDA.

⁶⁸ L'art. 13 ADPIC étend ce principe à tous les droits d'auteur.

⁶⁹ Thouvenin/Bircher/Fischer, ad art.19 LDA.

⁷⁰ Art. 29 LDA.

⁷¹ Art. 39 al. 1 LDA.

⁷² Barrelet/Egloff, N° 4 ad art. 29 LDA.

⁷³ Barrelet/Egloff, N° 3 ad art. 29 LDA.

⁷⁴ Art. 13 ch. 3 LDA.

⁷⁵ Art. 20 ch. 2 et 4 LDA.

⁷⁶ Art. 20 ch. 3 LDA.

loi, les licences obligatoires doivent faire l'objet d'une demande au titulaire de droit d'auteur⁷⁷.

La licence légale permet l'utilisation de l'œuvre sans autorisation spécifique de l'auteur dès que les conditions légales sont remplies. La restriction est donc plus forte qu'en cas de licence obligatoire⁷⁸. Le titulaire a cependant droit à une rémunération. La licence légale est prévue aux art. 19 al. 1 lit. b et c, 19 al. 2 ou encore 35 LDA.

Enfin, certaines utilisations sont entièrement libres et sont exclues de la protection du droit d'auteur sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une autorisation ou de payer une rémunération. C'est le cas de l'exception d'usage privé au sens strict⁷⁹ (sous réserve de la rémunération perçue sur les supports vierges) et des art. 21, 22 al. 2 et 24 à 28 LDA⁸⁰.

1.5. Gestion collective

Conformément à l'article 9 al. 1 LDA⁸¹, l'auteur s'occupe en principe lui-même de la gestion de ses droits⁸². Mais dans certaines circonstances, la gestion individuelle se heurte à des obstacles. Ce sera par exemple le cas lorsque le titulaire de droits ne peut pas contrôler toutes les utilisations de ses œuvres (notamment dans le domaine musical), ou lorsqu'il n'est pas raisonnable de demander à l'utilisateur d'obtenir toutes les autorisations nécessaires pour un usage déterminé. C'est pour cette raison que le droit d'auteur offre la possibilité aux auteurs de se grouper en sociétés, et de confier à celles-ci la gestion de leurs droits. Instrument indispensable pour la mise en œuvre concrète du droit d'auteur⁸³, la gestion collective est l'exercice du droit d'auteur et des droits connexes par ces sociétés, qui agiront dans l'intérêt et au nom des titulaires de droits⁸⁴.

1.5.1. Sociétés de gestion

Les sociétés de gestion collective sont des sociétés privées, créées par les ayants droit et chargées de faire valoir les prérogatives de ces derniers auprès des utilisateurs⁸⁵. Elles exercent leur activité avec l'autorisation et sous la surveillance de la Confédération et doivent respecter un certain nombre de règles⁸⁶. Cela permet de compenser l'absence de concurrence entre elles, et d'assurer un fonctionnement correct et équitable de la gestion collective⁸⁷.

⁷⁷ Liechti, p. 157.

⁷⁸ Barrelet/Egloff, N° 2 ad art. 19 LDA.

⁷⁹ Art. 19 al. 1 lit. a LDA.

⁸⁰ Barrelet/Egloff, N° 2 ad art. 19 LDA.

⁸¹ Voir aussi les art. 10 al. 1 LDA et 11 al. 1 LDA.

⁸² Fehlbaum, N° 1 ad art. 40 LDA.

⁸³ Salvadé, CR-PI, N° 11 Intro. art. 40-60 LDA.

⁸⁴ <http://www.wipo.int/copyright/fr/management>.

⁸⁵ Salvadé, CR-PI, N° 1 Intro. art. 40-60 LDA.

⁸⁶ Art. 40 ch. 1 LDA ; ATF 124 III 489. La tâche de surveillance incombe à l'IPI en vertu de l'art. 51 al. 1 LDA.

⁸⁷ Salvadé, CR-PI, N° 7 Intro. art. 40-60 LDA.

A l'heure actuelle, cinq sociétés de gestion disposent d'une accréditation de l'IPI et se répartissent les domaines concernés par la gestion collective en Suisse : la SUISA couvre les œuvres musicales non théâtrales, ProLitteris les œuvres littéraires et plastiques, SUISSIMAGE les œuvres visuelles et/ou audiovisuelles, la Société Suisse des Auteurs (SSA) les œuvres dramatiques et SWISSPERFORM est chargée de la gestion des droits voisins⁸⁸.

Lorsqu'un auteur transfère ses droits à l'une de ces sociétés, il le fait par un contrat de gestion, qui obéit aux règles du mandat selon les art. 394 ss CO⁸⁹. Les droits sont cédés à titre fiduciaire et de manière exclusive, ce qui aura plusieurs conséquences. Premièrement, l'auteur ne pourra plus exercer ses droits directement, aussi longtemps que dure le contrat⁹⁰. De plus, l'utilisateur qui aurait versé une indemnité à l'auteur ne sera pas libéré pour autant à l'égard de la société de gestion qui lui oppose ses droits, et ce peu importe sa bonne foi⁹¹. De son côté, la société de gestion pourra procéder, en son propre nom, à tous les actes juridiques que nécessite la gestion des droits d'auteurs de ses membres, y compris intenter des actions en justice⁹².

1.5.2. Obligation de gérer collectivement

En règle générale, la gestion collective est volontaire. Les auteurs ne sont pas contraints de faire gérer leurs droits exclusifs par un accord contractuel avec une société de gestion⁹³. Les auteurs gardent ainsi le droit de disposer de leurs œuvres, ainsi que leur droit de veto⁹⁴.

Certains droits sont toutefois exclus de la gestion individuelle. Il s'agit tout d'abord des droits visés à l'art. 40 al. 1 let. a^{bis} LDA⁹⁵, comme le droit de reproduction à des fins de diffusion⁹⁶. La loi oblige également l'auteur à passer par une société de gestion pour l'exercice des droits à rémunération prévus aux art. 13, 20, 24c et 35 LDA⁹⁷. Dans ces cas-là, le versement direct de l'utilisateur à l'auteur, sans qu'il y ait d'autre contrat entre les deux, est exclu, même lorsque le versement serait aisé à effectuer⁹⁸. Cette restriction se justifie dans l'intérêt des utilisateurs, mais aussi de l'auteur qui, dans les cas d'utilisation massive, serait dans l'incapacité d'encaisser son dû⁹⁹. En revanche, la loi ne peut pas obliger l'auteur à rendre l'utilisation de ses œuvres payante. Il est libre de renoncer à toute rémunération. Les sociétés de gestion devront en être informées, afin d'en tenir compte lorsqu'elles encaisseront les redevances¹⁰⁰.

⁸⁸ Fehlbaum, N° 4 ad art. 40 LDA.

⁸⁹ Barrelet/Egloff, N° 18 ad art. 40 LDA.

⁹⁰ ATF 117 II 465.

⁹¹ ATF 117 II 465.

⁹² Barrelet/Egloff, N° 18 ad art. 40 LDA.

⁹³ Art. 40 al. 3 LDA; Fehlbaum, N° 25 ad art. 40 LDA.

⁹⁴ Barrelet/Egloff, N° 15 ad art. 40 LDA.

⁹⁵ Art. 22, 22a à 22c, 24b LDA.

⁹⁶ Fehlbaum, N° 26 ad art. 40 LDA.

⁹⁷ Art. 40 al. 1 let. b et al. 3 LDA ; Barrelet/Egloff, N° 17 ad art. 40 LDA.

⁹⁸ Barrelet/Egloff, N° 12 ad art. 20 LDA.

⁹⁹ FF 1989 III 539.

¹⁰⁰ Barrelet/Egloff, N° 17 ad art. 40 LDA.

1.5.3. Tarifs communs

Pour les utilisations qui font l'objet d'une licence légale, les sociétés de gestion ont l'obligation d'établir un tarif¹⁰¹. Cette obligation est une manifestation du devoir des sociétés d'établir leurs tâches selon des règles déterminées¹⁰². Les sociétés de gestion ne peuvent encaisser des redevances sans disposer d'un tarif préalablement établi¹⁰³. Elles se chargeront ensuite de la répartition du montant entre les divers ayants droit, y compris ceux résidant à l'étranger¹⁰⁴.

Les tarifs communs des sociétés de gestion définissent le champ d'application des redevances et en fixent les conditions et les montants. En vertu des art. 46 et 47 LDA, ils sont négociés par les sociétés de gestion avec les associations représentatives d'utilisateurs (telles que *l'usam* ou *economiesuisse*) selon le principe de l'équité¹⁰⁵. Ils sont soumis à l'approbation de la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins, pour une certaine durée de validité¹⁰⁶. Les tarifs approuvés sont publiés dans la Feuille officielle suisse du commerce, ce qui permet aux sociétés de gestion de commencer à encaisser les redevances¹⁰⁷. Une fois entrés en vigueur, les tarifs lient le juge¹⁰⁸.

Les sociétés de gestion ont également la possibilité d'établir des tarifs pour des utilisations qui ne font pas l'objet d'une licence légale et qui échappent à la surveillance de l'Etat. Cela permet de faciliter l'octroi d'autorisations pour des usages qui dépendent entièrement du bon vouloir des ayants droit¹⁰⁹. Par exemple, le tarif commun 7 règle la reproduction d'œuvres des arts plastiques ou de partitions musicales dans les écoles¹¹⁰, qui échappe au champ d'application de l'art. 19 LDA.

La marge de manœuvre dont disposent les sociétés de gestion a cependant des limites. Les dispositions tarifaires ne doivent pas contrevenir à des règles légales impératives¹¹¹. Les sociétés de gestion ne sont pas autorisées à introduire au moyen d'un tarif approuvé une obligation de rémunération pour des activités qui ne sont pas soumises à rémunération selon la LDA¹¹². Dans l'hypothèse où la CAF donnerait son approbation à un tel tarif, le juge ne serait pas lié par la clause tarifaire, malgré l'art. 59 al. 3 LDA¹¹³.

¹⁰¹ Barrelet/Egloff, N° 2 ad art. 46 LDA.

¹⁰² Salvadé, CR-PI, N° 1 ad art. 46 LDA.

¹⁰³ Barrelet/Egloff, N° 5 ad art. 46 LDA.

¹⁰⁴ Barrelet/Egloff, N° 12 ad art. 20 LDA.

¹⁰⁵ Art. 60 LDA.

¹⁰⁶ Notice explicative TC 8/9, p. 3.

¹⁰⁷ Barrelet/Egloff, N° 10 ad art. 46 LDA.

¹⁰⁸ Art. 59 LDA.

¹⁰⁹ Barrelet/Egloff, N° 3 ad art. 46 LDA.

¹¹⁰ TC 7, p. 8, disponible sur : <http://www.prolitteris.ch>.

¹¹¹ Salvadé, CR-PI, N° 4 ad art. 46 LDA.

¹¹² Vu le caractère impératif des exceptions au droit d'auteur. Troller, p. 259. ATF 127 III 26.

¹¹³ Salvadé, CR-PI, N° 4 ad art. 46 LDA ; ATF 127 III 26.

2. Exception d'usage privé

2.1. Introduction

L'exception d'usage privé, prévue par l'art. 19 LDA, constitue l'une des limites principales au droit d'auteur. Visant trois types d'utilisation distinctes (usage personnel, usage pédagogique et usage au sein des entreprises et des administrations¹¹⁴), elle permet à son bénéficiaire d'utiliser l'œuvre librement, affranchi des prérogatives autrement réservées à l'auteur (notamment son droit de reproduction).

L'art. 19 LDA est le résultat d'une pesée d'intérêts entre l'intérêt privé de l'auteur à la protection de sa propriété et à la reconnaissance de son effort créatif d'une part, et l'intérêt public à limiter les obstacles à la diffusion des connaissances d'autre part¹¹⁵. L'exception d'usage privé représente, en d'autres termes, une pondération du droit d'auteur face à la réalité de la vie en société¹¹⁶. Toutefois, cette exception au droit d'auteur n'est pas absolue et reste soumise à un certain nombre de conditions, ainsi qu'au paiement d'une redevance dans certaines circonstances.

2.2. Historique

2.2.1. Ancien droit

Selon le droit en vigueur jusqu'en 1993, la faculté de reproduire des œuvres était la plupart du temps une prérogative réservée à l'auteur¹¹⁷. La copie d'œuvres, même effectuée à des fins privées, était en général illicite.

Toutefois, l'ancienne LDA contenait déjà plusieurs restrictions au droit exclusif de l'auteur. Parmi elles, une exception pour usage privé était prévue, selon laquelle la reproduction d'une œuvre était licite à condition d'être destinée « exclusivement à l'usage personnel et privé de celui qui y procède » et d'être réalisée « sans dessein de lucre »¹¹⁸. La notion d'usage privé était cependant interprétée largement¹¹⁹. Le Tribunal fédéral, allant à l'encontre du texte clair de la loi, avait notamment précisé qu'un usage professionnel pouvait constituer un usage privé¹²⁰ et qu'une copie pouvait être mise au bénéfice de la notion d'usage privé même lorsqu'elle était effectuée par un tiers¹²¹. La condition de l'absence de dessein d'enrichissement, abandonnée dans le nouveau droit, était donc l'élément principal permettant de distinguer la copie privée de la reproduction illicite¹²². Selon ce critère, toute

¹¹⁴ Respectivement, les art. 19 al. 1 let. a, let. b et c LDA.

¹¹⁵ Sessa, p. 9.

¹¹⁶ Sessa, p. 9 ; Barrelet/Egloff, N° 1 ad art. 19 LDA.

¹¹⁷ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 305 ss.

¹¹⁸ Art. 22 aLDA.

¹¹⁹ Del Bianco, p. 128.

¹²⁰ ATF 108 II 475, JdT 1983 I 375.

¹²¹ ATF 108 II 475, JdT 1983 I 375.

¹²² Cherpillod, Droit d'auteur, p. 57.

reproduction permettant d'éviter les frais d'achat d'un exemplaire original ou d'en retirer un profit échappait à l'exception d'usage privé¹²³.

En pratique cependant, il n'était guère aisé de faire respecter les droits des auteurs face à la photocopie et à la reproduction sur cassette, l'évolution technique ayant généralisé les appareils permettant de reproduire des œuvres. L'usage privé s'est ainsi développé au point de faire subir des pertes conséquentes à l'auteur¹²⁴.

Cette utilisation « de masse » d'œuvres protégée par le droit d'auteur a été l'un des enjeux principaux des travaux parlementaires relatifs à la révision de la LDA, au début des années 1990¹²⁵.

2.2.2. LDA de 1992

Avec la nouvelle LDA de 1992, le but du législateur était d'adapter la loi à la réalité en légalisant la copie privée, pratique devenue répandue et difficile à endiguer¹²⁶. La loi a ainsi évité aux utilisateurs d'être en perpétuelle infraction¹²⁷.

Le système des licences légales pour différents usages privés a été introduit, aux côtés de droits à rémunération, nouveaux instruments juridiques qui devaient limiter le préjudice économique subi par les auteurs et les éditeurs et permettre ainsi de respecter le triple test de l'art. 9 al. 2 CB¹²⁸. La révision prévoyait également que la gestion de ces nouveaux droits à rémunération serait soustraite de la volonté des titulaires de droits, au profit de sociétés de gestion dûment agréées¹²⁹.

Depuis lors, les utilisateurs sont autorisés par la loi à utiliser l'œuvre sans en référer à l'auteur, tout en devant payer une rémunération en contrepartie. Cette licence légale n'a été donnée que pour les œuvres divulguées¹³⁰ ; l'art. 9 al. 2 LDA excluant d'emblée les licences légales pour des œuvres non publiées¹³¹. L'usage privé dont il est question est compris au sens large et vise plutôt l'usage non commercial. Il englobe, outre l'usage strictement personnel, l'usage scolaire et l'usage sur le lieu de travail. L'autorisation n'est pas la même dans les trois cas. Presque complète pour l'usage strictement personnel, elle est plus réduite pour l'usage scolaire et encore plus restreinte pour l'usage au lieu de travail¹³².

¹²³ Cherpillod, id.

¹²⁴ Liechti, p. 161.

¹²⁵ Liechti, p. 159.

¹²⁶ FF 1984 III 194, ch. 153. ; Dessemontet, Droit d'auteur, p. 307.

¹²⁷ Barrelet/Egloff, N° 5 ad art. 19 LDA.

¹²⁸ Barrelet/Egloff, N° 5 ad art. 19 LDA.

¹²⁹ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 309.

¹³⁰ ATF 120 IV 212.

¹³¹ Barrelet/Egloff, N° 7a ad art. 19 LDA.

¹³² Barrelet/Egloff, N° 6 ad art. 19 LDA.

2.2.3. LDA de 2007

La LDA a ensuite été révisée en 2007. Il s'agissait ici d'adapter le droit aux nouvelles évolutions technologiques et aux « traités internet » de l'OMPI¹³³.

Cette révision a également introduit de nouvelles restrictions au droit d'auteur. La plus importante figure à l'article 19 al. 3^{bis} LDA. Ajouté pour adapter le système de l'usage privé aux systèmes de transactions électroniques¹³⁴, ce nouvel alinéa permet d'éviter que le transfert d'œuvre sur internet ne fasse l'objet d'une double rémunération¹³⁵, de manière à ce que l'on puisse se procurer des œuvres par transactions électroniques aux mêmes conditions que par les canaux de distributions classiques¹³⁶.

Lors de cette révision, le Conseil national a refusé d'adopter un article 19 al. 6 LDA, qui aurait exclu l'application de la licence légale aux copies provenant d'une source manifestement illicite¹³⁷. L'une des raisons de cette décision était l'impossibilité de contrôler les copies privées avec des moyens raisonnables¹³⁸. Le législateur suisse a donc expressément renoncé à distinguer le téléchargement légal et illégal¹³⁹.

2.2.4. Modifications en cours (survol)

La conseillère fédérale Simonetta Sommaruga, cheffe du Département fédéral de justice et police, a institué le 8 août 2012 un groupe de travail chargé d'améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins (AGUR12). Ce groupe de travail, dont la tâche est notamment de mettre en lumière les possibilités d'adapter le droit d'auteur à l'état actuel de la technique, a publié son rapport le 6 décembre 2013¹⁴⁰.

Suite aux recommandations de l'AGUR12 et à différentes motions parlementaires¹⁴¹, le Conseil fédéral a mis en consultation le 11 décembre 2015 un projet de loi concernant une modernisation du droit d'auteur. La procédure de consultation a pris fin le 31 mars 2016¹⁴².

Le projet de révision de la LDA traite notamment du problème du piratage, mais également de l'articulation du droit d'auteur avec les récents développements technologiques¹⁴³.

¹³³ Le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et le traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT).

¹³⁴ FF 2006, p. 3277.

¹³⁵ Ruedin/Tissot, p. 418.

¹³⁶ Tendon, p. 19-20.

¹³⁷ BO 2007, Conseil National, p. 1202 ss.

¹³⁸ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 75.

¹³⁹ FF 2006 3263, p. 3302.

¹⁴⁰ <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/agur12.html>

¹⁴¹ Les motions Fluri 13.3583 – Prêt des œuvres. Pour une juste rémunération des auteurs et CER-N 14.3293 – Supports vierges, ainsi que l'initiative parlementaire 13.404 – Stop à la taxe injuste sur les supports vierges.

¹⁴² Communiqué de presse du DFJP du 11.12.2015.

¹⁴³ Communiqué de presse du DFJP du 11.12.2015.

2.3. Usage privé au sens strict

L'usage privé au sens strict vise « toute utilisation à des fins personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées », ce qui correspond à l'usage défini à l'art. 19 al. 1 lit. a LDA.

L'exception d'usage privé n'est pas un droit à la copie privée, mais une restriction au droit d'auteur¹⁴⁴. Elle s'exerce à l'encontre du titulaire des droits d'auteur à des conditions précises : que l'œuvre soit divulguée (art. 19 al. 1 et 9 al. 2 LDA) et que l'utilisation ait lieu à des fins personnelles ou qu'elle soit réalisée dans un cercle restreint de personnes¹⁴⁵.

Lorsque ces conditions sont remplies, l'utilisateur est libre de faire tout usage de l'œuvre au sens de l'art. 10 LDA. Il peut notamment la reproduire, la représenter ou la mettre à disposition¹⁴⁶.

L'utilisation autorisée peut empiéter sur le droit moral de l'auteur¹⁴⁷. L'œuvre pourra être utilisée sans indication de nom, ou servir de base pour une œuvre dérivée¹⁴⁸, à condition que celle-ci reste dans le cadre strictement privé. Demeure réservé le noyau dur du droit moral¹⁴⁹. L'auteur gardera ainsi dans tous les cas le droit de s'opposer à toute altération de l'œuvre portant atteinte à sa personnalité¹⁵⁰, même si l'œuvre dérivée n'est pas publiée¹⁵¹.

Tout comme les art. 24 et suivants ou l'art. 11 al. 3 LDA, l'exception d'usage privé au sens strict est une « une exception pure et simple, gratuite, aux droits des auteurs »¹⁵². En effet, l'usage visé par l'art. 19 al. 1 lit. a LDA n'est pas sujet au paiement d'une redevance directe, l'art. 20 al. 2 LDA ne s'appliquant qu'aux usages faits dans les écoles et les entreprises (art. 19 al. 1 lit. b et c LDA). L'usage privé au sens strict fait toutefois l'objet d'une redevance indirecte sous la forme de rémunération sur les supports vierges, que nous examinerons par la suite et qui permet de rendre cette exception compatible avec les engagements internationaux de la Suisse¹⁵³. Cette construction particulière ne correspond pas à la définition stricte de la licence légale¹⁵⁴, bien que l'on utilise généralement cette notion pour qualifier l'usage privé au sens strict¹⁵⁵.

¹⁴⁴ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 310.

¹⁴⁵ Dessemontet, Propriété intellectuelle, p. 87 ; Barrelet/Egloff, N° 7a ad art. 19 LDA.

¹⁴⁶ Troller, p. 246 ; ATF du 6 mai 2002, sic! 2002, 599.

¹⁴⁷ Barrelet/Egloff, N° 11 ad art. 19 LDA.

¹⁴⁸ FF 1989 II 524 ; Cherpillod, Droit d'auteur, p. 242.

¹⁴⁹ Barrelet/Egloff, N° 15 ad. art. 19 et N° 7 ad. art. 9 LDA.

¹⁵⁰ Art. 11 al. 2 LDA, qui mentionne expressément le noyau dur du droit moral.

¹⁵¹ Barrelet/Egloff, N° 14 ad art. 11 LDA.

¹⁵² Dessemontet, Droit d'auteur, p. 310.

¹⁵³ Barrelet/Egloff, N° 5 ad. art. 19 LDA.

¹⁵⁴ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 305 « On peut, si on le juge bon parler à ce propos d'une licence légale. Dans ce cas, la notion de licence légale devrait alors être étendue pour englober la redevance sur cassette vierge, due même dans le cadre de l'usage privé au sens étroit – lequel est pourtant l'objet d'une exception au droit d'auteur, ce qui rend le concept de « licence » inapproprié en bonne logique. On voit à cet exemple que le législateur a voulu introduire un droit à rémunération sans lui donner nécessairement la structure d'une licence légale. ».

¹⁵⁵ Dans le même sens que Dessemontet, Barrelet/Egloff, N° 2 ad. art. 19 LDA, citent par exemple la FF 1989 III 530.

2.3.1. Divulgation de l'œuvre

L'exception d'usage privé, tout comme les restrictions au droit d'auteur en général, n'est susceptible de s'appliquer qu'à partir du moment de la divulgation de l'œuvre¹⁵⁶.

Le droit de divulgation est une composante des droits moraux appartenant exclusivement à l'auteur¹⁵⁷. Ce dernier peut décider s'il veut que son œuvre soit divulguée et choisir le moment ainsi que les circonstances de la divulgation¹⁵⁸. Il y a divulgation lorsque l'œuvre sort pour la première fois de la sphère privée de l'auteur pour être révélée au public, c'est-à-dire à un « grand nombre de personnes »¹⁵⁹ qui n'ont pas de liens étroits entre elles¹⁶⁰. Il suffit que l'œuvre soit rendue accessible, et il n'est pas nécessaire que le public la remarque effectivement¹⁶¹. En revanche, il ne peut y avoir de divulgation que si l'auteur a donné son consentement. Si celui-ci fait défaut, la divulgation sera considérée comme non avenue¹⁶².

2.3.2. Utilisation à des fins personnelles

Pour rester dans le cadre de l'art. 19 al. 1 let. a LDA, l'utilisation de l'œuvre doit avoir lieu à titre privé. La loi mentionne tout d'abord une utilisation « à des fins personnelles »¹⁶³. Cette notion doit se comprendre dans un sens large et se rapporte plutôt à un usage non commercial¹⁶⁴. L'art. 19 LDA ne mentionne plus la condition d'absence de dessein d'enrichissement, présente dans l'art. 22 aLDA. On doit donc admettre que selon la loi actuelle, une utilisation à but lucratif n'exclut pas forcément une utilisation à des fins privées¹⁶⁵. Ainsi, un concert exécuté par des musiciens payés lors d'un anniversaire familial fait encore partie de l'usage privé au sens de l'art. 19 al. 1 let. a LDA¹⁶⁶. En revanche, si le concert vise à réunir des fonds, et que les membres de la famille sont invités à payer pour leur participation, on sort du cadre que le législateur entendait donner à cette exception¹⁶⁷.

Le lieu n'est pas déterminant pour retenir un usage personnel et ne se limite pas au domicile de l'usager¹⁶⁸. Le Message du Conseil fédéral prévoyait le contraire, amenant à la conclusion qu'un individu reproduisant une œuvre pour son usage personnel chez un tiers ne bénéficiait pas de l'exception d'usage privé au sens strict, mais de l'art. 19 al. 2 LDA¹⁶⁹. Or ce qui permet d'exclure certaines reproductions du bénéfice de l'art. 19 al. 1 let. a LDA, ce n'est pas le lieu

¹⁵⁶ Barrelet/Egloff, N° 22 ad art. 9 LDA; ATF 120 IV 212.

¹⁵⁷ Art. 9 al. 2 LDA.

¹⁵⁸ Barrelet/Egloff, N° 19 ad art. 9 LDA.

¹⁵⁹ Soit un nombre sur lequel l'auteur n'a plus le contrôle. FF 1989 III 513.

¹⁶⁰ Art. 9 al. 3 LDA; Barrelet/Egloff, N° 23 ad art. 9 LDA.

¹⁶¹ Barrelet/Egloff, N° 24 ad art. 9 LDA.

¹⁶² ATF 120 IV 212.

¹⁶³ Art. 19 al. 1 let. a LDA.

¹⁶⁴ Barrelet/Egloff, N° 6 ad art. 19 LDA.

¹⁶⁵ Avis contraire : Brügger, p. 327.

¹⁶⁶ Barrelet/Egloff, N° 9 ad art. 19 LDA.

¹⁶⁷ Gasser, p. 64.

¹⁶⁸ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 316 ; Barrelet/Egloff, N° 10 ad art. 19 LDA.

¹⁶⁹ FF 1989 III 524-525, ch. 212.51.

où elles sont faites, mais la personne qui a agi¹⁷⁰. En effet si la copie est faite par un tiers au sens de l'art. 19 al. 2 LDA, l'utilisation perd de son caractère exclusivement personnel, puisque le tiers va également en profiter, ne serait-ce que financièrement¹⁷¹.

En définitive, si l'utilisateur entend reproduire une œuvre à titre privé, il doit se charger lui-même de la copie pour rester dans le cadre de l'art. 19 al. 1 lit. a LDA¹⁷². S'il en charge un tiers, faculté que lui offre la loi, le régime applicable sera celui de l'art. 19 al. 2 LDA.

2.3.3. Notion de cercle privé

L'art. 19 al. 1 let. a LDA impose enfin que l'utilisation, si elle n'est pas réalisée à des fins personnelles, ait lieu « dans un cercle restreint de personnes ». Au vu de l'art. 19 al. 1 let. c LDA, qui régit exclusivement la situation des personnes morales, il ne peut y avoir de cercle privé que pour les personnes physiques¹⁷³. Cette notion suppose que les intéressés se connaissent personnellement et ne soient pas réunis au hasard¹⁷⁴, ce qui exclut non seulement les événements ouverts à tous, mais également les événements fermés où les invités ont la possibilité d'amener des personnes inconnues de l'organisateur¹⁷⁵. Si l'organisateur d'une réception privée loue des locaux dans un hôtel ou ailleurs, il bénéficiera encore de l'exception d'usage privé, à moins que la nature des lieux ne permette pas d'en prohiber l'accès au public¹⁷⁶.

Au vu de l'étroitesse du lien exigé, le nombre de personnes pouvant faire partie du cercle privé sera nécessairement restreint¹⁷⁷. La notion de cercle de personnes étroitement liées est interprétée de manière restrictive¹⁷⁸. Il ne s'agit ni des employés d'une même entreprise, ni des membres d'une même société, ni de sa liste d'amis Facebook¹⁷⁹. De manière générale, le rapport AGUR12 rejette l'application de l'exception d'usage privé aux usagers des réseaux sociaux¹⁸⁰. Cette position pourrait être relativisée dans certains cas, car la plupart de ces réseaux permettent à l'utilisateur de paramétrer l'accès à ses contenus et de ne partager qu'avec sa famille ou ses amis proches¹⁸¹. Il est toutefois clair que le cercle beaucoup plus large des utilisateurs de réseaux sociaux ne correspond pas à celui des personnes étroitement liées visé par l'actuelle restriction de l'art. 19 al. 1 let. a LDA¹⁸².

¹⁷⁰ Barrelet/Egloff, N° 10 ad art. 19 LDA.

¹⁷¹ Barrelet/Egloff, N° 10 ad art. 19 LDA.

¹⁷² Barrelet/Egloff, N° 10 ad art. 19 LDA.

¹⁷³ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 314.

¹⁷⁴ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 314.

¹⁷⁵ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 314.

¹⁷⁶ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 317.

¹⁷⁷ Barrelet/Egloff, N° 8 ad art. 19 LDA.

¹⁷⁸ Barrelet/Egloff, N° 8 ad art. 19 LDA

¹⁷⁹ Barrelet/Egloff, N° 8 ad art. 19 LDA ; Sessa, p. 10.

¹⁸⁰ Rapport AGUR12, p. 81.

¹⁸¹ Rebetez, p. 55.

¹⁸² Renold, p. 101.

Pour la définition du cercle privé, la jurisprudence antérieure à la loi de 1992 trouvera encore application¹⁸³. Ainsi, la diffusion de musique par juke-box dans un club privé¹⁸⁴, dans une soirée d'entreprise¹⁸⁵ ou la diffusion d'un article dans le bulletin d'une association¹⁸⁶ ne bénéficient pas de l'exception en faveur du cercle privé.

2.3.4. Usage privé sur internet

Du moment que les conditions de l'art. 19 al. 1 let. a LDA sont respectées, l'utilisation d'œuvres sur un réseau, tel qu'internet, peut également constituer un usage privé¹⁸⁷. D'un point de vue juridique, ces utilisations sont comparables à celles qui seraient faites en dehors de l'environnement numérique¹⁸⁸. L'échange d'œuvres protégées par e-mail, avec des parents ou des amis, est par exemple couvert par l'exception d'usage privé¹⁸⁹.

Le fait d'échanger des œuvres sur internet avec des personnes tierces n'est pas forcément exclu de l'exception d'usage privé. Mais il faut distinguer selon que la personne émet l'œuvre sur le réseau (*upload*), ou se contente de la réceptionner (*download*).

Le droit de mise à disposition, exercé par la personne qui émet l'œuvre sur le réseau (*upload*), n'est plus couvert par l'exception d'usage privé s'il est exercé dans un cadre plus large que celui du cercle privé de l'émetteur¹⁹⁰. La personne qui, sans l'accord de l'auteur, rend disponible une œuvre protégée à tout utilisateur d'internet commet une violation de l'art. 10 al. 2 lit. c LDA.

En revanche, l'utilisateur qui télécharge une œuvre mise à disposition sur internet se limite à matérialiser le transfert de l'œuvre sur son appareil. Il exerce donc le droit de reproduction dans sa sphère privée et peut par conséquent se prévaloir de la licence légale de l'art. 19 al. 1 let. a LDA, même s'il télécharge une œuvre mise à disposition par un tiers¹⁹¹.

Le téléchargement d'œuvres mises à disposition de manière illicite sur internet (par exemple sur une plateforme pirate) est autorisé et reste compris dans la licence légale. En Suisse, la licéité de la source n'est pas une condition d'application de l'exception de copie privée¹⁹². L'art. 19 LDA se limite à exiger que l'œuvre qui fait l'objet d'un usage privé soit divulguée, sans prévoir d'autres restrictions¹⁹³. Le Conseil fédéral a eu l'occasion de soutenir cette interprétation littérale de l'art. 19 LDA¹⁹⁴. Lors de la révision de la LDA du 5 octobre 2007, le

¹⁸³ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 314.

¹⁸⁴ Trib. Sup. Zurich, 16 juin 1967, RSJ 64 (1968), p. 198.

¹⁸⁵ Cour de justice Genève, 5 novembre 1976, RIDA 1978, p. 121, SJ 1977 p. 614.

¹⁸⁶ SJ 1982 p. 412.

¹⁸⁷ Ruedin/Tissot, p. 421.

¹⁸⁸ FF 2006, 3294.

¹⁸⁹ Ruedin/Tissot, p. 421.

¹⁹⁰ Ruedin/Tissot, p. 421.

¹⁹¹ Ruedin/Tissot, p. 421.

¹⁹² Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 115.

¹⁹³ Ruedin/Tissot, p. 421.

¹⁹⁴ FF 2006, 3263, p. 3302. « Lorsqu'une œuvre est utilisée dans un cercle de personne étroitement liées, on ne fait (...) pas de distinction entre source légale et source illégale. »

législateur a estimé que la question de la légalité de la source ne devait pas entrer en ligne de compte dans le cadre de l'usage privé¹⁹⁵. Il a refusé d'ajouter à l'art. 19 LDA un alinéa 6 selon lequel « les reproductions conformes aux dispositions relatives à l'utilisation privée ne doivent pas être réalisées au moyen d'exemplaires fabriquées ou mis à disposition illicitement de manière évidente »¹⁹⁶. Ce refus était dicté par des raisons pratiques. La procédure de surveillance, complexe et coûteuse, qu'il aurait fallu instaurer afin de faire respecter cette disposition représentait une intrusion trop forte dans la sphère privée¹⁹⁷.

Par un arrêt du 10 avril 2014¹⁹⁸, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que le droit européen s'opposait à une législation nationale qui ne distinguerait pas la licéité de la source de la reproduction privée. En particulier, les Etats membres ne peuvent pas tolérer le téléchargement à partir d'une source illicite et le compenser par une redevance, même lorsqu'il est réalisé à des fins privées¹⁹⁹. Compte tenu de cette évolution du droit européen, on peut discuter la question de savoir si le refus d'adopter un art. 19 al. 6 LDA, distinguant le téléchargement légal et illégal, était opportun et s'il est justifié de le maintenir²⁰⁰. En l'état actuel des choses, cette solution, dictée par des motifs pratiques, n'est pas remise en cause par l'avant-projet de révision de la LDA.

2.4. Utilisation à des fins pédagogiques

Prévu par l'art. 19 al. 1 let. b LDA, l'usage pédagogique constitue le deuxième cas pour lequel le législateur a accordé une licence légale. Cette exception poursuit un but plus limité que l'usage privé au sens étroit et vise à permettre au maître d'organiser son enseignement comme il l'entend²⁰¹. La licence légale accordée n'est donc pas valable de manière générale, mais réduite à l'usage que font le maître et ses élèves²⁰².

Par utilisation à des fins pédagogiques, il faut entendre tout usage qui rentre dans le cadre de l'enseignement habituel²⁰³. Autrement dit, c'est l'enseignement direct qui est visé²⁰⁴. Une pièce de théâtre jouée par les élèves pour leurs parents dépasse le cadre de l'enseignement habituel²⁰⁵. Le chargement d'une œuvre dans le réseau intranet de l'école, dans la mesure où son utilisation se limite à l'enseignement en classe et que l'accès est réservé aux élèves, sera en revanche couvert par l'art. 19 al. 1 let. b LDA²⁰⁶.

En ce qui concerne les personnes visées par l'art. 19 al. 1 let. b LDA, il faut noter que le texte allemand et le texte français de la loi ne concordent pas. Le premier est plus restrictif et ne

¹⁹⁵ BO CN 2007 III, 1202-1205.

¹⁹⁶ BO CN 2007 III, 1202.

¹⁹⁷ Ruedin/Tissot, p. 421.

¹⁹⁸ Arrêt de la CJUE du 10 avril 2014, C-435/12.

¹⁹⁹ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 115.

²⁰⁰ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 115.

²⁰¹ FF 1989 III 524.

²⁰² Barrelet/Egloff, N° 12 ad art. 19 LDA.

²⁰³ Barrelet/Egloff, N° 13 ad art. 19 LDA.

²⁰⁴ FF 1989 III 524.

²⁰⁵ Barrelet/Egloff, N° 13 ad art. 19 LDA.

²⁰⁶ Barrelet/Egloff, N° 13 ad art. 19 LDA.

parle que du maître (Lehrperson), alors que la version française cite également les élèves. Cette seconde version est en général jugée déterminante, puisqu'il n'y a aucune raison de ne pas faire bénéficier les élèves présentant des travaux de la licence légale²⁰⁷.

La loi ne distingue pas les types d'écoles, leur but ou l'âge des élèves. Les écoles privées ou les écoles pour adultes sont donc également au bénéfice de l'art. 19 al. 2 let. b. LDA²⁰⁸. En revanche, les séminaires organisés dans le cadre d'une association ou d'une entreprise relèveront de l'art. 19 al. 1 let. c LDA²⁰⁹. La situation est moins claire pour des institutions d'enseignement soutenues par des entreprises commerciales, comme une école-club²¹⁰. Pour Dessemontet, toute forme d'enseignement devrait être mise au bénéfice de l'exception légale, y compris la formation continue²¹¹. Il précise que le critère décisif (pour déterminer l'application de l'usage pédagogique) devrait être le caractère lucratif ou désintéressé des activités d'enseignement et de formation continue²¹². Cette distinction a du sens, car l'enseignement qui poursuit un but purement idéal n'aura pas le même poids que des intérêts lucratifs privés, quand il sera question de le mettre en balance avec les intérêts de l'auteur. En l'espèce, la licence de l'art. 19 al. 1 let. b LDA, visant les écoles, est plus large que celle de l'art. 19 al. 1 let. c LDA, appliquée aux entreprises. Les exceptions en faveur de l'enseignement sont révélatrices de la priorité accordée à l'éducation dans un système donné, comme en témoignent les larges différences existant au plan mondial²¹³.

Dans le cadre de l'art. 19 al. 1 let. b LDA, le maître et ses élèves sont libres de faire tout usage de l'œuvre au sens de l'art. 10 LDA, qu'il s'agisse de reproduire (notamment de photocopier), de représenter ou de communiquer une œuvre²¹⁴. Pour autant qu'ils agissent à des fins pédagogiques, ils ont donc des prérogatives aussi larges que celles accordées dans le cadre de l'usage privé au sens strict, ce qui ne sera pas le cas pour les entreprises et les administrations²¹⁵. Toutefois, la licence légale pour usage pédagogique est limitée par les réserves de l'article 19 al. 3 LDA. Si une œuvre est disponible sur le marché, le maître et les élèves n'ont pas le droit de la reproduire entièrement²¹⁶. Ils ne sont pas non plus autorisés à reproduire des œuvres picturales ou graphiques, ou des partitions. De plus, le nombre de copies doit être adapté à celui des élèves²¹⁷.

Contrairement à l'usage privé au sens strict, l'usage pédagogique est assorti d'une obligation de rémunération directe d'après l'art. 20 al. 2 LDA. Cette obligation se cumulera avec la redevance sur les supports vierges, prélevée à la source²¹⁸. La reprographie dans

²⁰⁷ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 309.

²⁰⁸ Gasser, p. 75.

²⁰⁹ Barrelet/Egloff, N° 13a ad art. 19 LDA.

²¹⁰ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 330.

²¹¹ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 330.

²¹² Dessemontet, Droit d'auteur, p. 330.

²¹³ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 328.

²¹⁴ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 324.

²¹⁵ Art. 19 al. 1 let. c LDA.

²¹⁶ Art. 19 al. 3 LDA.

²¹⁷ Barrelet/Egloff, N° 14 ad art. 19 LDA.

²¹⁸ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 312-313.

l'enseignement est toutefois soumise à des tarifs préférentiels²¹⁹, permettant aux institutions d'éducation de payer environ un tiers de moins que les autres utilisateurs²²⁰. À titre d'exemple, les universités paient moins de 20 CHF par année pour les photocopies qu'effectue chacun de leurs étudiants²²¹.

2.5. Droit de reproduction au sein des entreprises et administrations

Dernière catégorie d'usage à bénéficier d'une licence légale, l'usage au sein des entreprises et administrations est également le plus limité. À la différence de l'art. 19 al. 1 let. a et b LDA, l'art. 19 al. 1 let. c LDA permet uniquement la reproduction d'œuvres, à l'exclusion de toute autre forme d'utilisation de l'œuvre²²². De plus, la reproduction doit obligatoirement être effectuée « à des fins d'information interne ou de documentation », c'est-à-dire rester interne à l'entreprise²²³. Enfin, à l'instar de l'usage pédagogique, les reproductions autorisées dans les entreprises et administrations seront limitées par l'art. 19 al. 3 LDA.

La portée restreinte de cette exception s'explique en raison de l'étendue du cercle des personnes visées en l'espèce, l'art. 19 al. 1 let. c LDA concernant les entreprises et les administrations dans un sens très large. Tant le monde professionnel que le monde associatif est concerné. La nature privée ou publique de l'entité, sa forme juridique et le fait qu'elle soit ou non dotée de la personnalité juridique sont sans importance²²⁴. Par conséquent, une exception plus étendue porterait un préjudice trop important aux auteurs²²⁵.

En vertu de l'art. 20 al. 2 LDA, les reproductions effectuées dans le cadre de l'art. 19 al. 1 let. c LDA sont soumises à rémunération. Celle-ci pourra se cumuler avec la redevance sur les supports vierges de l'art. 20 al. 3 LDA²²⁶.

2.6. Copie privée effectuée par un tiers

L'article 19 al. 2 LDA dispose que la personne autorisée à reproduire une œuvre pour son usage privé (l'un des trois types d'usages visés à l'art. 19 al. 1 LDA) peut utiliser non seulement son propre appareil de copie, mais aussi celui d'un tiers. Elle peut également charger un tiers de la reproduction.

« Les tiers » visés par cette disposition sont les institutions - publiques ou privées - qui exploitent des appareils de copie²²⁷. Les bibliothèques mettant des appareils de photocopie à disposition de leurs usagers sont d'ailleurs expressément mentionnées.

²¹⁹ Art. 60 al. 3 LDA.

²²⁰ Dessemontet, *Propriété intellectuelle*, p. 88.

²²¹ Dessemontet, *id.*

²²² Ruedin, N° 47 ad art. 19 LDA.

²²³ Ruedin, N° 47 ad art. 19 LDA.

²²⁴ Ruedin, N° 42 ad art. 19 LDA.

²²⁵ Barrelet/Egloff, N° 16 ad art. 19 LDA.

²²⁶ Barrelet/Egloff, N° 9 ad art. 20 LDA.

²²⁷ Art. 19 al. 2 LDA ; Gasser p. 105.

L'art. 19 al. 2 LDA poursuit différents buts. Il permet d'abord de protéger le tiers effectuant la copie, qui se retrouverait sinon dans l'illégalité (pour usage de l'œuvre sans droit selon l'art. 10 al. 2 let. a LDA)²²⁸. Mais il pose aussi des limites à la liberté accordée par l'art. 19 al. 1 let. a LDA²²⁹. En effet, de l'avis du législateur, il n'y a plus d'usage privé au sens strict si l'utilisateur fait effectuer une copie par un centre de reprographie au lieu de la réaliser lui-même²³⁰.

La frontière entre l'art. 19 al. 1 let. a et l'art. 19 al. 2 LDA est marquée, comme nous l'avons vu²³¹, par le but poursuivi par l'utilisateur et non par le lieu où est effectuée la copie²³². Dès que les moyens d'un tiers sont utilisés, la copie n'est plus exclusivement personnelle, car le tiers en profitera, au moins financièrement²³³. Pour rester dans le cadre de l'art. 19 al. 1 let. a LDA, l'utilisateur doit non seulement effectuer lui-même la reproduction, mais il doit le faire avec son propre appareil de copie.

Le régime appliqué aux copies effectuées par des tiers sera similaire à celui appliqué aux art. 19 al. 1 let. b et c LDA. Ces copies seront donc non seulement sujettes au paiement d'une redevance (art. 20 al. 2 LDA), mais également aux restrictions d'utilisation de l'art. 19 al. 3 LDA²³⁴.

La loi ne règle pas la question de savoir si la personne recourant aux installations de tiers doit amener avec elle l'exemplaire à copier. Le projet de LDA de 1984 le prévoyait, tout en ajoutant que cette obligation ne vaudrait pas pour les bibliothèques, audiothèques et vidéothèques publiques²³⁵. Le deuxième projet se contentait de dire que le client autorisé à reproduire un exemplaire pourrait aussi en charger un tiers, formule retenue par la loi actuelle²³⁶. On peut donc considérer que la reproduction pourra avoir lieu même si l'œuvre est mise à disposition par le centre de reproduction, qu'il ait ou non un statut public²³⁷. Le droit de reproduction pour un usage privé s'étend donc également à des exemplaires qui ont été prêtés ou loués²³⁸.

2.7. Limites de l'exception d'usage privé

En vertu des accords internationaux liant la Suisse, les exceptions au droit d'auteur ne sont autorisées que si elles ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni ne causent de préjudice injustifié aux intérêts de l'auteur²³⁹. Le législateur se devait donc de limiter la licence légale accordée par l'art. 19 LDA²⁴⁰. L'art. 19 al. 3 LDA remplit cette fonction

²²⁸ Barrelet/Egloff, N° 18 ad art. 19 LDA.

²²⁹ Barrelet/Egloff, N° 18 ad art. 19 LDA.

²³⁰ FF 1989 III 525; Barrelet/Egloff, N° 22 ad art. 19 LDA.

²³¹ Cf. *supra* 2.3.2.

²³² Barrelet/Egloff, N° 10 ad art. 19 LDA.

²³³ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 316.

²³⁴ Barrelet/Egloff, N° 18, 22 ad art. 19 LDA.

²³⁵ Barrelet/Egloff, N° 20 ad art. 19 LDA.

²³⁶ Art. 19 al. 2 LDA.

²³⁷ Barrelet/Egloff, N° 20 ad art. 19 LDA; Gasser, p. 109.

²³⁸ Barrelet/Egloff, N° 20 ad art. 19 LDA.

²³⁹ Par exemple, l'art. 9 al. 2 CB pour le droit de reproduction.

²⁴⁰ Barrelet/Egloff, N° 21 ad art. 19 LDA.

en contenant un certain nombre d'exceptions à cette licence légale. Il restreint en particulier la reproduction privée de certains types d'œuvres.

L'usage privé au sens strict échappe aux limites de l'art. 19 al. 3 LDA²⁴¹. Toute reproduction est autorisée sans restriction lorsqu'elle est destinée à un usage personnel ou dans un cercle de personnes étroitement liées, à moins d'avoir été réalisée par un tiers (il ne s'agira alors plus d'usage privé au sens strict)²⁴². Tous les autres usages sont en revanche touchés par les restrictions de l'art. 19 al. 3 LDA : les reproductions pour un usage personnel effectuées par des tiers (art. 19 al. 2 LDA), les copies faites par un maître ou ses élèves à des fins pédagogiques (19 al. 1 let. b LDA), ainsi que dans le cadre des entreprises et administrations (art. 19 al. 1 let. c LDA). Dans ces deux derniers cas, peu importe que la copie soit effectuée ou non par un tiers²⁴³.

Avant de dresser la liste des utilisations mentionnées à l'art. 19 al. 3 LDA, il convient de préciser qu'elles cessent d'être interdites si la personne qui souhaite y procéder est autorisée par les ayants droit²⁴⁴. Les sociétés de gestion ont d'ailleurs établi plusieurs tarifs accordant de telles autorisations contre paiement d'une redevance²⁴⁵.

2.7.1. Œuvres disponibles sur le marché (art. 19 al. 3 let. a LDA)

D'après l'art. 19 al. 3 let. a LDA, il est interdit de reproduire l'essentiel ou la totalité d'exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché. Il s'agit d'une limite générale, portant sur les œuvres qui ne tombent pas sous l'interdiction absolue des art. 19 al. 3 let. b et c LDA. Une reproduction partielle est en revanche autorisée²⁴⁶.

Seul le droit de reproduction est touché par cette disposition. Un film disponible sur le marché, qui ne pourrait donc pas être enregistré dans sa totalité à des fins éducatives, pourra encore être librement projeté dans une classe, par exemple²⁴⁷.

La notion « d'exemplaire d'œuvre » ne renvoie pas à la notion d'œuvre de l'art. 2 LDA. Elle se réfère directement à la forme sous laquelle les œuvres sont effectivement mises à disposition sur le marché²⁴⁸. Un journal ou un CD constituent ainsi des « exemplaires » d'œuvres au sens de l'art. 19 al. 3 let. a LDA. En revanche, les articles qui composent le journal ou les morceaux rassemblés sur le CD ne sont pas des « exemplaires » d'œuvres, à moins qu'ils ne soient par ailleurs commercialisés sous forme individuelle²⁴⁹.

²⁴¹ Barrelet/Egloff, N° 22 ad art. 19 LDA.

²⁴² FF 1989 III 525; Barrelet/Egloff, N° 22 ad art. 19 LDA.

²⁴³ Barrelet/Egloff, N° 22 ad art. 19 LDA.

²⁴⁴ Barrelet/Egloff, N° 22a ad art. 19 LDA.

²⁴⁵ Barrelet/Egloff, N° 22a ad art. 19 LDA.

²⁴⁶ Barrelet/Egloff, N° 23 ad art. 19 LDA.

²⁴⁷ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 310.

²⁴⁸ Ruedin, N° 71 ad art. 19 LDA.

²⁴⁹ Ruedin, N° 71 ad art. 19 LDA.

Cette limitation vise à empêcher la reproduction qui satisfait au même besoin que l'exemplaire en vente dans le commerce²⁵⁰. La reproduction d'une ou deux chansons d'un album ou de quelques articles d'une revue reste donc possible, car ils ne constituent pas l'essentiel de l'exemplaire disponible sur le marché²⁵¹. Il y a reproduction de l'essentiel lorsque, pour le consommateur moyen, l'achat de l'exemplaire est devenu peu intéressant²⁵².

La notion « d'exemplaire d'œuvre » est remise en cause par les nouvelles formes de commercialisation rendues possibles par le développement des technologies. Il est ainsi fréquent que les œuvres, notamment les chansons et les articles de journaux, soient mises en vente à l'unité sur internet²⁵³. Dans de tels cas, c'est la forme la plus réduite sous laquelle l'œuvre est mise sur le marché qui doit être prise en compte²⁵⁴. Selon le Tribunal fédéral, on ne peut toutefois exiger de l'utilisateur qu'il vérifie si l'œuvre copiée existe sous d'autres formes²⁵⁵. L'interdiction ne porte donc pas sur les œuvres disponibles sur le marché en général, mais sur l'exemplaire utilisé concrètement²⁵⁶. Une nouvelle tirée d'un recueil et qui fait l'objet d'une édition séparée disponible dans le commerce pourra ainsi être photocopiée, du moment que la reproduction ne porte pas sur l'essentiel du recueil.

Un exemplaire est disponible sur le marché lorsqu'il peut être acheté dans le circuit commercial habituel²⁵⁷. Selon la doctrine, les copies d'émissions proposées par les organismes de diffusion ne sont pas disponibles sur le marché. Mais il en va différemment si ces émissions sont également proposées dans le commerce²⁵⁸. Enfin, un ouvrage épuisé²⁵⁹, et pour lequel aucune nouvelle édition n'est prévue, peut être reproduit entièrement même lorsqu'on en trouve encore des exemplaires auprès de quelques commerçants²⁶⁰.

2.7.2. Œuvres des beaux-arts (art. 19 al. 3 let. b LDA)

L'art. 19 al. 3 let. b LDA interdit de reproduire des œuvres des beaux-arts, même en partie. Les arts regroupés sous l'appellation de « beaux-arts » par la loi sont en réalité les arts plastiques, notion qu'utilisait le premier projet de la LDA²⁶¹, auxquels sont rajoutés les arts graphiques²⁶². Les arts concernés sont notamment la sculpture, la peinture, la gravure et le dessin²⁶³. Les techniques de dessin moderne par ordinateur (infographie, etc.) en font également partie²⁶⁴. Le cas de la photographie est moins clair. Elle doit être comprise dans

²⁵⁰ FF 1984 III 226 ; Barrelet/Egloff, N° 23 ad art. 19 LDA.

²⁵¹ Barrelet/Egloff, N° 23 ad art. 19 LDA.

²⁵² Barrelet/Egloff, N° 23 ad art. 19 LDA.

²⁵³ Ruedin, N° 72 ad art. 19 LDA.

²⁵⁴ Ruedin, N° 72 ad art. 19 LDA.

²⁵⁵ ATF 140 III 616, c. 3.6.4.

²⁵⁶ Gasser, p. 120 ; ATF 140 III 616, c. 3.6.4.

²⁵⁷ Barrelet/Egloff, N° 24 ad art. 19 LDA.

²⁵⁸ Barrelet/Egloff, N° 24 ad art. 19 LDA.

²⁵⁹ Au sens de l'art. 12 al. 1 LDA.

²⁶⁰ Barrelet/Egloff, N° 24 ad art. 19 LDA.

²⁶¹ Barrelet/Egloff, N° 15 ad art. 2 LDA.

²⁶² Art. 2 al. 2 let. c LDA.

²⁶³ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 311.

²⁶⁴ Barrelet/Egloff, N° 25 ad art. 19 LDA.

les beaux-arts selon Dessemontet²⁶⁵. D'après la systématique de la loi²⁶⁶, la photographie représente toutefois une catégorie à part et semble donc exclue des œuvres des beaux-arts dont il est question.

La question de savoir si l'interdiction englobe les copies réalisées à la main, par exemple lors de cours de dessin, est controversée. Ce devrait être le cas pour Barrelet et Egloff²⁶⁷, ainsi que pour Rehinder²⁶⁸. Dessemontet est d'un avis contraire²⁶⁹. Pour lui, l'acte de faire un croquis ou de reproduire une œuvre à la main est éminemment personnel et serait donc toujours un cas d'usage privé au sens étroit au sens de l'art. 19 al. 1 let. a LDA. Il se réfère aussi à l'absence de volonté du législateur de modifier sur ce point l'art. 22 aLDA, qui exemptait ce type d'usage²⁷⁰.

La conclusion de Dessemontet tient compte de la pratique et paraît préférable : dans l'apprentissage d'un art, la copie d'œuvres est nécessaire pour progresser²⁷¹. Toutefois, le fait qu'une copie réalisée dans le cadre d'un cours puisse être considérée comme un cas d'usage privé au sens étroit ne va pas de soi. Même si on peut l'admettre facilement pour un élève qui s'entraîne chez lui sur son temps libre, il reste que les séances de copie « de groupe », effectuées en classe, doivent rentrer dans le cadre de la reproduction en contexte scolaire (art. 19 al. 1 let. b LDA), avec pour conséquence d'être éventuellement touchées par l'interdiction de l'art. 19 al. 3 let. b LDA.

Une analyse de l'ancien droit permet toutefois de mieux saisir l'argumentation de Dessemontet. L'art. 22 aLDA contenait une exception au droit d'auteur pour usage privé, selon laquelle la reproduction d'une œuvre était licite à condition d'être destinée exclusivement à l'usage personnel et privé de celui qui y procède, et d'être réalisée sans but lucratif. Comme nous l'avons vu²⁷², ce second critère était l'élément principal pour distinguer la copie privée de la reproduction illicite. En l'espèce, il est peu probable que les œuvres reproduites dans le contexte de l'apprentissage d'un art permettent de remplacer l'achat de l'exemplaire original, ou qu'elles soient destinées à la vente. S'approchant plus de parodies, ces œuvres n'ont d'ailleurs pas un but contrefacteur et n'ont généralement aucune valeur de revente. Au contraire, profondément liées à l'élève auteur de la reproduction, elles ne quitteront en général pas son cercle privé. De plus, si un usage professionnel pouvait constituer un usage privé selon l'ancien droit²⁷³, un usage scolaire le pouvait également a fortiori. Pour ces raisons, de telles reproductions ne devaient pas être considérées comme illicites sous l'ancien droit.

²⁶⁵ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 311.

²⁶⁶ La photographie est traitée à l'art. 2 al. 2 let. g LDA et non à l'art. 2 al. 2 let. c LDA.

²⁶⁷ Barrelet/Egloff, N° 25 ad art. 19 LDA.

²⁶⁸ Rehinder/Vigano, N° 35 ad art. 19 LDA.

²⁶⁹ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 311.

²⁷⁰ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 311 ; FF 1989 III 524.

²⁷¹ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 311.

²⁷² Cf. *supra* 2.2.1.

²⁷³ Cf. *supra* 2.2.1.

Lors de l'adoption de la nouvelle LDA, la volonté du législateur concernant les reproductions dans le contexte scolaire était de permettre au maître d'organiser son enseignement comme il l'entend²⁷⁴. Il n'était pas question de restreindre les reproductions licites d'œuvres, mis à part par les moyens de l'art. 19 al. 3 let. a LDA²⁷⁵. Pour le législateur, imposer une limite sur les reproductions d'exemplaires disponibles sur le marché suffisait à équilibrer les intérêts en présence²⁷⁶. Autrement dit, dans le contexte de la reproduction des œuvres des beaux-arts, les reproductions qui étaient licites sous l'ancien droit devraient le rester sous le nouveau.

Il est vrai que les limites de l'art. 19 al. 3 LDA contribuent à rendre le droit suisse conforme aux engagements internationaux. Cependant, les exceptions plus larges connues à l'étranger en faveur de l'enseignement ne sont pas nécessairement contraires à la Convention de Berne, car celle-ci concède des privilèges pour l'enseignement à son article 10 alinéa 2²⁷⁷.

En définitive, même si une approche littérale de la LDA semble interdire les copies réalisées à la main en dehors du cercle privé, la situation est discutable si l'on adopte un angle plus global. En pratique, les étudiants en art doivent pouvoir recopier des œuvres des beaux-arts, au moins en partie. Au vu de cette incertitude, il serait sans doute préférable, pour les ayants droit comme pour les élèves, que les sociétés de gestion lèvent l'interdiction et s'assurent d'une rémunération au moyen des tarifs applicables aux usages scolaires²⁷⁸. Cela suppose toutefois que les ayants droit cèdent leurs droits de reproduction à la société compétente.

2.7.3. Partitions d'œuvres musicales (art. 19 al. 3 let. c LDA)

D'après l'art. 19 al. 3 let. c LDA, il est interdit de reproduire des partitions d'œuvres musicales, même partiellement. L'interdiction s'étend également aux partitions qui ne sont plus dans le commerce, ou qui ne l'ont jamais été²⁷⁹.

Cette disposition s'expliquait en raison du coût élevé des partitions, qui étaient alors confectionnées à la main. Le risque de copie était particulièrement important, au point de pouvoir remettre en cause l'édition et la commercialisation de partitions²⁸⁰. Ces dernières étant désormais plus faciles à composer en raison des progrès de l'électronique dans l'imprimerie, cette interdiction semble se justifier actuellement uniquement en raison du système de location des partitions d'orchestre²⁸¹.

En pratique, il n'est pas aisé d'assurer le respect d'une telle disposition. La solution déjà évoquée pour les œuvres des beaux-arts, à savoir de lever l'interdiction et d'assurer la rémunération au moyen de la gestion collective, devrait également s'imposer²⁸².

²⁷⁴ FF 1989 III 524.

²⁷⁵ FF 1989 III 524.

²⁷⁶ FF 1989 III 525.

²⁷⁷ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 327.

²⁷⁸ Barrelet/Egloff, N° 26 ad art. 19 LDA.

²⁷⁹ Barrelet/Egloff, N° 26 ad art. 19 LDA.

²⁸⁰ Barrelet/Egloff, N° 26 ad art. 19 LDA.

²⁸¹ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 311

²⁸² Barrelet/Egloff, N° 26 ad art. 19 LDA.

2.7.4. Enregistrement des représentations (art. 19 al. 3 let. d LDA)

Pour finir, l'art. 19 al. 3 let. d LDA interdit l'enregistrement des œuvres récitées, représentées ou exécutées, peu importe le support. L'interdiction vise autant la représentation faite en public que celle qui aurait lieu dans un cadre plus restreint, comme une soirée scolaire²⁸³.

Les utilisations soustraites à l'enregistrement sont celles visées à l'art. 10 al. 2 let. c LDA²⁸⁴. L'interdiction s'adresse essentiellement aux maîtres et à leurs élèves. En effet, même sans l'art. 19 al. 3 let. d LDA, les entreprises et administrations ne seraient pas admises à procéder à de tels enregistrements, puisque leur droit est limité à la reproduction d'exemplaires de l'œuvre²⁸⁵. L'unique cas qui pourrait les concerner serait l'enregistrement d'une représentation projetée à partir d'un support (par exemple à l'occasion d'une vidéoconférence)²⁸⁶. Quant aux particuliers, ils sont autorisés à filmer un spectacle ou enregistrer un concert pour leur usage personnel, du moment qu'ils le font avec leurs propres appareils²⁸⁷. Une certaine confusion règne sur ce point quant à la portée de l'art. 19 al. 3 let. d LDA²⁸⁸. Certains auteurs soutiennent qu'une autorisation des ayants droit est nécessaire avant de procéder à l'enregistrement, même à des fins privées²⁸⁹. Etant donné que l'art. 19 al. 3 LDA exclut d'emblée de son champ d'application l'usage privé au sens strict, rien n'indique que ce devrait être le cas. La volonté du législateur est d'autoriser sans restriction l'utilisation à des fins personnelles au sens de l'art. 19 al. 1 let. a LDA²⁹⁰, ce qui justifie la solution la plus libérale²⁹¹.

2.8. Exception pour les logiciels

Les logiciels sont protégés par la LDA en raison d'une assimilation légale aux œuvres littéraires et artistiques²⁹². Toutefois, leur nature est hybride, tenant de la technique comme de l'art²⁹³. Ils bénéficient donc d'un régime spécial.

L'art. 19 al. 4 LDA prévoit que les dispositions sur l'utilisation de l'œuvre à des fins privées ne s'appliquent pas aux logiciels. La copie d'un logiciel, même partielle ou provisoire, n'est donc pas autorisée, y compris pour un usage strictement personnel²⁹⁴. Cette disposition a pour but

²⁸³ Barrelet/Egloff, N° 27 ad art. 19 LDA; Dessemontet, Droit d'auteur, p. 311.

²⁸⁴ Barrelet/Egloff, N° 27 ad art. 19 LDA.

²⁸⁵ Art. 19 al. 1 let. c LDA.

²⁸⁶ Barrelet/Egloff, N° 27 ad art. 19 LDA.

²⁸⁷ Barrelet/Egloff, N° 26 ad art. 19 LDA.

²⁸⁸ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 311.

²⁸⁹ Gasser, p. 127 ss ; Rehbindler/Vigano, N° 36 ad art. 19 LDA; avis contraire: Dessemontet, Droit d'auteur, p. 311 ; Barrelet/Egloff, N° 27 ad art. 19 LDA.

²⁹⁰ FF 1989 III 524.

²⁹¹ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 311.

²⁹² Art. 2 al. 3 LDA.

²⁹³ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 331.

²⁹⁴ Barrelet/Egloff, N° 29 ad Art. 19 LDA.

d'éviter que l'exploitation normale des logiciels ne soit trop gravement atteinte par l'exception de l'art. 19 LDA²⁹⁵.

Cependant, comme pour toutes les œuvres (et les œuvres techniques en particulier), il n'est pas opportun d'étendre la protection légale aux principes et aux idées qui sont à la source d'un programme²⁹⁶. Les programmes doivent pouvoir être analysés (sans pour autant être copiés) pour être adaptés à d'autres tâches ou d'autres configurations²⁹⁷. La décompilation d'un logiciel pour en obtenir des informations est par conséquent licite²⁹⁸.

Le législateur n'empêche pas les acquéreurs de logiciels de les exploiter, il interdit simplement la duplication de programmes²⁹⁹. L'acquéreur légitime du logiciel peut ainsi l'utiliser ou l'aliéner à nouveau³⁰⁰. Cette solution permet en particulier de revendre un ordinateur avec les programmes qui y sont installés, l'acquisition par une licence donnant les mêmes droits que l'acquisition par une vente³⁰¹.

2.9. Exemplaires d'archives et copies de sécurité

Selon l'art. 24 al. 1 LDA, il est licite d'effectuer *une* copie à des fins de préservation de l'œuvre originale, à condition que seul un exemplaire soit consultable. Le but de cette disposition est de préserver les œuvres originales et non de favoriser l'accès à une œuvre³⁰².

Cette faculté existe aussi pour les logiciels. L'utilisateur légitime peut en faire une copie de sauvegarde³⁰³. Il s'agit d'une prérogative impérative, qu'on ne peut lui retirer contractuellement³⁰⁴.

Poursuivant le même objectif, l'art. 24 al. 1^{bis} LDA permet aux bibliothèques et aux établissements d'intérêt public d'effectuer autant de copies que nécessaire à la conservation de leur collection, tant que leur but n'est pas économique.

2.10. Reproductions provisoires

L'article 24a LDA autorise la reproduction temporaire d'une œuvre sous certaines conditions³⁰⁵. Adoptée suite à la révision de la LDA de 2007, cette disposition correspond à l'article 5 al. 1 de la Directive européenne 2001/29/CE sur le droit d'auteur dans la société de

²⁹⁵ Ruedin, N° 98 ad art. 19 LDA.

²⁹⁶ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 332.

²⁹⁷ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 332.

²⁹⁸ Art. 21 LDA. La loi utilise le terme « décryptage ».

²⁹⁹ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 332.

³⁰⁰ Art. 12 al. 2 LDA.

³⁰¹ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 332.

³⁰² FF 1989 III 529.

³⁰³ Art. 24 al. 2 LDA.

³⁰⁴ Art. 24 al. 2 LDA.

³⁰⁵ Art. 24a LDA « si [la reproduction] est transitoire ou accessoire, si elle constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, si son unique finalité est de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite de l'œuvre et si elle n'a pas de signification économique indépendante ».

l'information³⁰⁶. Elle a pour but de limiter la responsabilité des fournisseurs d'accès internet vis-à-vis des titulaires de droits d'auteur, dans un souci d'efficacité des systèmes de communication modernes³⁰⁷. Comme cette exception ne concerne que certains cas particuliers, qui n'entravent pas l'exploitation normale des œuvres, elle satisfait par ailleurs aux exigences du test des trois étapes³⁰⁸.

Les reproductions provisoires dont il est question concernent les données transmises par des technologies de communication électroniques (comme internet), certaines comprenant également des œuvres digitalisées, protégées par le droit d'auteur. La majorité de ces reproductions sont nécessaires d'un point de vue technique et de nature éphémère. Elles s'enregistrent dans la mémoire vive de l'ordinateur sous la forme de mémoire tampon et n'apparaissent donc pas directement sous forme de fichier sur le disque dur du destinataire. Elles s'effacent d'elles-mêmes après un certain temps, de la même manière qu'elles sont apparues. A titre d'exemple, cette technique est particulièrement utilisée dans le cadre du streaming, pratique qui joue un rôle important en matière de copie privée³⁰⁹.

Le fournisseur d'accès participe à la mise à disposition des œuvres sur internet dans la mesure où sa prestation – l'acheminement de données - est nécessaire pour que les internautes puissent en bénéficier³¹⁰. Il est susceptible de violer l'art. 10 LDA et d'engager sa responsabilité civile, voire pénale, pour chaque œuvre présente sur la toile. Si l'auteur avait la capacité d'agir et d'interdire l'utilisation de ces données, le fonctionnement d'internet s'en trouverait anéanti³¹¹.

L'application de l'art. 24a LDA conduit donc à ce que les reproductions transitoires sur les serveurs de fournisseurs d'accès (ou les copies en « cache ») échappent au droit d'auteur. En Europe, la CJUE a estimé que l'art. 5 al. 1 de la Directive 2001/29/CE pouvait aussi s'appliquer aux copies dans le cache de l'ordinateur de l'utilisateur final, qui sont réalisées lorsque l'utilisateur final consulte un site internet³¹². La même conclusion paraît s'imposer en Suisse sur la base de l'art. 24a LDA³¹³. Or, comme ces copies sont déjà couvertes par l'exception d'usage privé de l'art. 19 LDA, l'application cumulative de l'art. 24a LDA a pour conséquence que les copies en question sont autorisées gratuitement, sans que la rémunération de l'art. 20 LDA ne soit due³¹⁴.

³⁰⁶ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

³⁰⁷ FF 2006 3303.

³⁰⁸ FF 2006 3303.

³⁰⁹ Cf. *infra* 5.3.

³¹⁰ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 39.

³¹¹ Tendon, p. 32.

³¹² Arrêt du 5 juin 2014 de la CJUE, C-360/13.

³¹³ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 51.

³¹⁴ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 51.

3. Rémunération pour l'usage privé

3.1. Généralités sur l'art. 20 LDA

Gratuite, la licence légale de l'art. 19 LDA aurait pour conséquence d'infliger aux auteurs des pertes considérables, tant l'usage des appareils de reproduction est devenu monnaie courante³¹⁵. L'obligation de rémunérer est ainsi le complément de l'autorisation accordée à tout usager de confectionner un exemplaire d'une œuvre³¹⁶. Le législateur devait toutefois concevoir un système de redevances praticable, notamment quant aux frais administratifs engendrés³¹⁷.

Il était question, dans le projet de LDA de 1984 et l'avant-projet III de 1987, d'une redevance sur les cassettes vierges, complétée d'une redevance sur les appareils de reproduction (inspirée de la loi allemande)³¹⁸. Le Conseil fédéral aurait été autorisé à soumettre les fabricants et les importateurs d'appareils à l'obligation de s'acquitter de la rémunération, dans les cas où il n'eût pas été possible d'atteindre les possesseurs des appareils sans complication excessive³¹⁹. L'idée était que le producteur ou l'importateur d'appareils, en offrant des produits permettant de copier des œuvres, était complice de la violation du droit d'auteur et devait par conséquent répondre d'une sorte de responsabilité civile à l'égard de ses produits³²⁰. Dans les années 1980, la même notion de responsabilité par contribution a joué un rôle essentiel dans l'affaire *Betamax* aux Etats-Unis³²¹. La Cour Suprême a rejeté l'idée d'une telle responsabilité pour trois motifs. Premièrement, la législation américaine sur le droit d'auteur ne contenait pas de base légale tenant une personne responsable pour des infractions commises par une autre. La deuxième raison était que les appareils permettant la copie pouvaient également être exploités à des fins légitimes, même si ce n'était pas leur but premier. Finalement, la Cour a considéré que l'usage privé de magnétoscopes était un usage loyal (*fair use*), qui ne causait aucun préjudice important pour les titulaires du droit d'auteur. Inspiré par cette affaire, le législateur suisse avait avancé à l'époque le deuxième motif de la Cour Suprême américaine, à savoir la possibilité d'exploiter les appareils de copie à des fins légitimes, pour refuser la redevance imposée sur les photocopieurs et les magnétoscopes³²².

A l'origine, le deuxième projet de LDA n'avait pas non plus retenu la redevance sur les supports d'enregistrement. Il était prévu d'instaurer une obligation de rémunérer limitée aux usages faits dans les écoles, les entreprises et les administrations, pour lesquels les modes d'encaissement traditionnels étaient jugés suffisants³²³. L'usage à des fins personnelles,

³¹⁵ Barrelet/Egloff, N° 1 ad art. 20 LDA.

³¹⁶ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 313.

³¹⁷ Barrelet/Egloff, N° 1 ad art. 20 LDA.

³¹⁸ Barrelet/Egloff, N° 1 ad art. 20 LDA.

³¹⁹ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 318.

³²⁰ FF 1984 III 229.

³²¹ *Universal City Studios, Inc., v. Sony Corp. Of America*, 659 F.2d 963 (9th Cir., 1981), traduit in RIDA 112 (avril 1982), p. 112 ; Dessemontet, Droit d'auteur, p. 318.

³²² FF 1989 III 526.

³²³ Barrelet/Egloff, N° 1 ad art. 20 LDA.

quantitativement important, devait rester gratuit, sauf lorsqu'il était réalisé grâce aux installations d'un tiers. Le prélèvement de redevances chez des particuliers avait été jugé trop intrusif de la vie privée et laborieux à mettre en place³²⁴. Le sacrifice imposé aux auteurs a finalement été considéré trop important et le système de redevance sur les cassettes vierges a vu le jour, à côté de l'obligation de rémunérer initialement prévue³²⁵.

Par conséquent, les utilisations autorisées par l'art. 19 LDA entraînent désormais deux rémunérations différentes. L'art. 20 LDA prévoit que l'usage strictement personnel ne donne pas lieu à rémunération³²⁶, tout en instaurant cette dernière pour l'usage pédagogique et pour les reproductions effectuées au sein des entreprises, ou effectuées pour le compte d'un tiers³²⁷. L'art. 20 al. 3 LDA impose également, pour tous les types d'usages, le paiement d'une redevance sur les supports vierges³²⁸.

Il a également été prévu que, pour des raisons pratiques, les droits à rémunération ne pourraient être exercés que par des sociétés de gestion autorisées³²⁹.

3.2. Rémunération prévue par l'art. 20 al. 2 LDA

3.2.1. Introduction

Selon l'art. 20 al. 2 LDA, les reproductions faites dans le cadre de l'usage pédagogique et dans les entreprises et administrations, ainsi que les reproductions effectuées par un tiers, sont soumises à rémunération. Seules les reproductions sont concernées. Les autres utilisations autorisées par l'art. 19 LDA (par exemple, la représentation d'une œuvre dans un contexte scolaire) sont gratuites³³⁰.

La rémunération instaurée par l'art. 20 al. 2 LDA est perçue sur la base des tarifs des sociétés de gestion. Elle est fondée sur des estimations, ce qui en fait une rémunération forfaitaire. Par conséquent, elle doit être versée indépendamment du fait que des œuvres soient effectivement copiées par les utilisateurs concernés³³¹. La rémunération est due pour la simple *possibilité* de faire des reproductions d'œuvres et les utilisateurs ne peuvent s'y soustraire au motif qu'ils ne reproduisent pas d'œuvres protégées³³².

Le débiteur de la rémunération est la personne qui reproduit des œuvres pour son usage privé au sens de l'art. 19 al. 1 let. b ou c LDA, ou en tant que tiers au sens de l'art. 19 al. 2 LDA³³³. Si la reproduction est effectuée sur un support propre à l'enregistrement d'œuvres au sens

³²⁴ FF 1989 III 526.

³²⁵ BO CE 1991, p. 114 ; Barrelet/Egloff, N° 1 ad art. 20 LDA.

³²⁶ Art. 20 al. 1 LDA.

³²⁷ Art. 20 al. 2 LDA.

³²⁸ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 309.

³²⁹ Cf. *supra* 1.5.

³³⁰ Ruedin, N° 9 ad art. 20 LDA.

³³¹ Ruedin, N° 11 ad art. 20 LDA.

³³² ATF 125 III 141.

³³³ Ruedin, N° 12 ad art. 20 LDA.

de l'art. 20 al. 3 LDA, la redevance prévue par l'art. 20 al. 3 LDA est également due. Toutefois, les tarifs des sociétés de gestion tiennent compte de cette double rémunération³³⁴.

3.2.2. Débiteurs de la rémunération

Toute utilisation faite à des fins personnelles, ou dans un cercle de proches (au sens de l'art. 19 al. 1 let. a LDA), est gratuite³³⁵. Deux cas font exception. Le premier concerne les œuvres qui sont reproduites à des fins strictement privées sur l'appareil d'un tiers (par exemple dans une bibliothèque ou un centre de copie) ; la redevance sera alors payée par le tiers selon l'art. 20 al. 2 LDA. Lorsque l'enregistrement a été confié à un tiers, l'art. 20 al. 2 LDA est également applicable³³⁶. Le deuxième cas vise les enregistrements effectués sur des supports vierges au moyen d'appareils permettant la copie. La rémunération sera alors acquittée indirectement, selon l'art. 20 al. 3 LDA, lors de l'achat de ces supports.

Les copies qui sont effectuées dans le cadre de l'art. 19 al. 1 let. a LDA, mais pas sur des supports vierges (principalement les photocopies), ne sont pas soumises à redevance. Sous l'ancien droit, l'auteur avait en théorie la possibilité de réclamer une redevance aux particuliers copiant ses œuvres dans un dessein d'enrichissement. Or l'exception de l'art. 19 LDA a été étendue à tous les usages personnels, y compris ceux qui poursuivent un but lucratif. Le fait d'avoir limité la rémunération aux enregistrements effectués sur des supports a eu pour conséquence d'instaurer la gratuité pour toutes les autres formes de reproduction³³⁷.

En ce qui concerne l'usage pédagogique, la personne qui effectue la reproduction d'œuvres est tenue de s'acquitter de la rémunération de l'art. 20 al. 2 LDA. Il peut s'agir du maître qui, pour son enseignement en classe, photocopie des œuvres ou enregistre des émissions télévisées, mais également des élèves qui reproduisent des œuvres dans le cadre d'un travail de recherche³³⁸. Les autres utilisations d'œuvres à des fins pédagogiques – telles que représentation, exécution, récitation – demeurent en revanche gratuites³³⁹.

Les entreprises, administrations publiques et institutions analogues doivent elles aussi une rémunération pour les copies effectuées. L'autorisation de l'art. 19 al. 1 let. c LDA ne vaut que pour la reproduction, elles devront emprunter la voie contractuelle pour d'autres utilisations³⁴⁰. La taille de l'entreprise est sans importance pour fonder l'obligation de payer la redevance³⁴¹. En revanche, le nombre d'employés sera déterminant pour fixer le montant de la redevance, qui est établie d'après un système forfaitaire³⁴².

³³⁴ Ruedin, N° 13 ad art. 20 LDA.

³³⁵ Art. 20 al. 1 LDA.

³³⁶ Barrelet/Egloff, N° 3 ad art. 20 LDA.

³³⁷ Barrelet/Egloff, N° 4 ad art. 20 LDA.

³³⁸ Ruedin, N° 15 ad art. 20 LDA.

³³⁹ Barrelet/Egloff, N° 7 ad art. 20 LDA.

³⁴⁰ Barrelet/Egloff, N° 7 ad art. 20 LDA.

³⁴¹ ATF 125 III 146.

³⁴² Notice explicative TC 8/9, p. 11, disponible sur : <http://www.prolitteris.ch>.

Il est concevable qu'une entreprise ne fasse pas usage de l'exception d'usage privé et ne copie pas d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Plusieurs institutions ont d'ailleurs refusé de payer la redevance pour ce motif³⁴³. Considérant le caractère forfaitaire de la redevance prévue par le tarif, destiné à simplifier sa perception, un tribunal zurichois saisi d'un tel cas a affirmé qu'il serait inadéquat de devoir prouver que des œuvres protégées avaient effectivement été copiées, et a condamné l'entreprise au paiement des redevances³⁴⁴. Saisi de l'affaire³⁴⁵, le Tribunal fédéral a d'abord expliqué que les utilisateurs n'ont pas toujours conscience que des droits d'auteur sont concernés lorsqu'ils copient du texte ou des images. Le volume d'œuvres protégées qui sont copiées, de façon consciente ou non, ne doit ainsi pas être pris à la légère. Le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que chaque entreprise disposant d'un photocopieur est tenue d'acquitter la redevance, et ce quel que soit le nombre de photocopies d'œuvres protégées effectivement réalisées. Ceci reste valable même dans le cas où aucune copie d'œuvre n'aurait été effectuée pendant toute l'année. En revanche, la redevance prévue n'est pas exigible si aucun appareil destiné à la confection de reproductions ne se trouve dans les locaux de l'entreprise³⁴⁶. La personne concernée doit alors faire parvenir une attestation aux sociétés de gestion, qui s'occuperont d'annuler au besoin toute facture préalablement établie³⁴⁷.

Lorsque la copie est effectuée par un tiers au sens de l'art. 19 al. 2 LDA, c'est le tiers qui versera la redevance³⁴⁸. Cette réglementation vise à nouveau à faciliter le travail des sociétés de gestion, en leur permettant d'encaisser les redevances au moyen de décomptes forfaitaires³⁴⁹. Le deuxième projet de LDA prévoyait que le débiteur serait la personne qui a passé commande³⁵⁰, solution qui aurait été difficilement praticable³⁵¹.

3.2.3. Tarifs communs concernés

Plusieurs tarifs entrent en ligne de compte dans le cadre de la rémunération de l'art. 20 al. 2 LDA. Le tarif commun 7 règle l'utilisation scolaire³⁵². L'utilisation au sein d'entreprises fait l'objet de deux tarifs distincts, eux-mêmes subdivisés en plusieurs sous-tarifs destinés aux différentes catégories d'utilisateurs (administrations, bibliothèques, centres de copie, entreprises industrielles et entreprises de services). Le tarif 8 concerne la réalisation de reproductions sur papier, de quelque source que ce soit³⁵³. Enfin, le tarif 9 s'applique aux reproductions et aux utilisations numériques.

³⁴³ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 313.

³⁴⁴ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 313 ; Trib. Sup., Zurich, 19 mars 1998, p. 53.

³⁴⁵ Arrêt du 10 février 1999, ATF 125 III 141.

³⁴⁶ Notice explicative TC 8/9, p. 10, disponible sur : <http://www.prolitteris.ch>.

³⁴⁷ Notice explicative TC 8/9, p. 10, disponible sur : <http://www.prolitteris.ch>.

³⁴⁸ Art. 20 al. 2 LDA.

³⁴⁹ Barrelet/Egloff, N° 8 ad art. 20 LDA.

³⁵⁰ FF 1989 III 526.

³⁵¹ Barrelet/Egloff, N° 8 ad art. 20 LDA.

³⁵² Notice explicative TC 7, p. 1, disponible sur : <http://www.prolitteris.ch>.

³⁵³ Notice explicative TC 8/9, p. 3, disponible sur : <http://www.prolitteris.ch>.

Le tarif commun 12 règle la redevance pour la mise à disposition de set-top-boxes avec mémoire intégrée et de vPVR, soit des décodeurs TV ou magnétoscopes virtuels permettant la copie d'œuvres. La rémunération est due par le fournisseur de service, qui ne devra toutefois rien si aucune capacité de mémoire n'est mise à disposition. La capacité de mémoire peut se trouver physiquement chez le client, intégrée dans l'appareil, ou être mise à disposition virtuellement sur le serveur du fournisseur de service. Le TC 12 vise exclusivement la location de l'appareil ; la vente faisant l'objet du TC 4i, aux conditions de la rémunération sur support vierge de l'art. 20 al. 3 LDA³⁵⁴.

Les opérateurs de *cloud services* situés en Suisse pourraient être soumis au tarif commun 12 par analogie. Le fonctionnement d'un cloud est en effet identique à celui d'un vPVR. Le rapport explicatif relatif à la nouvelle LDA³⁵⁵ précise que l'enregistrement de données sur un serveur distant pourrait constituer une utilisation des œuvres à des fins privées, et que le serveur pourrait être considéré comme un support vierge. Il ajoute toutefois que la rémunération de l'art. 20 al. 3 LDA ne serait pas adaptée aux opérateurs de *cloud services*, qui ne sont ni des producteurs, ni des importateurs de supports vierges. Ils sont en revanche assimilables aux tiers qui mettent à la disposition de leurs clients une possibilité de faire des copies³⁵⁶, et seraient donc assujettis d'après l'art. 20 al. 2 LDA.

3.3. Redevance sur les supports vierges

3.3.1. Généralités

L'article 20 al. 3 LDA instaure une redevance sur les supports vierges, destinée à rémunérer l'auteur pour l'utilisation de l'œuvre au sens de l'art. 19 LDA. Le but de cette disposition est de faire payer les particuliers pour les copies qu'ils réalisent à domicile, dans le cadre de l'exception d'usage privé au sens strict (art. 19 al. 1 let. a LDA)³⁵⁷. Les utilisations concernées sont notamment l'enregistrement à domicile de disques, de cassettes son ou vidéo, d'émissions radiophoniques, de films télévisés, mais également d'œuvres représentées ou exécutées en direct³⁵⁸.

L'usage à des fins personnelles purement gratuit, tel qu'il était prévu à l'origine, représentait un sacrifice trop important pour les auteurs. Cette nouvelle redevance était donc nécessaire³⁵⁹. Cependant, tel qu'il est rédigé, l'art. 20 al. 3 LDA va nettement plus loin. Il ne se limite pas à l'usage prévu par l'art. 19 al. 1 let. a LDA, mais englobe également ceux des let. b et c³⁶⁰. Cela signifie que les écoles ainsi que les entreprises et administrations devront payer deux fois pour la même utilisation : une fois selon l'art. 20 al. 2 LDA et une autre fois selon

³⁵⁴ Notice explicative TC 12, p. 1, disponible sur : <https://www.suissimage.ch>.

³⁵⁵ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25.

³⁵⁶ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25.

³⁵⁷ Barrelet/Egloff, N° 9 ad art. 20 LDA.

³⁵⁸ Barrelet/Egloff, N° 5 ad art. 20 LDA.

³⁵⁹ BO CE 1991, p. 114.

³⁶⁰ Barrelet/Egloff, N° 9 ad art. 20 LDA.

l'art. 20 al. 3 LDA³⁶¹. Cette « double imposition » n'a pas été considérée problématique par le législateur³⁶². Ce système a d'ailleurs plusieurs avantages. Si la redevance sur les supports était limitée à l'utilisation selon l'art. 19 al. 1 let. a LDA, l'encaissement des droits à rémunération aurait été grandement compliqué ; il aurait notamment fallu rembourser les personnes qui doivent la rémunération selon l'art. 20 al. 2 LDA. D'un autre côté, une unique redevance sur les supports vierges serait insuffisante pour l'usage fait dans les écoles ou les entreprises, qui bénéficieraient d'un régime trop favorable. Etant donné que les tarifs communs sont calculés en tenant compte de la redevance payée lors de l'achat des supports, le système retenu apparaît donc comme le plus équitable³⁶³. En compensant l'exception prévue par l'art. 19 al. 1 let. a LDA, le droit à rémunération de l'art. 20 al. 3 LDA assure en outre la compatibilité du droit suisse avec le droit international³⁶⁴. Du moment que les sociétés de gestion adoptent dans leurs tarifs une rémunération qui sauvegarde les intérêts légitimes des ayants droits, ce système apparaît conforme au test des trois étapes³⁶⁵

La redevance prévue à l'art. 20 al. 3 LDA est acquittée par le producteur de supports vierges³⁶⁶. S'il n'a pas son siège en Suisse, cette obligation se répercute sur l'importateur des supports. Les utilisateurs de la licence légale et ses débiteurs ne sont donc pas identiques³⁶⁷. Même si les réalités du marché peuvent inciter les entreprises à payer la redevance sur leurs marges, afin de rester concurrentielles au niveau des prix³⁶⁸, le prix de la redevance sera en principe répercuté sur le prix d'achat final - autrement dit - sur le consommateur. Les deux situations restent équitables ; il s'agit d'un système de rémunération indirect, choisi par le législateur pour des raisons pratiques³⁶⁹.

Le système actuel de redevance sauvegarde l'intérêt des auteurs. Il est cependant loin de n'avoir que des partisans. Ses opposants dénoncent notamment sa complexité et les frais administratifs qu'il engendre³⁷⁰. Sur mandat de l'IPI, une analyse externe des frais administratifs des sociétés de gestion a été réalisée en 2015³⁷¹. Il en ressort que, même si les coûts de gestion sont dans l'ensemble adéquats et ne nécessitent pas de mesures à moyen terme, ils restent très élevés comparés à ceux des sociétés de gestions étrangères. Le rapport précise toutefois que la comparaison avec des sociétés de gestion d'autres pays n'est que partiellement possible, les mandats légaux et la taille des organismes étant différents.

³⁶¹ Barrelet/Egloff, N° 9 ad art. 20 LDA.

³⁶² BO CE 1991, p. 114.

³⁶³ Barrelet/Egloff, N° 9 ad art. 20 LDA.

³⁶⁴ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 116.

³⁶⁵ Décisions de la CAF des 17 novembre et 5 décembre 2011 concernant le TC 4e.

³⁶⁶ Art. 20 al. 3 LDA.

³⁶⁷ Barrelet/Egloff, N° 10 ad art. 20 LDA.

³⁶⁸ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 123-124.

³⁶⁹ Barrelet/Egloff, N° 10 ad art. 20 LDA.

³⁷⁰ Dessemontet, Droit d'auteur, p. 323.

³⁷¹ Cette étude est disponible à l'adresse : https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/ Etude_frais_administratifs/Management_Summary_Verwaltungskostenanalyse_FR.pdf.

L'actuelle révision de la LDA s'est penchée sur ce problème et contient certaines mesures visant à diminuer les coûts des sociétés de gestion³⁷².

3.3.2. Supports visés

La redevance est due sur tous les phonogrammes ou vidéogrammes vierges qui se prêtent à l'enregistrement d'œuvres protégées³⁷³. Lors de la révision de 2007, le législateur a modifié la version française de l'art. 20 al. 3 LDA et remplacé les mots « autres phonogrammes ou vidéogrammes » par « autres supports »³⁷⁴. Il a ainsi expressément marqué que les supports assujettis à la redevance pouvaient servir à autre chose qu'à l'enregistrement de sons ou de vidéos, du moment qu'ils sont propres à l'enregistrement d'œuvres³⁷⁵. La formulation de l'art. 20 al. 3 LDA est technologiquement neutre, ce qui signifie que le cercle des supports visés par cette disposition est indépendant de la technologie et doit être sans cesse adapté aux progrès dans ce domaine³⁷⁶. Cette conception large, associée au système des tarifs communs des sociétés de gestion, assure à l'art. 20 al. 3 LDA une grande flexibilité : aux côtés des supports « classiques » tels que cassettes, bandes magnétiques, CDs et DVDs, la redevance frappe désormais les mémoires numériques de smartphones ou de tablettes³⁷⁷.

Pour le Tribunal fédéral, sont assujettis à la redevance « les supports qui, d'après leur destination et leurs propriétés d'enregistrement et de lecture, se prêtent à l'enregistrement d'œuvres protégées et sont vraisemblablement utilisés à cette fin »³⁷⁸. Pour cette raison, les pellicules servant au tournage de films, ou destinées à la photographie, ne sont pas sujettes à rémunération³⁷⁹. Il en est de même pour les caméscopes et appareils photos numériques, utilisant des cartes mémoires, voire des disques durs. Ces deux types de supports ne font d'ailleurs pas (pour l'instant) l'objet d'une rémunération en tant que tels, lorsqu'ils sont vendus non enregistrés sur le marché³⁸⁰. Ils y sont en revanche soumis lorsqu'ils sont intégrés dans des appareils avec fonction d'enregistrement qui sont vendus principalement en vue de l'enregistrement et de l'écoute d'œuvres et de prestations protégées³⁸¹, comme des lecteurs MP3 ou des DVR avec disque dur intégré.

La Suisse ne connaît pas de redevance sur les appareils, mais sur les supports d'enregistrement. En revanche, la redevance est possible même si ceux-ci sont intégrés dans

³⁷² Notamment une actualisation de l'obligation de renseigner des utilisateurs à l'égard des sociétés de gestion. Rapport explicatif LDA 2015, p. 88.

³⁷³ Barrelet/Egloff, N° 10 ad art. 20 LDA.

³⁷⁴ BO CE 2006, p. 1204

³⁷⁵ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 117.

³⁷⁶ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 116 ; Rehbindler/Vigano, N° 4 ad art. 20 LDA.

³⁷⁷ TC 4i, p. 2, disponible sur : <https://www.suisa.ch>

³⁷⁸ ATF 133 II 263, JdT 2007 I 146.

³⁷⁹ Barrelet/Egloff, N° 10 ad art. 20 LDA.

³⁸⁰ Une solution contraire s'est imposée dans plusieurs pays européens, notamment la France et la Belgique, qui connaissent une redevance également sur les clés USB, les disques durs et les cartes mémoires vierges. Pour les montants de la rémunération en France, voir <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Commission-pour-la-remuneration-de-la-copie-privée/Questions-pratiques/Les-montants-de-la-Remuneration-pour-Copie-Privée>.

³⁸¹ TC 4i, p. 2, disponible sur : <https://www.suisa.ch>

un appareil. Les supports non amovibles, ou déjà enregistrés, sont donc susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'art. 20 al. 3 LDA³⁸². Cet aspect est fondamental pour comprendre pourquoi les lecteurs MP3, ou plus récemment, les smartphones et les tablettes, font l'objet de tarifs communs visant les supports vierges. Afin de sauvegarder les intérêts légitimes des auteurs, les sociétés de gestion doivent adapter leurs tarifs aux nouvelles technologies et aux changements d'habitude des consommateurs ; c'est à elles qu'incombe la tâche de veiller à ce que la liste des supports formant l'objet de la redevance soit continuellement actualisée³⁸³. A l'heure actuelle, les nouvelles possibilités en matière de reproduction tendent à diminuer la différence entre *appareil* et *support propre à l'enregistrement* d'œuvres en ce qui concerne la redevance³⁸⁴.

Le sort des appareils dotés d'une fonction d'enregistrement, mais qui ne sont pas vendus et utilisés principalement à cette fin, est encore relativement incertain. Lorsque l'appareil qui intègre le support est multifonctionnel, l'industrie interprète l'exigence de vraisemblance posée par le TF³⁸⁵ dans le sens que la redevance ne serait due que si l'appareil sert principalement à la copie privée d'œuvres et de prestations protégées par la LDA³⁸⁶. Elle a donc fait valoir que le TC 4e, le 1^{er} tarif à viser les mémoires de téléphones portables³⁸⁷, ne reposait sur aucune base légale, dès lors qu'un téléphone portable sert avant tout à téléphoner et envoyer des messages et non à copier de la musique ou des films³⁸⁸. A l'inverse, les sociétés de gestion estiment qu'il faut uniquement se demander si l'appareil en question permet de satisfaire les besoins des consommateurs en matière de copie. L'exigence de vraisemblance serait donc remplie dès qu'il existe une probabilité suffisante que le support soit, dans les faits, utilisé pour procéder à des actes de copie. Le fait que l'appareil soit aussi employé – même principalement – à d'autres fins ne serait pas déterminant³⁸⁹. La CAF a approuvé le tarif commun 4e à plusieurs reprises³⁹⁰. Toutes ces décisions ont fait l'objet d'un recours au TAF, qui ne s'est toutefois encore jamais prononcé sur le fond³⁹¹. La dernière procédure en date s'est conclue par une transaction dans le courant de l'année 2014³⁹². Il n'y a donc pas, pour l'instant, de jurisprudence à ce sujet.

En droit européen, la CJUE a relevé que « l'application sans distinction de la redevance pour la copie privée à l'égard de tous les types d'équipements, d'appareils et de supports de reproduction numérique, y compris dans l'hypothèse [...] où ceux-ci sont acquis par des personnes autres que des personnes physiques, à des fins manifestement étrangères à celle

³⁸² Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 116.

³⁸³ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 116.

³⁸⁴ Ruedin, N° 25 ad art. 20 LDA.

³⁸⁵ ATF 133 II 263.

³⁸⁶ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 117.

³⁸⁷ Cf. *infra* 3.3.3.

³⁸⁸ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 117.

³⁸⁹ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 117, 118.

³⁹⁰ Décisions de la CAF du 18 mars 2010, du 17 novembre 2011, et du 5 décembre 2011.

³⁹¹ Arrêt du TAF du 21 avril 2011, sic ! 2011, p. 583-586. La décision de la CAF du 18 mars 2010 avait été annulée en raison d'un motif de récusation.

³⁹² Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 117.

de copie privée » serait contraire au droit européen³⁹³. Mais elle a aussi mentionné que « la simple capacité de ces appareils à réaliser des copies suffit à justifier l'application de la redevance pour copie privée, à la condition qu'ils aient été mis à la disposition des personnes physiques en tant qu'utilisateurs privés »³⁹⁴. Ce qui est déterminant pour la Cour, c'est le préjudice *potentiel* causé à l'auteur de l'œuvre protégée, qui découle déjà de la mise à disposition d'appareils permettant d'effectuer des copies. La mise à disposition ne doit pas être nécessairement suivie de la réalisation effective des copies privées³⁹⁵. Il en découle que la redevance se justifie pour des appareils comme les téléphones portables, qui sont mis à la disposition de personnes physiques et qui permettent de faire des copies³⁹⁶.

En Suisse, cette décision contredit un avis souvent exprimé par l'industrie, selon lequel l'auteur ne doit pas être rémunéré pour une utilisation potentielle de son œuvre³⁹⁷. Il faut pourtant tenir compte du test des trois étapes et du fait que le droit à rémunération de l'art. 20 al. 3 LDA joue un rôle central pour assurer la compatibilité du droit suisse avec le droit international. Restreindre la portée de la redevance uniquement en raison de la multifonctionnalité des supports, alors qu'ils sont effectivement utilisés pour la copie, serait contraire au droit international³⁹⁸. Le montant de la redevance peut toujours être adapté afin de tenir compte du fait que ces supports ne sont pas tous, et pas tous intégralement, destinés à la reproduction d'œuvres protégées³⁹⁹.

Les téléphones et tablettes sont pour l'instant soumis à la redevance⁴⁰⁰. Les ordinateurs y échappent encore, au motif qu'ils ne sont pas principalement destinés à l'enregistrement d'œuvres protégées, mais plutôt à régler des tâches quotidiennes, d'écrire des documents ou d'envoyer des courriels⁴⁰¹. Ce raisonnement était approprié lorsqu'il s'agissait de comparer l'usage d'un lecteur MP3 à celui d'un ordinateur. La situation avec les smartphones et les tablettes est différente ; ce sont des appareils multifonctions qui permettent également d'effectuer ce type de tâches. A l'heure actuelle, les ordinateurs sont différenciés des tablettes par le fait « qu'ils comportent un clavier intégré, qu'on ne peut pas détacher de l'appareil et qui est muni de touches physiques »⁴⁰². Or les récents développements technologiques en font des appareils de plus en plus semblables (ordinateurs « convertibles », 2 en 1), permettant les mêmes utilisations et visant le même marché. A l'avenir, un traitement différent de ces types d'appareils est susceptible d'entraver la concurrence. La question de savoir si les supports de téléphones ou de tablettes sont principalement destinés à l'enregistrement d'œuvres protégées est discutable. Mais, dans l'affirmative, il serait incohérent d'appliquer un régime différent aux ordinateurs pour ce

³⁹³ CJUE, arrêt du 21 octobre 2010, C-467/08, Padawan, Cons. 53.

³⁹⁴ CJUE, arrêt du 21 octobre 2010, C-467/08, Padawan, Cons. 56.

³⁹⁵ CJUE, arrêt du 21 octobre 2010, C-467/08, Padawan, Cons. 57.

³⁹⁶ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 118.

³⁹⁷ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 117.

³⁹⁸ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 119.

³⁹⁹ Ruedin, N° 28 ad Art. 20 LDA.

⁴⁰⁰ TC 4i, disponible sur : <https://www.suisa.ch>. Jusqu'au 31 décembre 2016, voir les anciens TC 4e et 4f.

⁴⁰¹ ATF 133 II 263 c. 7.3.1.; Ruedin, N° 25 ad Art. 20 LDA; Rapport AP-LDA 2015, p. 24.

⁴⁰² TC 4i, p. 2, disponible sur : <https://www.suisa.ch>

motif. Le critère de l'usage « principal » d'un appareil a aujourd'hui perdu de son sens. Du moment que la mémoire d'un appareil peut être soumise à la redevance pour sa simple capacité à reproduire une œuvre, le fait que l'appareil soit aussi employé – même principalement – pour d'autres fins ne doit pas être déterminant. Si les téléphones et tablettes sont taxés pour le seul motif qu'ils ont cette capacité, il devrait en être de même pour les ordinateurs car ils la possèdent également.

3.3.3. Calcul de la redevance

Le montant de la redevance sur les supports vierges est exclusivement fixé par le tarif commun 4, qui était lui-même, jusqu'à récemment, divisé en plusieurs sous-tarifs⁴⁰³. Depuis le 1^{er} janvier 2017, deux tarifs sont en vigueur : le TC 4 a pour objet la redevance sur les supports vierges (CD, DVD et supports semblables) et le TC 4i traite de la redevance sur les mémoires intégrées dans des appareils⁴⁰⁴.

L'indemnité tarifaire est calculée sur la base de la recette d'utilisation ou, à défaut, des frais occasionnés par cette utilisation⁴⁰⁵. Une économie réalisée doit aussi être considérée comme une recette⁴⁰⁶, sans toutefois partir du principe que chaque consommateur aurait acheté l'œuvre à défaut de pouvoir la copier⁴⁰⁷. Étant donné la difficulté de chiffrer l'économie globale réalisée, les redevances sont calculées prioritairement en fonction des coûts investis par le consommateur pour la copie privée, c'est-à-dire du prix payé pour les supports d'enregistrement et les appareils⁴⁰⁸. La redevance dépend par conséquent du type de support et de sa capacité⁴⁰⁹. Elle est prélevée de manière forfaitaire sur tout support produit ou importé en Suisse, indépendamment de l'utilisation à laquelle il est destiné⁴¹⁰. Le montant est toutefois adapté afin de tenir compte du fait que ces supports ne sont pas tous, et pas tous intégralement, destinés à la reproduction d'œuvres protégées⁴¹¹. Par ailleurs, la personne qui ne reproduit jamais d'œuvres protégées n'est pas complètement perdante, car le fait que ces supports soient utilisés pour la copie d'œuvres accroît la demande de matériel de reproduction et en fait baisser le prix⁴¹².

Les coûts des supports d'enregistrement et des appareils, par unité de capacité de stockage, ont tendance à diminuer continuellement⁴¹³. Plus précisément, les prix n'augmentent pas proportionnellement à la capacité d'enregistrement des supports, toujours plus élevée. Dans

⁴⁰³ Le TC 4d concernait les supports de mémoire numérique intégrés dans des appareils multimédias. Le TC 4e s'appliquait aux mémoires de téléphones portables et le TC 4f avait pour objet les mémoires de tablettes. Ces tarifs, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016, sont réunis sous un seul TC 4i. Rapport de gestion SUISSIMAGE, 2015, p. 17.

⁴⁰⁴ Ces tarifs sont disponibles sur : <https://www.suisa.ch>.

⁴⁰⁵ Art. 60 al. 1 let. a LDA.

⁴⁰⁶ Barrelet/Egloff, N° 13 ad art. 60 LDA.

⁴⁰⁷ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 119.

⁴⁰⁸ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 119.

⁴⁰⁹ TC 4, p. 3, disponible sur : <https://www.suisa.ch>

⁴¹⁰ Ruedin, N° 28 ad Art. 20 LDA.

⁴¹¹ Ruedin, N° 28 ad Art. 20 LDA.

⁴¹² Salvadé, Musique et droit d'auteur, texte 1.4.4.

⁴¹³ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 119.

ces circonstances, les sociétés de gestion estiment que le critère de *l'économie réalisée* par le consommateur doit être pris en compte pour déterminer si la redevance, calculée sur les *coûts*, permet toujours une rémunération équitable des ayants droit, ou si l'équité justifie de la rehausser.⁴¹⁴ Il ne s'agit pas de chiffrer précisément l'économie réalisée, mais de prendre en compte le fait qu'une grande quantité d'œuvres est disponible gratuitement grâce à internet, permettant une économie « globale » pour le consommateur⁴¹⁵. En pratique, si la redevance est de CHF 0.30 par GO et que la baisse des coûts impliquerait de la fixer à CHF 0.25, la question serait de savoir si l'équité justifie de la laisser à CHF 0.30 pour tenir compte du fait que la LDA permet au consommateur de recourir à tout type d'offres gratuites pour son usage privé, y compris illicites⁴¹⁶.

Pour les supports vierges amovibles, les coûts déterminants pour calculer la redevance sont le prix d'achat du support, auquel on ajoute un amortissement sur le prix d'achat de l'appareil⁴¹⁷. En effet, puisque le support et l'appareil sont distincts, le coût de la copie privée comprend le prix d'achat du support, mais aussi une fraction du prix de l'appareil sur lequel il sera utilisé. L'amortissement est calculé en fonction de la durée de vie de l'appareil, c'est-à-dire du nombre de supports qu'il permettra d'enregistrer. Le prix de l'appareil servant de base au calcul de l'amortissement sera réduit, afin de tenir compte du fait que celui-ci permet non seulement d'utiliser des supports vierges, mais aussi de lire des supports préenregistrés achetés dans le commerce⁴¹⁸.

Lorsque le support fait partie de l'appareil, comme pour la mémoire intégrée dans les tablettes ou les téléphones, il n'est pas nécessaire de calculer un amortissement sur l'appareil. Dans ce cas, les coûts de la copie privée correspondent simplement au prix d'achat de l'appareil englobant le support. En revanche, il faudra également réduire ce prix pour tenir compte des autres utilisations possibles de l'appareil (téléphone, internet, etc.). Les sociétés de gestion devront donc déterminer les habitudes d'utilisation du public, afin d'attribuer correctement la part du prix correspondant à la copie privée et celle qui correspond aux autres utilisations⁴¹⁹.

3.3.4. Question du double paiement

Le système de redevance sur les supports vierges est relativement mal compris du public⁴²⁰. Qu'il soit critiqué par les producteurs et importateurs de supports est compréhensible, étant donné que c'est à eux de payer la redevance⁴²¹. Mais les redevances sont aussi combattues

⁴¹⁴ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 120.

⁴¹⁵ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 120.

⁴¹⁶ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 120.

⁴¹⁷ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 120.

⁴¹⁸ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 120.

⁴¹⁹ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 121.

⁴²⁰ Rapport AGUR12, p. 83.

⁴²¹ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 121.

par les associations de consommateurs, qui déplorent le fait qu'elles conduisent à un renchérissement des appareils⁴²².

Dans le cadre du transfert d'œuvres sur internet, la coexistence des licences légales instaurées par l'art. 19 LDA et des licences contractuelles, accordées par les plateformes en ligne utilisant le système de la gestion numérique des droits (DRM), est susceptible de créer des cas de double rémunération du droit de reproduction⁴²³. Le consommateur devrait payer plusieurs fois des droits d'auteur : une fois sur la base de la redevance de l'art. 20 al. 3 LDA, à l'achat de l'appareil ou du support d'enregistrement ; une seconde fois lors de l'achat d'une œuvre sur une plateforme en ligne, ces dernières autorisant déjà un certain nombre de copies en échange du paiement. C'est cette coexistence des paiements qui nuit à l'acceptation du système par la population⁴²⁴.

Introduit lors de la révision de la LDA de 2007, l'art. 19 al. 3^{bis} LDA apporte une solution à ce problème.

3.3.4.1. Situation d'un point de vue économique

Pour des raisons pratiques, la redevance pour la copie privée n'est pas due par le consommateur, mais par les producteurs et importateurs de supports propres à l'enregistrement⁴²⁵. A l'égard de l'utilisateur, l'utilisation de l'œuvre à des fins strictement privées est gratuite⁴²⁶. D'un point de vue économique, le consommateur rémunère des prestations différentes lorsqu'il achète une chanson sur internet, un CD chez un disquaire ou un appareil d'enregistrement. En théorie, il n'y a donc pas de double paiement à proprement parler⁴²⁷. Le consommateur ne paie pas de droits d'auteur. Ceux-ci sont réglés par ses « fournisseurs », tels que les magasins de musique en ligne, les producteurs de disques, les producteurs et importateurs d'appareils⁴²⁸. Il n'est d'ailleurs pas choquant que chaque fournisseur doive payer des droits, car chacun réalise un revenu grâce au travail des auteurs⁴²⁹.

Le fait que les fournisseurs puissent répercuter le coût de la redevance sur les prix réclamés aux consommateurs ne doit pas amener à une conclusion différente. Il découle des lois de l'économie qu'une augmentation des charges soit répercutée sur le prix de vente, mais le paiement des droits d'auteur ne constitue qu'un poste de charges parmi d'autres pour les entreprises concernées. Le prix d'une œuvre est déterminé en fonction d'une multitude d'autres critères⁴³⁰. Le droit d'auteur n'entraîne d'ailleurs pas systématiquement une hausse des prix. Au contraire, les réalités du marché peuvent inciter les entreprises à payer la

⁴²² Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 121.

⁴²³ Ruedin/Tissot, p. 418.

⁴²⁴ Rapport AGUR12, p. 83.

⁴²⁵ Art. 20 al. 3 LDA ; Ruedin, N° 27 ad art. 20 LDA.

⁴²⁶ Art. 20 al. 1 LDA ; Ruedin, N° 6 ad art. 20 LDA.

⁴²⁷ Salvadé, Téléchargement, N° 3.

⁴²⁸ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 123.

⁴²⁹ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 123.

⁴³⁰ Comme les frais de production de l'œuvre et les frais liés à sa commercialisation. Ruedin/Tissot, p. 424.

redevance sur leur marge, afin de rester concurrentielles. Depuis l'introduction de la redevance sur les supports vierges, le prix de ces supports n'a pas cessé de baisser⁴³¹. En définitive, il n'est donc pas prouvé que les redevances pour la copie privée soient effectivement supportées par les consommateurs⁴³².

3.3.4.2. *Situation d'un point de vue juridique*

Il ne peut y avoir de double paiement au sens juridique que si la même utilisation est rémunérée deux fois⁴³³. Il faudrait donc que la même reproduction de la même œuvre occasionne deux rémunérations. Par conséquent, il n'y a pas de double paiement si la redevance pour la copie privée rétribue un autre enregistrement que celui réalisé lors du téléchargement (par exemple, celui qui résulte du transfert d'un CD sur un smartphone), car l'objet de la rémunération n'est pas le même⁴³⁴. Prenons l'exemple d'une musique achetée une fois sur une plateforme en ligne, et une autre dans un CD du commerce avec pour finalité de l'écouter sur un smartphone. Même si les deux types d'enregistrements figurent dans la mémoire de l'appareil, et bien qu'il s'agisse de la même œuvre, la copie téléchargée sera rémunérée par le paiement à la plateforme en ligne, tandis que la copie transférée fera l'objet de la redevance pour la copie privée⁴³⁵.

Deuxièmement, il faut encore remarquer qu'on ne peut admettre de double paiement que si le véritable ayant droit est rémunéré deux fois. Si le paiement est effectué à une personne qui se prétend titulaire du droit d'auteur, mais qui n'a pas cette qualité, il n'aura pas d'effet libératoire⁴³⁶.

3.3.4.2.1. *Transfert d'une œuvre incorporée à un support matériel*

Dans le cadre de la vente d'une œuvre incorporée à un support matériel, le droit de reproduction et le droit de mise en circulation sont exercés exclusivement par l'auteur (ou son ayant droit) lorsqu'il produit et distribue le support contenant l'œuvre⁴³⁷. De son côté, l'acquéreur peut bénéficier de l'œuvre dès son achat. Il n'exerce aucun droit d'auteur sur l'œuvre par le simple fait d'acheter le support qui la contient (et n'a aucun besoin de le faire). L'acquéreur n'utilise pas non plus de support propre à l'enregistrement d'œuvres soumis à la redevance de l'art. 20 al. 3 LDA. Cette rémunération n'est perçue que dans l'éventualité où l'acquéreur décide de copier l'œuvre ultérieurement⁴³⁸.

Par exemple, lors de l'achat d'un CD dans le commerce, aucune licence permettant de le reproduire par la suite n'est comprise dans le prix. Si le CD est ensuite copié sur un smartphone (ou n'importe quel autre support), la rémunération sera acquittée lors de l'achat

⁴³¹ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 123.

⁴³² Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 124.

⁴³³ Salvadé, Téléchargement, N° 5.

⁴³⁴ Salvadé, Téléchargement, N° 5.

⁴³⁵ Salvadé, Téléchargement, N° 5.

⁴³⁶ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 124.

⁴³⁷ Ruedin/Tissot, p. 421-422.

⁴³⁸ Ruedin/Tissot, p. 422.

de l'appareil. Cet état de fait ne donne donc jamais lieu à un problème de double paiement, car seule la redevance légale est susceptible de s'appliquer, à l'exclusion de droits d'auteur payés contractuellement.

3.3.4.2.2. Transfert d'une œuvre sur internet

Un réseau informatique tel qu'internet donne lieu à des transferts de contenu entre des émetteurs et des récepteurs. Le *download* décrit l'opération par laquelle un contenu est transféré depuis un ordinateur distant vers son propre ordinateur. L'*upload* est l'opération par laquelle un contenu est transféré vers un ordinateur distant depuis son propre ordinateur⁴³⁹. Ces deux notions, traduites en français sous le seul terme « téléchargement », combinent l'exercice de deux droits d'auteur. Sur le plan juridique, le transfert d'une œuvre sur internet comporte ainsi au minimum l'exercice successif du droit de mise à disposition⁴⁴⁰, par la personne qui transmet l'œuvre (upload), puis du droit de reproduction⁴⁴¹, par la personne qui la réceptionne (download).

Contrairement au transfert d'un support contenant une œuvre, le transfert d'une œuvre sur internet suppose donc que l'acquéreur exerce lui-même le droit de reproduction lorsqu'il obtient cette œuvre sur internet⁴⁴². En effet, la mise à disposition de l'œuvre (à charge du fournisseur en ligne) implique nécessairement une copie réalisée par le consommateur (durable ou temporaire) pour que ce dernier puisse bénéficier de l'œuvre⁴⁴³. Il est donc nécessaire que l'acquéreur soit autorisé à exercer le droit de reproduction.

Dans les cas où la licence légale de l'art. 19 LDA autorise l'acquéreur à exercer ce droit de reproduction, il est superflu que l'auteur (et/ou le fournisseur mettant l'œuvre à disposition) l'accorde sur une base contractuelle⁴⁴⁴. C'est notamment le cas pour la reproduction à des fins personnelles, que l'art. 19 al. 1 let. a LDA admet sans restriction⁴⁴⁵. Une éventuelle disposition contractuelle se limiterait à confirmer la licence légale. Si elle est assortie d'une rémunération, elle donne lieu à un cas de double paiement si l'œuvre est ensuite transférée sur un support soumis à la redevance prévue par l'art. 20 al. 3 LDA. La double rémunération résulte donc d'un conflit entre une clause contractuelle et l'art. 20 al. 3 LDA. A contrario, il n'y a jamais de double paiement si la reproduction est faite sur un ordinateur, étant donné qu'ils ne sont soumis à aucun tarif. En revanche, on ne peut soutenir que la première reproduction n'est pas soumise à la rémunération de l'art. 20 al. 3 LDA pour le motif qu'elle doit d'abord être enregistrée sur un ordinateur, étant donné que l'œuvre peut aujourd'hui être directement téléchargée sur un lecteur MP3, un smartphone, ou une tablette⁴⁴⁶.

⁴³⁹ Ruedin/Tissot, p. 419-420.

⁴⁴⁰ Art. 10 al. 2 lit. c LDA.

⁴⁴¹ Art. 19 al. 2 lit. a LDA.

⁴⁴² Ruedin/Tissot, p. 422.

⁴⁴³ Salvadé, Cloud, p. 5-6.

⁴⁴⁴ Ruedin, N° 93 ad art. 19 LDA.

⁴⁴⁵ Ruedin/Tissot, p. 422.

⁴⁴⁶ ATF 133 II 263.

Dans un certain nombre de cas, l'art. 19 LDA n'autorise pas la reproduction, ou ne l'autorise qu'en partie. Les utilisations faites dans les écoles et dans les entreprises, ou les copies effectuées par des tiers sont restreintes par l'art. 19 al. 3 LDA. Dans ce cadre, la reproduction d'un exemplaire d'une œuvre disponible sur le marché dans son intégralité n'est, par exemple, pas couverte par la licence légale⁴⁴⁷. Une autorisation de reproduction devra alors obligatoirement être donnée contractuellement par le fournisseur, qui reste libre de la subordonner au versement d'une rémunération⁴⁴⁸. Etant donné que la redevance légale ne trouve pas application à ces cas de figure, il ne peut être question de double rémunération⁴⁴⁹.

Les plateformes de téléchargement légal, comme iTunes, bénéficient de licences conférées par les sociétés de gestion. Elles bénéficient donc de droits d'auteur à titre dérivé. Cette qualité leur permet d'autoriser les consommateurs à faire des reproductions, puisqu'elles auront elles-mêmes reçu pour cela une licence de la part des ayants droit, avec pouvoir de la transférer aux consommateurs⁴⁵⁰. Elles sont libres de subordonner cette autorisation au versement d'une rémunération⁴⁵¹. Mais qu'en est-il des cas où la licence accordée à l'utilisateur recouvre la licence légale, déjà rémunérée en vertu de l'art. 20 al. 3 LDA ? En théorie, les ayants droit peuvent transférer contractuellement la titularité de la créance en rémunération (issue de l'art. 20 al. 3 LDA) à la plateforme de téléchargement⁴⁵². Celle-ci deviendrait légitimée, sur le plan civil, à encaisser cette créance. Cependant, l'art. 20 al. 4 LDA prévoit que les droits à rémunération pour la copie privée ne peuvent être exercés que par les sociétés de gestion agréées, à l'exclusion de l'auteur et *a fortiori* du preneur de licence. Un contrat passé entre la plateforme en ligne et le consommateur portant sur cette rémunération ne respectera donc pas cette prescription⁴⁵³. Même si la nature impérative des exceptions au droit d'auteur n'est pas clairement tranchée par la doctrine et la jurisprudence de manière générale⁴⁵⁴, il ne fait aucun doute que l'art. 20 LDA, en particulier son quatrième alinéa, soit impératif⁴⁵⁵. L'exercice obligatoire des droits à rémunération par les sociétés de gestion se justifie par l'intérêt public. Les utilisations étant massives, ce système simplifie la gestion du droit et permet d'une part d'éviter que les utilisateurs soient confrontés à une multitude de revendications, et d'autre part de faire en sorte que les titulaires reçoivent effectivement leur rémunération⁴⁵⁶. L'exercice illicite des droits à rémunération est même sanctionné pénalement par l'art. 70 LDA⁴⁵⁷. En définitive, les auteurs et les plateformes en ligne ne sont pas autorisés à prélever eux-mêmes la rémunération pour la copie privée.

⁴⁴⁷ Art. 19 al. 3 let. a LDA.

⁴⁴⁸ Ruedin/Tissot, p. 422.

⁴⁴⁹ Ruedin/Tissot, p. 422.

⁴⁵⁰ Salvadé, Téléchargement, N° 6.

⁴⁵¹ Ruedin/Tissot, p. 422.

⁴⁵² Salvadé, Téléchargement, N° 7.

⁴⁵³ Salvadé, Téléchargement, N° 7.

⁴⁵⁴ Dans l'ATF 127 III 26, le Tribunal fédéral laisse entendre que l'ensemble des dispositions de la LDA est de nature impérative, sans qu'on puisse en tirer de conclusions définitives.

⁴⁵⁵ Ruedin/Tissot, p. 423.

⁴⁵⁶ Salvadé, Téléchargement, N° 7.

⁴⁵⁷ L'art. 70 LDA dispose que « Quiconque, sans être titulaire de l'autorisation requise (art. 41), fait valoir des droits d'auteur ou des droits voisins dont la gestion est placée sous surveillance fédérale (art. 40) est puni d'une amende. »

La nature impérative du système ne laisse pas de place à des arrangements contractuels⁴⁵⁸. Tout contrat portant sur le versement direct d'une utilisation devant être rémunérée en vertu de l'art. 20 al. 3 LDA est par conséquent nul au sens de l'art. 20 CO⁴⁵⁹.

Par conséquent, les arrangements contractuels prévoyant la rémunération du transfert de l'œuvre ne peuvent concerner que les cas qui vont au-delà de l'usage privé prévu par les art. 19 et 20 LDA. Ils conduisent sinon à une double rémunération prohibée par la nature impérative de l'art. 20 LDA⁴⁶⁰. En pratique, il est cependant impossible de vérifier si cette interdiction est respectée dans les faits. En vertu de la liberté contractuelle, le fournisseur peut en effet fixer librement le prix du transfert de l'œuvre⁴⁶¹. Ce prix sera déterminé par de nombreux facteurs, notamment les frais de production de l'œuvre et les frais liés à sa commercialisation. Il est dès lors impossible de contrôler si le prix global facturé par le fournisseur comprend une partie destinée à rémunérer une utilisation déjà couverte par une licence légale soumise à redevance, et de prouver ainsi l'existence d'un cas de double rémunération⁴⁶². Par ailleurs, il serait peu réaliste de demander aux fournisseurs de détailler le prix pratiqué afin de déterminer exactement quelles prestations il couvre, ou de baisser leurs prix pour tenir compte de la rémunération perçue sur la base de l'art. 20 al. 3 LDA⁴⁶³.

3.3.4.3. Arrêt du TF concernant la redevance sur les lecteurs MP3

Par une décision du 17 janvier 2006, la CAF a approuvé le premier tarif des sociétés de gestion prévoyant une redevance sur la mémoire contenue dans des lecteurs MP3 et autres appareils semblables⁴⁶⁴. Afin de tenir compte que certaines copies étaient le résultat de téléchargements payants, contrôlés au moyen de DRMS par les plateformes en ligne, la CAF a cependant réduit la redevance⁴⁶⁵. Les sociétés de gestion ont recouru contre cette décision, défendant que la situation des copies téléchargées était identique à celle de copies créées à partir d'un CD acheté dans le commerce. Elles avançaient le fait qu'il n'y avait pas de double paiement étant donné que, dans le cas d'un achat en ligne, la copie était d'abord stockée sur le disque dur de l'ordinateur, qui n'est pas sujet à redevance, avant d'être transférée dans la mémoire d'un MP3⁴⁶⁶.

Le Tribunal fédéral, donnant tort aux sociétés de gestion, a conclu qu'en cas de téléchargement payant contrôlé par DRMS, la gestion individuelle l'emportait sur la gestion collective⁴⁶⁷. Selon lui, la redevance pour la copie privée ne se justifiait plus dans ce cas, étant donné que les ayants droit étaient pleinement rémunérés par le prix du téléchargement, qui englobe aussi la rémunération pour un certain nombre de copies subséquentes. Afin d'éviter

⁴⁵⁸ Ruedin/Tissot, p. 423.

⁴⁵⁹ Salvadé, Téléchargement, N° 7.

⁴⁶⁰ Ruedin/Tissot, p. 424.

⁴⁶¹ Ruedin/Tissot, p. 424.

⁴⁶² Ruedin/Tissot, p. 424.

⁴⁶³ Ruedin/Tissot, p. 424.

⁴⁶⁴ Décision de la CAF du 17 janvier 2006 sur le tarif commun 4d des sociétés de gestion suisses.

⁴⁶⁵ Salvadé, Téléchargement, N° 9.

⁴⁶⁶ Salvadé, Téléchargement, N° 9.

⁴⁶⁷ ATF 133 II 263, consid. 10.2.

une double rémunération, le TF a estimé qu'il fallait abaisser le montant de la redevance sur les supports vierges, pour tenir compte du fait qu'une partie des supports était utilisée pour enregistrer des œuvres dont la reproduction est rémunérée sur une base contractuelle⁴⁶⁸.

Cet arrêt a été critiqué en doctrine⁴⁶⁹. On a fait valoir que les DRMS ne devaient pas changer les règles applicables en droit d'auteur, ou que les fournisseurs en ligne n'avaient pas à licencier la copie privée, étant donné qu'elle était déjà autorisée par la loi⁴⁷⁰. En considérant que les arrangements contractuels portant sur la rémunération du transfert d'œuvres sur internet devaient avoir la priorité sur la gestion collective, le Tribunal fédéral a également ignoré la nature impérative de l'art. 20 LDA, selon lequel l'auteur n'est pas autorisé à percevoir lui-même une rémunération dans le cadre de l'usage privé⁴⁷¹.

Il est vrai que le problème du double paiement aurait pu être résolu de manière différente. La solution la plus simple aurait été de considérer que la prestation essentielle du fournisseur est de rendre l'œuvre disponible, et que la rémunération qu'il perçoit vise simplement à couvrir cette mise à disposition. Cela ne correspondrait toutefois pas pleinement à la réalité : il aurait fallu ignorer qu'une partie du prix versé au fournisseur est destiné à couvrir la reproduction de l'œuvre⁴⁷². Au lieu de diminuer la redevance pour la copie privée, on aurait également pu agir à l'inverse, en changeant la politique des prix des fournisseurs en ligne pour tenir compte de la licence légale⁴⁷³. Compte tenu de la liberté contractuelle, cette solution se révélerait toutefois peu réalisable⁴⁷⁴. En règlementant l'éventuelle licence contractuelle que proposent les fournisseurs en ligne, ou en agissant sur leurs prix, il n'y aurait en définitive jamais de réelle certitude quant à la suppression du double paiement.

3.3.4.4. Art. 19 al. 3^{bis} LDA

Introduit par la révision de la LDA de 2007, l'art. 19 al. 3^{bis} LDA est principalement destiné à éviter que les transferts d'œuvres sur internet ne fassent l'objet d'une double rémunération⁴⁷⁵. Il prévoit que « les reproductions confectionnées lors de la consultation à la demande d'œuvres mises à disposition licitement ne sont soumises ni aux restrictions prévues par le présent article, ni aux droits à rémunération visés à l'art. 20 ».

Cette disposition laisse à l'auteur le droit de percevoir une rémunération sur les reproductions d'œuvres achetées en ligne sur des plateformes licites, tout en les exonérant de la redevance légale. Il évite donc les doubles paiements à charge du consommateur, dans le cas où il télécharge une œuvre à partir d'un magasin en ligne légal⁴⁷⁶. Étant donné que la redevance sur les supports s'applique aussi aux supports utilisés pour le téléchargement

⁴⁶⁸ Ruedin/Tissot, p. 425.

⁴⁶⁹ Salvadé, Téléchargement, N° 12.

⁴⁷⁰ Salvadé, Téléchargement, N° 12.

⁴⁷¹ Ruedin/Tissot, p. 425.

⁴⁷² Ruedin/Tissot, p. 425 ; Salvadé, Téléchargement, N° 12.

⁴⁷³ Salvadé, Téléchargement, N° 12.

⁴⁷⁴ Cf. *supra* 3.3.4.2.

⁴⁷⁵ Ruedin, N° 89 ad art. 19 LDA.

⁴⁷⁶ Salvadé, Cloud, p. 5.

d'œuvres par le biais de services à la demande, cette restriction du droit à rémunération sera prise en compte dans le calcul de la redevance de l'art. 20 al. 3 LDA⁴⁷⁷.

Même si le principal effet de l'art. 19 al. 3^{bis} LDA est d'exonérer les reproductions concernées des droits à rémunération de l'art. 20 LDA, il rend également les restrictions à l'usage privé prévues par l'art. 19 LDA inapplicables⁴⁷⁸. La loi ne contient toutefois aucune précision quant au type d'usage privé appelé à ne pas être restreint, ou quant aux restrictions qui sont inapplicables⁴⁷⁹. Selon le Message du Conseil fédéral, « l'art. 19 al. 3^{bis} LDA lève les restrictions légales visées aux art. 19 al. 1, let. c et 19 al. 3 LDA pour les reproductions d'œuvres réservées à l'usage privé afin que les personnes morales (établissements d'enseignement, entreprises, administrations, bibliothèques, etc.) puissent, tout comme les personnes physiques, se procurer des œuvres par le biais de transactions électroniques conformément aux conditions régissant la reproduction à des fins privées »⁴⁸⁰. Les reproductions au sein des entreprises effectuées dans le cadre de l'art. 19 al. 3^{bis} LDA ne sont ainsi pas limitées « à des fins d'information interne ou de documentation »⁴⁸¹. Elles ne sont pas non plus soumises aux restrictions de l'art. 19 al. 3 LDA, à l'instar des utilisations à des fins pédagogiques⁴⁸². En revanche, l'art. 19 al. 2 LDA n'étant manifestement pas une restriction à l'usage privé, il reste applicable⁴⁸³. Il en est de même pour l'art. 19 al. 4 LDA, puisqu'il affecte également l'art. 19 al. 1 let. a LDA (la reproduction de logiciels est interdite, même à des fins privées)⁴⁸⁴.

L'art. 19 al. 3^{bis} LDA ne concerne pas uniquement les œuvres musicales et audiovisuelles, mais également des œuvres recourant à la langue et les œuvres visuelles⁴⁸⁵. Il est en revanche inapplicable aux logiciels⁴⁸⁶. Seules les reproductions sont visées, à l'exclusion de toute autre utilisation de l'œuvre⁴⁸⁷.

Qu'ils soient gratuits ou payants, tous les types de services à la demande entrent dans le champ d'application de l'art. 19 al. 3^{bis} LDA⁴⁸⁸. Cette disposition exige en revanche que les reproductions soient issues d'œuvres mises à disposition licitement, autrement dit avec le consentement de l'auteur⁴⁸⁹. Le fournisseur de l'œuvre doit avoir obtenu de l'auteur l'autorisation de la rendre accessible sur internet. Si l'auteur n'a pas consenti à la mise à disposition de son œuvre, comme dans le cadre d'une bourse d'échange de fichiers en ligne, l'art. 19 al. 3^{bis} LDA n'est pas applicable⁴⁹⁰. Les reproductions d'œuvres qui ne sont pas mises

⁴⁷⁷ FF 2006 3302.

⁴⁷⁸ L'art. 19 al. 3^{bis} LDA dispose que « Les reproductions [...] ne sont soumises ni aux restrictions prévues par le présent article [19 LDA] [...] ».

⁴⁷⁹ Ruedin, N° 95 ad art. 19 LDA.

⁴⁸⁰ FF 2006 3301.

⁴⁸¹ Art. 19 al. 1 let. c LDA, *a contrario*.

⁴⁸² Ruedin, N° 95 ad art. 19 LDA.

⁴⁸³ Ruedin, N° 95 ad art. 19 LDA.

⁴⁸⁴ Ruedin, N° 95 ad art. 19 LDA.

⁴⁸⁵ Ruedin, N° 91 ad art. 19 LDA.

⁴⁸⁶ Art. 19 al. 4 LDA.

⁴⁸⁷ Ruedin/Tissot, p. 425.

⁴⁸⁸ Ruedin/Tissot, p. 425.

⁴⁸⁹ Ruedin, N° 92 ad art. 19 LDA.

⁴⁹⁰ FF 2006 3302.

à disposition licitement restent donc soumises au régime des art. 19 et 20 LDA. Si l'utilisateur peut se prévaloir de l'usage privé au sens de l'art. 19 al. 1 let. a LDA, de telles reproductions sont autorisées sur la base de la licence légale et sont soumises à rémunération en vertu de l'art. 20 al. 3 LDA⁴⁹¹.

L'art. 19 al. 3^{bis} LDA ne concerne que les reproductions confectionnées *lors* de la consultation à la demande, c'est-à-dire les reproductions faites directement à partir de l'œuvre mise à disposition par le fournisseur (les « premières copies »)⁴⁹². En d'autres termes, ce sont les copies qu'implique l'exercice du droit de mise à disposition qui sont exonérées, pas les copies subséquentes réalisées après la consultation. Dans les services en ligne, le droit de mise à disposition, à charge du fournisseur, implique nécessairement une copie réalisée par le consommateur (durable ou temporaire) pour que ce dernier puisse bénéficier de l'œuvre⁴⁹³. L'art. 19 al. 3^{bis} LDA sert à rétablir l'équilibre entre le commerce en ligne et le commerce de supports physiques⁴⁹⁴. Comme l'acquisition d'une œuvre physique n'est pas soumise au droit d'auteur⁴⁹⁵, le législateur a fait en sorte que le téléchargement d'une œuvre numérique ne le soit pas non plus. En effet, celui qui achète un disque dans un magasin peut l'écouter sans devoir confectionner une copie supplémentaire et sans payer de redevances. Il serait injustifié que l'utilisateur d'un magasin en ligne, qui doit nécessairement confectionner une copie pour bénéficier de l'œuvre, ait cette obligation⁴⁹⁶. Les reproductions ultérieures, effectuées à partir des premières copies, sortent du champ d'application de l'art. 19 al. 3^{bis} LDA. Elles sont donc, au même titre que les copies effectuées à partir d'un support physique, soumises au régime des art. 19 et 20 LDA⁴⁹⁷.

Une autre interprétation l'art. 19 al. 3^{bis} LDA est parfois soutenue⁴⁹⁸. Elle consiste à voir en cette disposition la codification de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sous l'ancien droit⁴⁹⁹, selon laquelle les copies contrôlées par le fournisseur en ligne au moyen de DRMS échappent à la redevance pour la copie privée, y compris celles réalisées après le téléchargement. L'art. 19 al. 3^{bis} LDA aurait pour but, dans cette hypothèse, de résoudre le conflit entre la licence légale de l'art. 19 LDA et la licence contractuelle accordée par le fournisseur en ligne à l'utilisateur. La licence contractuelle l'emporterait sur la licence légale, avec pour conséquence d'exonérer de la redevance de l'art. 20 LDA non seulement la première copie réalisée au moment du téléchargement, mais toutes les copies autorisées par le fournisseur en ligne. Seules les reproductions non prévues par le contrat sortiraient du champ d'application de l'art. 19 al. 3^{bis} LDA. Cette thèse, défendue par P.-E. Ruedin et

⁴⁹¹ Ruedin/Tissot, p. 426.

⁴⁹² Ruedin, N° 94 ad art. 19 LDA; Rehbindler/Vigano, N° 37 ad art. 19 LDA; Salvadé, Téléchargement, N° 17.

⁴⁹³ Salvadé, Cloud, p. 5.

⁴⁹⁴ BO Conseil National 2007, 1200.

⁴⁹⁵ Cf. *supra* 3.3.4.2.1.

⁴⁹⁶ Salvadé, Cloud, p. 6.

⁴⁹⁷ Ruedin, N° 94 ad art. 19 LDA.

⁴⁹⁸ Salvadé, Cloud, p. 5.

⁴⁹⁹ ATF 133 II 263, consid. 10.2.

N. Tissot⁵⁰⁰, va à l'encontre du texte de l'art. 19 al. 3^{bis} LDA, qui prévoit que seules les reproductions confectionnées *lors* de la consultation à la demande entrent dans son champ d'application⁵⁰¹. Elle impliquerait encore que le caractère licite de la mise à disposition de l'œuvre ne touche pas uniquement la relation entre l'auteur et le fournisseur, mais aussi que l'acquéreur puisse se prévaloir d'une autorisation de reproduire l'œuvre sur une base contractuelle avec le fournisseur⁵⁰², ce que ne mentionne pas le texte légal. De plus, compte tenu du caractère impératif des règles légales sur l'usage privé⁵⁰³, les copies visées par l'art. 19 al. 3^{bis} LDA, qui bénéficient de l'exception d'usage privé et sont autorisées gratuitement, ne peuvent faire l'objet de dispositions contractuelles prévoyant une rémunération⁵⁰⁴. Le fournisseur en ligne ne peut réclamer une rémunération que pour l'accès à son service, et non pour la copie réalisée par le consommateur⁵⁰⁵. En définitive, la thèse selon laquelle l'art. 19 al. 3^{bis} LDA réglerait le conflit entre la licence légale et la licence contractuelle va à l'encontre de la disposition elle-même ainsi que de la nature impérative des règles sur l'usage privé.

Par une décision du 17 novembre 2011 concernant la redevance sur les smartphones⁵⁰⁶, la CAF s'est penchée sur le sens à donner à l'art. 19 al. 3^{bis} LDA. Elle a relevé que la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en 2007⁵⁰⁷ n'est pas pertinente pour interpréter l'art. 19 al. 3^{bis} LDA, entré en vigueur postérieurement. De plus, le cas des smartphones, qui permettent de télécharger directement des œuvres à partir d'internet, diffère de celui des lecteurs MP3, qui ne possèdent que rarement cette capacité. En se fondant sur une interprétation littérale de la disposition, la CAF a admis que l'art. 19 al. 3^{bis} LDA n'exonère de redevance que les premières copies, réalisées au moment du téléchargement⁵⁰⁸. Elle a relevé que ces copies sont autorisées gratuitement par la loi et que les fournisseurs en ligne ne peuvent pas les licencier car ils ne détiennent pas les droits nécessaires. La fonction de cette disposition est bien de rétablir l'équilibre entre le commerce en ligne et le commerce de supports physiques. La CAF a également précisé que l'art. 19 al. 3^{bis} LDA n'impose qu'une déduction forfaitaire sur la redevance. Il ne donne aucun droit à un utilisateur individuel d'être libéré de celle-ci dans le cas où il ne reproduirait que des œuvres provenant de magasins en ligne légaux⁵⁰⁹.

Le fait que l'art. 20 al. 3 LDA ne s'applique pas aux reproductions concernées par l'art. 19 al. 3^{bis} LDA ne signifie donc pas que les supports utilisés dans ce cadre ne sont pas soumis à

⁵⁰⁰ Ruedin/Tissot, p. 425-426. Ces auteurs précisent que la notion de mise à disposition de l'art. 19 al. 3^{bis} LDA, qui met en jeu tant le droit de reproduction que le droit de mise à disposition, doit être comprise de manière large et non au sens technique de l'art. 10 al. 2 let. c LDA.

⁵⁰¹ Salvadé, Téléchargement, N° 15.

⁵⁰² Ruedin/Tissot, p. 426. Dans le cas contraire, et dans l'hypothèse où il est interprété de façon à exonérer les copies subséquentes, l'art. 19 al. 3^{bis} LDA priverait l'auteur de toute rémunération pour les reproductions effectuées sans son consentement.

⁵⁰³ ATF 127 III 26.

⁵⁰⁴ Salvadé, Téléchargement, N° 16.

⁵⁰⁵ Egloff, p. 145-146.

⁵⁰⁶ Décision du 17 novembre 2011 concernant le tarif commun 4e pour la période 2010-2011.

⁵⁰⁷ ATF 133 II 263.

⁵⁰⁸ Salvadé, Téléchargement, N° 18.

⁵⁰⁹ Salvadé, Téléchargement, N° 18.

rémunération. Cela conduit uniquement à une baisse de la redevance prévue dans le tarif communs 4i⁵¹⁰. L'exonération des « premières copies » constitue une solution appropriée pour rétablir l'équilibre entre le commerce en ligne et le commerce de supports physiques sur le plan juridique. L'exemption de l'art. 19 al. 3^{bis} LDA évite un cas effectif de double paiement, et devrait contribuer à une meilleure acceptation du système de redevance⁵¹¹.

⁵¹⁰ Ruedin, N° 97 ad art. 19 LDA.

⁵¹¹ Salvadé, Téléchargement, N° 25.

4. Actuelle révision du droit d’auteur

4.1. Contexte

Le Conseil fédéral veut moderniser le droit d’auteur. A cette fin, il a placé en consultation un projet de révision de la LDA le 11 décembre 2015⁵¹². Ce projet fait suite à différentes interventions parlementaires demandant une révision du système actuel⁵¹³, ainsi qu’aux recommandations du groupe de travail sur le droit d’auteur (AGUR12), chargé d’examiner les possibilités d’adapter le droit d’auteur à l’évolution de la technique.

Dans un contexte où l’accès et la mise à disposition d’œuvres protégées n’ont jamais été autant facilités par les moyens numériques modernes, le projet de révision de la LDA accorde l’essentiel de son attention à la lutte contre le piratage sur internet⁵¹⁴. Le Conseil fédéral prévoit de mettre en œuvre toute une série de mesures recommandées par l’AGUR12⁵¹⁵, lesquelles devraient permettre de répondre efficacement au problème du piratage, sans criminaliser les utilisateurs de telles offres. Le projet de révision a également pour but d’adapter les dispositions légales aux dernières avancées technologiques et il se penche notamment sur les possibilités d’ajuster le système actuel de redevance sur les supports vierges.

Les résultats de la procédure de consultation sont parvenus le 2 décembre 2016⁵¹⁶. La modernisation du droit d’auteur est saluée de manière générale, mais les avis sur les solutions à mettre en place divergent fortement⁵¹⁷. Le DFJP soumettra au Conseil fédéral une proposition sur la suite à donner à ce dossier en été 2017.

4.2. Recommandations de l’AGUR12 en matière de copie privée

Pour l’AGUR12, le système de redevance sur les supports vierges est toujours opportun à l’heure du numérique, car il permet une rémunération des ayants droit de manière simple, par l’intermédiaire des sociétés de gestion collective, tout en évitant une criminalisation des consommateurs⁵¹⁸. En réponse à l’objection du double paiement, l’AGUR12 pense qu’une solution pourrait être de réserver la redevance aux cas où les copies privées ne font pas partie du service proposé par la plateforme aux internautes⁵¹⁹. En d’autres termes, toutes les copies autorisées par la plateforme vis-à-vis du consommateur seraient exonérées de redevance, y compris les copies subséquentes, pourvu qu’elles découlent clairement du service proposé

⁵¹² Disponible à l’adresse : <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/modernisation-du-droit-dauteur-2015.html>.

⁵¹³ Les motions Fluri 13.3583 – Prêt des œuvres. Pour une juste rémunération des auteurs et CER-N 14.3293 – Supports vierges, ainsi que l’initiative parlementaire 13.404 – Stop à la taxe injuste sur les supports vierges.

⁵¹⁴ <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/modernisation-du-droit-dauteur-2015.html>.

⁵¹⁵ Cf. *infra* 5.1.

⁵¹⁶ Rapport du 2 décembre 2016 rendant compte des résultats de la consultation des modifications de la loi sur le droit d’auteur, accessible sur : <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/modernisation-du-droit-dauteur-2015.html>.

⁵¹⁷ <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/modernisation-du-droit-dauteur-2015.html>.

⁵¹⁸ Rapport AGUR12, p. 83.

⁵¹⁹ Rapport AGUR12, p. 83.

par la plateforme⁵²⁰. Cette approche, plus pragmatique que juridique, s'explique par la volonté de résoudre une fois pour toute un problème qui nuit à l'acceptation du système de redevances pour la copie privée⁵²¹.

4.3. Modifications prévues par l'avant-projet de LDA en matière de copie privée

Tout comme l'AGUR12, le Conseil fédéral est satisfait du système actuel de redevances et ne veut pas le remettre en cause⁵²². Conscient du problème de double paiement, le Conseil fédéral a décidé de donner suite à la solution recommandée par l'AGUR12 et propose de modifier l'art. 19 al. 3^{bis} LDA de la manière suivante :

*« Les reproductions confectionnées lors de la consultation à la demande d'œuvres mises à disposition licitement, **ainsi que les reproductions autorisées contractuellement** ne sont pas soumises aux restrictions visées au présent article, ni au droit à rémunération visés à l'art. 20 al. 3 LDA. »*⁵²³.

Le projet souhaite limiter la rémunération de l'art. 20 al. 3 LDA aux cas où les copies privées ne font pas partie du service offert par la plateforme aux internautes⁵²⁴. Par « reproductions autorisées contractuellement », on entend visiblement les reproductions autorisées par la plateforme vis-à-vis du consommateur, pas celles autorisées par l'ayant droit vis-à-vis de la plateforme⁵²⁵. Selon le droit actuel, lorsqu'une œuvre est achetée en ligne et enregistrée sur un appareil, l'art. 19 al. 3^{bis} LDA prévoit qu'aucune rémunération n'est due. Si le consommateur souhaite transférer l'œuvre téléchargée sur d'autres appareils, ces utilisations seront assimilées à des copies à usage privé soumises à une rémunération selon l'art. 20 al. 3 LDA. Il n'existe donc aucun espace pour réglementer ces utilisations par le biais de contrats individuels entre le fournisseur et l'utilisateur. Il faut pourtant constater que les fournisseurs internationaux n'adaptent pas systématiquement leurs conditions d'utilisations au droit national d'un pays⁵²⁶. Ils vont généralement autoriser contractuellement un certain nombre de copies à des fins privées, alors que ces autorisations peuvent déjà être données de par la loi, comme c'est le cas en Suisse. C'est ce genre de situation, constituant effectivement un double paiement, que le Conseil fédéral veut éviter en ajoutant les « reproductions autorisées contractuellement » au champ d'application de l'art. 19 al. 3^{bis} LDA⁵²⁷.

Cette proposition est critiquable, en particulier sous l'angle de sa compatibilité avec le test des trois étapes prévu par les traités internationaux : en effet, les reproductions en question échapperaient au droit exclusif de l'auteur sans être compensées par une redevance⁵²⁸. La

⁵²⁰ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 137.

⁵²¹ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 137 ; Rapport AGUR12, p. 83.

⁵²² Rapport explicatif LDA 2015, p.26.

⁵²³ Art. 19 al. 3^{bis} du projet de LDA du 11.12.2015, accessible sur <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/modernisation-du-droit-dauteur-2015.html>.

⁵²⁴ Rapport explicatif LDA 2015, p.26.

⁵²⁵ Salvadé, Avenir de la copie privée, p. 437.

⁵²⁶ Rapport explicatif LDA 2015, p.26.

⁵²⁷ Rapport explicatif LDA 2015, p.26.

⁵²⁸ Salvadé, Avenir de la copie privée, p. 437.

solution du Conseil fédéral présente également peu de cohérence d'un point de vue juridique : à supposer que les copies exonérées de redevance soient toujours des copies privées autorisées par la loi d'après l'art. 19 LDA, comment des reproductions autorisées par la loi peuvent-elles être encore autorisées contractuellement ?⁵²⁹.

Une solution plus cohérente d'un point de vue juridique pourrait être d'exclure les copies privées réalisées à partir d'une plateforme en ligne du champ d'application de l'art. 19 LDA, ce qui permettrait à l'ayant droit de licencier le droit de reproduction auprès de la plateforme, en même temps que le droit de mise à disposition⁵³⁰. En supprimant ainsi la licence légale, on pourrait également supprimer la redevance pour la copie privée, puisqu'elle est sa contrepartie.

A côté de la problématique du double paiement, le Conseil fédéral s'est également penché sur les possibilités d'adapter le système actuel de redevances aux nouvelles technologies. Dans son rapport sur l'avant-projet de LDA, le Conseil fédéral a notamment examiné les cas du *streaming* et du *cloud computing*, deux tendances particulièrement importantes en matière de copie privée. Considérant dans un premier temps qu'il était justifié d'adapter le système afin de tenir compte de ces nouvelles pratiques⁵³¹, le Conseil fédéral a finalement renoncé à réformer le droit actuel. Il a estimé qu'il n'existait pas d'alternative praticable pour tenir compte du streaming ; et que le droit en vigueur était suffisant pour régir le *cloud computing*⁵³². Peu convainquant sur ce point, l'avant-projet prend le parti de laisser ouvertes la plupart des questions actuelles concernant la copie privée⁵³³, laissant au juriste un goût d'inachevé⁵³⁴.

⁵²⁹ Salvadé, Avenir de la copie privée, p. 437.

⁵³⁰ Salvadé, Avenir de la copie privée, p. 437.

⁵³¹ Rapport explicatif LDA 2015, p.25.

⁵³² Rapport explicatif LDA 2015, p.25.

⁵³³ Notamment le *streaming*, la télévision de rattrapage et le *cloud computing*. Cf. *infra* 5.3 ss.

⁵³⁴ Salvadé, Avenir de la copie privée, p. 440.

5. Questions particulières

5.1. Piratage

Les violations du droit d'auteur sur internet sont fréquentes. Face à elles, l'ayant droit se trouve le plus souvent dans l'impossibilité de faire valoir ses droits en pratique. Le nombre des auteurs d'infractions est tellement élevé qu'il est tout simplement irréalisable d'agir contre chacun d'entre eux dans la perspective d'une défense efficace des droits exclusifs. Le phénomène du piratage est à prendre au sérieux : « Il marque un décalage des pratiques par rapport au droit »⁵³⁵. La lutte contre le piratage est l'un des principaux objectifs de l'actuelle révision du droit d'auteur⁵³⁶.

Le législateur suisse a renoncé à distinguer le téléchargement légal du téléchargement illégal⁵³⁷. Les deux cas sont couverts par l'exception d'usage privé à des fins personnelles. Mais s'il est légal de se procurer des œuvres sur internet au moyen de réseaux pirates, il est en revanche illégal de mettre des œuvres à disposition sur de tels réseaux⁵³⁸. La mise à disposition illicite d'une œuvre constitue une violation claire du droit d'auteur⁵³⁹. Pourtant, le piratage est difficile à éradiquer avec les moyens légaux actuels⁵⁴⁰. Il existe aussi des réserves liées à la protection des données. Le Tribunal fédéral a estimé que la recherche d'infractions au droit d'auteur commises sur internet, ainsi que la collecte des informations nécessaire à la poursuite en justice des contrevenants (notamment des adresses IP), enfreignaient les règles sur la protection des données⁵⁴¹.

Dans ces conditions, et suite au postulat de Mme Géraldine Savary⁵⁴², le Conseil fédéral a rendu en 2011 un rapport sur l'état du piratage sur internet⁵⁴³. En se basant sur une étude hollandaise⁵⁴⁴, il a d'abord remarqué que le partage de fichiers pouvait avoir un effet promotionnel sur la vente de biens protégés. Il a ensuite démontré qu'on pouvait observer des transferts de budget chez les utilisateurs, qui achèteraient moins de disques de musique, mais utiliseraient l'argent épargné pour des billets de concert ou des produits de « merchandising ». En d'autres termes, les économies réalisées par la pratique du piratage seraient réinvesties dans le secteur du divertissement⁵⁴⁵. Pour cette raison, le Conseil fédéral a jugé que le dommage infligé au secteur du divertissement à cause du piratage était limité⁵⁴⁶.

⁵³⁵ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 176.

⁵³⁶ Rapport explicatif LDA 2015, p.8 ss.

⁵³⁷ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 74.

⁵³⁸ Ruedin/Tissot, p. 420.

⁵³⁹ Art. 10 al. 2 let. c LDA.

⁵⁴⁰ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 74.

⁵⁴¹ ATF 136 II 508 « Logistep ».

⁵⁴² Postulat 10.3263 « La Suisse a-t-elle besoin d'une loi contre le téléchargement illégal de musique ? ».

⁵⁴³ Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, disponible à l'adresse : <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/ejpd/aktuell/news/2011/2011-11-30/ber-br-f.pdf>.

⁵⁴⁴ Huygen, Annelies et al. (2009) : Economic and cultural effects of file sharing on music, film and games. TNO Rapport on behalf of the Dutch ministries of Economic Affairs, Justice and Education, Culture and Science.

⁵⁴⁵ Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet, p. 8.

⁵⁴⁶ Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet, p. 12.

Il a également constaté que la part des œuvres suisses était peu élevée par rapport à l'ensemble des biens culturels consommés en Suisse, ce qui laissait entendre que le piratage lésait surtout des ayant droits étrangers et que le phénomène aurait été plus préoccupant s'il avait concerné plus d'ayants droit suisses⁵⁴⁷. Le Conseil fédéral a conclu son rapport en constatant qu'aucune action du législateur n'était nécessaire pour lutter contre le piratage et qu'il appartenait aux producteurs d'œuvres d'adapter leurs modèles d'affaire aux nouvelles technologies⁵⁴⁸.

Ce rapport a été vivement critiqué par tous les acteurs concernés⁵⁴⁹. Il était principalement reproché au Conseil fédéral d'avoir capitulé face à des comportements illicites et de s'être basé sur des données qui ne concernaient pas la Suisse. Par la suite, la question du piratage a largement été traitée par le groupe de travail AGUR12, formé afin d'examiner les besoins de révision du droit d'auteur. Il ressort de son rapport que le téléchargement à partir de sources illégales doit rester admis, à condition d'adopter certaines mesures⁵⁵⁰.

L'AGUR12 recommande tout d'abord que les hébergeurs doivent avoir l'obligation de retirer, sur dénonciation des titulaires des droits ou d'une autorité compétente, les contenus chargés illicitement sur leurs serveurs (« take down »). Les hébergeurs dont le modèle commercial est manifestement orienté vers les violations du droit d'auteur devraient non seulement retirer les contenus chargés illicitement, mais également empêcher la réintroduction de ce type de contenus (« stay down »). Quant aux fournisseurs d'accès établis en Suisse, ils devraient être tenus, à la demande de l'autorité, de bloquer l'accès aux portails violant gravement le droit d'auteur⁵⁵¹. L'autorité devrait prendre garde d'éviter le blocage de contenus légaux conjointement au blocage de contenus illicites (« overblocking »), qui s'effectuerait par le biais du verrouillage des adresses IP et DNS. En réponse à l'arrêt Logistep⁵⁵², l'AGUR12 affirme que les ayants droit devraient pouvoir traiter les données (en particulier les adresses IP) leur permettant de faire poursuivre les violations de leurs droits, à condition de respecter les instructions du Préposé fédéral à la protection des données⁵⁵³. Le rapport prévoit enfin un système de riposte graduée s'inspirant de la France, qui permettrait au fournisseur d'accès de communiquer, à la demande de l'autorité, l'identité de la personne commettant des violations du droit d'auteur à l'ayant droit⁵⁵⁴. Cela permettrait à l'ayant droit d'agir civilement sans devoir systématiquement déposer une plainte pénale afin d'obtenir les informations nécessaires à l'action civile⁵⁵⁵. L'approche « légalisatrice » de la licence globale, consistant à instaurer une rémunération forfaitaire générale couvrant toutes les formes d'utilisation sur internet, n'a pas été retenue par le groupe de travail⁵⁵⁶. Même si cette idée peut paraître

⁵⁴⁷ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 76.

⁵⁴⁸ Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet, p. 12-13.

⁵⁴⁹ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 76.

⁵⁵⁰ Rapport AGUR12, p. 77 ss.

⁵⁵¹ Rapport AGUR12, p. 78.

⁵⁵² ATF 136 II 508

⁵⁵³ Rapport AGUR12, p. 78 ; Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 83.

⁵⁵⁴ Rapport AGUR12, p. 79.

⁵⁵⁵ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 84.

⁵⁵⁶ Rapport AGUR12, p. 83.

séduisante, il est vrai que les utilisateurs, habitués à la gratuité, ne seraient peut-être pas prêts à payer un supplément sur leur abonnement internet pour dédommager les ayants droit, au vu de l'impopularité du système de redevance en matière de copie privée⁵⁵⁷.

L'avantage des recommandations de l'AGUR12 réside dans le fait qu'elles reposent sur un consensus de tous les milieux intéressés, elles représentent donc un compromis socialement acceptable⁵⁵⁸. La plupart des mesures envisagées nécessiteront la création de nouvelles bases légales et devront être assorties de voies de recours. Le projet de modification de la LDA en tient compte et prévoit d'ajouter un nouveau chapitre à la loi, dédié aux obligations des fournisseurs d'accès⁵⁵⁹. Celui-ci prévoit notamment des procédures de blocage et d'identification des auteurs d'infraction, conformément aux recommandations de l'AGUR12. Ces mesures n'offrent toutefois des solutions que pour les cas graves de piratage. Le véritable défi lancé au législateur semble davantage se situer dans les comportements moins graves, par exemple la mise à disposition d'œuvres isolées dans un réseau social, qui restent pourtant des violations claires de la loi actuelle⁵⁶⁰.

5.2. DRMS et mesures techniques de protection

Les systèmes permettant la gestion numérique des droits (« Digital Rights Management Systems », DRMS) sont l'une des méthodes utilisées par les ayants droit afin de contrôler l'utilisation de leurs œuvres⁵⁶¹. On parle globalement de DRMS pour désigner l'ensemble des moyens technologiques gouvernant le processus d'exploitation autorisée de contenus numériques⁵⁶². En pratique, les DRMS ont pour but de limiter ou de contrôler l'accès aux œuvres numériques auxquelles ils sont rattachés, ainsi que leur copie. Il s'agit de verrous informatiques, qui restreignent les possibilités d'utilisation d'une œuvre numérique⁵⁶³. Les DRMS permettent ainsi de contrôler le nombre d'écoutes de l'œuvre, l'ordinateur sur lequel on pourra en bénéficier ou le nombre de fois que l'on pourra la transférer vers un autre appareil. Ils peuvent donc aller à l'encontre de la licence légale pour usage privé prévue par l'art. 19 LDA⁵⁶⁴.

Les DRMS ont d'abord été présentés comme un moyen de lutter contre le piratage. Très tôt, ce système a bénéficié d'un fort appui sur le plan international, l'art. 11 WCT et l'art. 18 WPPT (adoptés en 1996) obligeant les Etats contractants à prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques telles que les DRMS⁵⁶⁵. Il s'est avéré par la suite que les DRMS constituaient davantage un outil commercial dans le secteur de la musique en ligne qu'un moyen de

⁵⁵⁷ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 79.

⁵⁵⁸ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 177.

⁵⁵⁹ Projet de LDA du 11.12.15, art. 66b et suivants.

⁵⁶⁰ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 177.

⁵⁶¹ Jaccard/Heumann, N° 1 ad art. 39a LDA.

⁵⁶² Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 156.

⁵⁶³ Jaccard/Heumann, N° 2 ad art. 39a LDA.

⁵⁶⁴ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 157.

⁵⁶⁵ Jaccard/Heumann, N° 4 ad art. 39a LDA.

sauvegarder le droit d'auteur⁵⁶⁶. Devant le peu d'acceptation des consommateurs, cette technique a en grande partie été abandonnée par l'industrie⁵⁶⁷.

En Suisse, le législateur a profité de la révision du droit d'auteur de 2007 pour introduire l'article 39a LDA, prévoyant qu'il serait désormais interdit de contourner les mesures techniques servant à la protection des œuvres. Cette disposition était nécessaire pour pouvoir ratifier le WCT et le WPPT⁵⁶⁸. La violation de cette interdiction de contournement fait l'objet de sanctions pénales⁵⁶⁹. La protection accordée n'est toutefois pas absolue. Elle vaut uniquement si les mesures techniques présentent un rapport avec les œuvres protégées par le droit d'auteur. Un contenu non protégé par le droit d'auteur ne bénéficie pas de la protection de l'art. 39a LDA⁵⁷⁰. Cette dernière ne pourra pas non plus être invoquée lorsque l'utilisateur peut se prévaloir d'une exception légale, comme l'exception de copie privée de l'art. 19 LDA⁵⁷¹. En effet, le contournement de mesures techniques n'est pas punissable s'il est effectué afin de bénéficier d'une restriction au droit d'auteur⁵⁷².

D'autre part, l'art. 39a LDA protège uniquement les « mesures techniques efficaces », à savoir celles qui sont destinées et propres à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées d'œuvres⁵⁷³. Un dispositif qui contrôlerait exclusivement le nombre de copies privées, ou le type d'appareil sur lequel elles seront réalisées, ne serait pas une mesure technique efficace protégée par l'art. 39a LDA, car l'usage privé est autorisé et l'auteur ne peut faire valoir aucun droit de regard sur l'appareil de reproduction utilisé par le particulier⁵⁷⁴. Un dispositif empêchant d'introduire l'œuvre dans un réseau P2P serait en revanche une mesure protégée par la loi, car la mise à disposition en ligne est une prérogative réservée à l'auteur⁵⁷⁵.

L'art. 39a LDA protège à la fois les dispositifs techniques permettant de contrôler l'utilisation de l'œuvre et les dispositifs contrôlant l'accès aux œuvres⁵⁷⁶. Contrairement aux dispositifs de contrôle d'utilisation, restreignant l'utilisation de l'œuvre (par exemple, un système anti-copie), les dispositifs de contrôles d'accès empêchent purement et simplement l'utilisateur de prendre connaissance de l'œuvre⁵⁷⁷. Ces derniers sont donc bien plus intrusifs et vont

⁵⁶⁶ Sessa, p. 14.

⁵⁶⁷ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 156.

⁵⁶⁸ Jaccard/Heumann, N° 7 ad art. 39a LDA.

⁵⁶⁹ Art. 69a LDA.

⁵⁷⁰ Jaccard/Heumann, N° 10 ad art. 39a LDA.

⁵⁷¹ Jaccard/Heumann, N° 10 ad art. 39a LDA.

⁵⁷² Art. 39a al. 4 LDA « L'interdiction de contourner ne peut pas frapper celui qui contourne une mesure technique efficace exclusivement dans le but de procéder à une utilisation licite ». Il ne s'agit pas d'une exception au sens juridique du terme, car comme le rappelle le Message du Conseil fédéral, tout contournement des mesures techniques est interdit. Toutefois, la violation de cette interdiction n'est réprimée ni civilement ni pénalement lorsque le contournement a servi exclusivement à permettre une utilisation licite de l'œuvre ; FF 2006 3298.

⁵⁷³ FF 2006 3297.

⁵⁷⁴ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 161.

⁵⁷⁵ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 161.

⁵⁷⁶ Art. 39a al.2 LDA ; Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 163 ; Jaccard/Heumann, N° 18 ad art. 39a LDA.

⁵⁷⁷ Jaccard/Heumann, N° 16-18 ad art. 39a LDA.

même au-delà de la volonté du législateur de protéger les droits d'auteur⁵⁷⁸. Certains pays ont d'ailleurs limité la protection des mesures techniques aux systèmes de contrôle d'utilisation⁵⁷⁹. En Suisse, certains auteurs estiment que les systèmes de contrôle d'accès ne devraient pas être visés par la LDA, car ils ne sont pas destinés à protéger le titulaire des droits, mais le patrimoine des fournisseurs en ligne⁵⁸⁰. Il est vrai que les dispositifs de contrôle d'accès font déjà l'objet d'une protection pénale, sur la base des art. 143, 143^{bis}, 150 et 150^{bis} CP⁵⁸¹. S'ils sont contournés, par exemple par une personne qui veut bénéficier du service sans en payer le prix, le comportement sera donc déjà illicite. Et ce même si l'utilisateur entend uniquement procéder à un acte permis par la LDA, comme un usage privé au sens de l'art. 19 LDA. En effet, de la même manière qu'il est interdit de voler un disque dans un magasin, il ne doit pas être possible de « forcer le verrou » d'une plateforme en ligne pour télécharger une œuvre⁵⁸².

5.3. Streaming

Dans le domaine musical, on assiste depuis quelques années à un déclin des copies privées durables⁵⁸³. Depuis l'avènement du streaming, la musique est davantage écoutée que reproduite. Ce modèle se caractérise par la simple mise à disposition de la musique : ce n'est plus la possession, mais l'accès à la musique qui est au cœur de la négociation⁵⁸⁴. Le succès de services légaux comme Youtube, Spotify ou Deezer, permettant de profiter gratuitement de milliers d'œuvres, témoigne de cette tendance.

Sur le plan juridique, le fonctionnement du streaming implique deux actes relevant du droit d'auteur. Le premier est la mise à disposition de l'œuvre sur le serveur de l'hébergeur, ce qui constitue une utilisation de l'œuvre protégée par l'art. 10 al. 2 let. c LDA et nécessite l'autorisation de l'ayant droit⁵⁸⁵. Le second est la copie automatique effectuée dans la mémoire cache de l'appareil de l'utilisateur. Cette copie échappe au droit d'auteur en vertu de l'art. 24a LDA⁵⁸⁶. En cas de streaming, la reproduction effectuée est transitoire : elle n'est effectuée que pour la durée de la consultation. Elle remplit par ailleurs les autres conditions de l'autorisation légale prévue par l'art. 24a LDA : elle est essentielle à un procédé technique, son unique finalité est de permettre l'utilisation licite d'une œuvre et elle n'a pas de signification économique indépendante. Selon la LDA actuelle, la copie effectuée par l'utilisateur en cas de streaming échappe donc au droit exclusif de reproduction de l'auteur, ainsi qu'à la rémunération due en contrepartie de l'usage privé⁵⁸⁷.

⁵⁷⁸ Jaccard/Heumann, N° 18 ad art. 39a LDA.

⁵⁷⁹ Jaccard/Heumann, N° 18 ad art. 39a LDA.

⁵⁸⁰ Glarner, p. 649.

⁵⁸¹ Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 163

⁵⁸² Salvadé, Droit d'auteur et technologies, p. 163-164.

⁵⁸³ Salvadé, Avenir de la copie privée, p. 438.

⁵⁸⁴ Rapport AGUR12, p. 20.

⁵⁸⁵ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25.

⁵⁸⁶ Salvadé, Avenir de la copie privée, p. 438.

⁵⁸⁷ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25.

En Europe, la CJUE a eu l'occasion de préciser que ce résultat n'est pas contraire au test des trois étapes⁵⁸⁸. La Cour rappelle que les copies en cache ne sont réalisées que dans le but de consulter des sites internet. Elles constituent donc un cas spécial, exempté à juste titre du droit de reproduction. Le raisonnement de la Cour est le suivant : étant donné que les éditeurs de sites internet sont tenus d'obtenir une autorisation des titulaires de droits d'auteur pour les œuvres qu'ils mettent à disposition, les intérêts des ayants droit sont correctement sauvegardés. Il n'est pas justifié d'exiger des internautes qu'ils obtiennent une autre autorisation leur permettant de bénéficier de l'œuvre mise à disposition avec l'accord de l'auteur⁵⁸⁹.

Ce raisonnement n'est pas transposable aux situations dans lesquelles le fournisseur de streaming ne bénéficie pas de licence contractuelle permettant de dédommager l'ayant droit. Autrement dit, lorsque l'œuvre proposée en streaming est mise à disposition de manière illégale. Tel qu'il est rédigé, l'art. 24a LDA ne permet pas de distinction entre le streaming légal ou illégal. Lorsque l'offre n'est pas proposée sous licence, la seule solution est de recourir aux moyens de lutte contre le piratage⁵⁹⁰. Dans l'avant-projet de LDA, le Conseil fédéral renonce à réformer le système de la copie privée pour tenir compte du streaming, au motif que la seule alternative serait d'instaurer une licence globale (« *flatrate* »), légalisant la mise à disposition d'œuvres sur internet moyennant le paiement d'un forfait par les fournisseurs d'accès⁵⁹¹. Un tel système serait possible en théorie, mais n'est soutenu ni par le groupe de travail AGUR12⁵⁹², ni par le Conseil fédéral⁵⁹³.

Même si le Conseil fédéral affirme le contraire, il semble pourtant exister d'autres alternatives que la licence globale. Etant donné que les redevances perçues sur les supports vierges sont en baisse depuis 2008, il serait d'ailleurs judicieux d'adapter le système actuel de redevance afin de tenir compte des nouvelles habitudes de consommation, comme le streaming⁵⁹⁴. Pour Salvadé, on pourrait très bien restreindre la portée de l'art. 24a LDA, afin de permettre la redevance de l'art. 20 al. 3 LDA sur la copie privée « éphémère » réalisée par le consommateur lors de la consultation⁵⁹⁵. Il faudrait alors prendre garde d'éviter un double paiement pour les offres de streaming légales, mais cette solution serait opportune lorsque la mise à disposition de l'œuvre proposée en streaming n'a pas été autorisée et que la consultation intervient gratuitement.

En matière de téléchargement, l'application de la redevance de l'art. 20 al. 3 LDA permet de compenser le fait que la copie privée soit permise indépendamment de la légalité de la source. Même si le droit européen connaît une approche inverse⁵⁹⁶, cette solution n'est pas

⁵⁸⁸ Arrêt de la CJUE du 5 juin 2014, C-360/13.

⁵⁸⁹ Arrêt de la CJUE du 5 juin 2014, C-360/13.

⁵⁹⁰ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25.

⁵⁹¹ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25.

⁵⁹² Rapport AGUR12, p. 83.

⁵⁹³ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25.

⁵⁹⁴ Rapport explicatif LDA 2015, p. 24.

⁵⁹⁵ Salvadé, Avenir de la copie privée, p. 438.

⁵⁹⁶ Arrêt de la CJUE du 10 avril 2014, C-435/12. La CJUE a estimé que le droit européen s'opposait à une législation nationale qui ne distinguerait pas la licéité de la source à partir de laquelle une reproduction privée

remise en cause par l'avant-projet de révision de la LDA⁵⁹⁷. Cette approche pragmatique, consistant à autoriser ce que l'on ne peut pas interdire, tout en prévoyant des redevances à titre de compensation, a fait ses preuves⁵⁹⁸. Elle ne criminalise pas les consommateurs, tout en permettant une rémunération effective des ayants droit. L'application de cette solution au streaming permettrait d'établir l'égalité entre cette pratique et le téléchargement, assurant la neutralité technologique de la LDA⁵⁹⁹.

5.4. vPVR et télévision de rattrapage

Le vPVR (*Virtual Personal Video Recorder*) est un magnétoscope virtuel : il s'agit d'une capacité de stockage offerte par un fournisseur à ses clients, afin de leur permettre d'enregistrer des émissions à distance, sur un serveur⁶⁰⁰.

La télévision de rattrapage (ou *catch up TV*) est un service permettant au téléspectateur de voir après coup non seulement une émission, mais tout un programme qu'il aurait manqué⁶⁰¹. Cette technologie implique que les émissions soient enregistrées durant un certain temps dans une mémoire centrale, appartenant au prestataire de service⁶⁰². Lorsqu'un téléspectateur met une émission sur pause, il réalise au final une copie privée, qui lui permettra de reprendre le visionnement de l'émission en différé⁶⁰³. Ce contexte particulier implique de savoir si la télévision de rattrapage doit être assimilée ou non à de la copie privée.

Le vPVR et la télévision de rattrapage sont deux technologies similaires et sont traitées de la même manière par la LDA⁶⁰⁴. La personne qui fournit des capacités de stockage à ses abonnés agit comme un tiers au sens de l'art. 19 al. 2 LDA, fournissant une infrastructure permettant la copie privée⁶⁰⁵. Le droit à rémunération découlera de l'art. 20 al. 2 LDA et sera acquitté par le tiers⁶⁰⁶. Il importe peu que le consommateur soit lui-même à l'origine du processus de copie ou qu'il bénéficie, pour des raisons techniques, d'un enregistrement réalisé suite à l'ordre d'un autre consommateur. En revanche, le prestataire de service ne peut réaliser les copies à l'avance, sans qu'un consommateur ne les ait demandées⁶⁰⁷. Le tarif des sociétés de gestion applicable est le tarif commun 12, visant aussi bien les vPVR que la télévision de rattrapage⁶⁰⁸.

est réalisée. Les Etats membres ne peuvent notamment pas tolérer le téléchargement à partir d'une source illicite, et le compenser par une redevance, même lorsqu'il est réalisé à des fins privées.

⁵⁹⁷ Salvadé, *Avenir de la copie privée*, p. 435.

⁵⁹⁸ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25.

⁵⁹⁹ ATF 133 II 263 ; Salvadé, *Avenir de la copie privée*, p. 438.

⁶⁰⁰ Salvadé, *Droit d'auteur et technologies*, p. 140.

⁶⁰¹ Salvadé, *Droit d'auteur et technologies*, p. 140.

⁶⁰² Décisions de la CAF des 30 novembre et 17 décembre 2012 sur le tarif commun 12.

⁶⁰³ Salvadé, *Avenir de la copie privée*, p. 434.

⁶⁰⁴ Décisions de la CAF des 30 novembre et 17 décembre 2012 sur le tarif commun 12.

⁶⁰⁵ Salvadé, *Droit d'auteur et technologies*, p. 155.

⁶⁰⁶ Salvadé, *Avenir de la copie privée*, p. 439.

⁶⁰⁷ Décisions de la CAF des 30 novembre et 17 décembre 2012 sur le tarif commun 12 ; Salvadé, *Avenir de la copie privée*, p. 439.

⁶⁰⁸ Ce tarif s'applique aussi à la mise à disposition d'appareils physiques d'enregistrement, comme des « *set top boxes* ». Cf. *supra* 3.2.3.

Bien que le vPVR et la télévision de rattrapage soient soumis au régime de l'art. 19 al. 2 LDA, les limites de l'art. 19 al. 3 LDA ne leur sont pas applicables⁶⁰⁹. L'utilisateur de ces services n'est donc pas limité à des extraits d'œuvres et peut reproduire l'intégralité d'exemplaires disponibles sur le marché. La CAF est arrivée à cette conclusion en considérant que le programme ou l'émission enregistré constitue une suite d'œuvres et non un exemplaire d'œuvre disponible sur le marché. Cette décision de soustraire la télévision de rattrapage du droit exclusif de mise à disposition peut poser des problèmes de compatibilité avec le test des trois étapes⁶¹⁰. L'exploitation normale de l'œuvre, notamment par le biais de la vidéo à la demande (VoD), paraît menacée par la possibilité de revoir après coup toutes les émissions d'une multitude de programmes. La CAF a répondu à cette question par la négative, au motif que l'exploitation de l'œuvre par VoD, conformément au système des fenêtres d'exploitation, intervenait après la période réservée aux cinémas, mais avant que l'œuvre ne soit diffusée par la télévision⁶¹¹.

L'avant-projet de LDA ne s'intéresse pas à cette question de la compatibilité avec le test des trois étapes. Compte tenu des nombreuses formes que peut prendre la télévision de rattrapage, il paraît judicieux de laisser les tribunaux trancher en fonction des circonstances de chaque cas particulier⁶¹². Il reviendra également aux sociétés de gestion d'identifier les cas de télévision de rattrapage qui constituent de la copie privée autorisée par la loi et de clairement les définir dans leurs tarifs⁶¹³.

5.5. Cloud computing

5.5.1. Introduction

Le « cloud computing » (ou l'informatique en nuage), est une technologie permettant de déporter des données informatiques, traditionnellement localisées sur des serveurs locaux ou sur le poste personnel de l'utilisateur, sur des serveurs distants⁶¹⁴. Une fois ses données chargées sur le serveur, le consommateur peut y accéder depuis n'importe quel appareil privé (ordinateur, téléphone, tablette), par téléchargement ou streaming. Cette technique ne se limite pas à la sauvegarde de données personnelles et permet également de stocker des œuvres protégées, suscitant plusieurs questions en droit d'auteur.

⁶⁰⁹ Décisions de la CAF des 30 novembre et 17 décembre 2012 sur le tarif commun 12, consid. 9.

⁶¹⁰ Salvadé, *Avenir de la copie privée*, p. 440.

⁶¹¹ A partir de leur sortie en salles, les films ont des délais de diffusion et d'exploitation qui varient selon le média (télévision, vidéo à la demande, cinémas), selon un système de fenêtres d'exploitation (ou « Kaskadenauswertung », exploitation en cascade). Voir les Décisions de la CAF des 30 novembre et 17 décembre 2012 sur le tarif commun 12, consid. 11.

⁶¹² Salvadé, *Avenir de la copie privée*, p. 440.

⁶¹³ Salvadé, *Avenir de la copie privée*, p. 440.

⁶¹⁴ Salvadé, *Cloud*, p. 161.

5.5.2. Droits mis en jeu

5.5.2.1. Droit de reproduction

D'après l'art. 10 al. 2 let. a LDA, l'auteur a le droit exclusif de confectionner des exemplaires de l'œuvre. Ce droit couvre les copies dans une mémoire d'ordinateur ou tout autre support informatique⁶¹⁵. Le téléchargement d'une œuvre à partir d'internet constitue également une reproduction au sens de l'art. 10 al. 2 let. a LDA. En principe, il en est de même pour l'« upload », c'est-à-dire le chargement d'une œuvre sur un serveur accessible sur internet, bien que cet acte constitue également une mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 let. c LDA⁶¹⁶.

L'exception d'usage privé s'applique aussi aux utilisations sur le *cloud*⁶¹⁷. Le téléchargement d'une œuvre à partir d'un *cloud* est par conséquent autorisé par l'art. 19 LDA. Les titulaires de droits d'auteur seront en principe rémunérés par la redevance prévue par l'art. 20 al. 3 LDA. En revanche, aucune rémunération n'est due pour les reproductions réalisées « lors de la consultation à la demande d'œuvres mises à disposition licitement »⁶¹⁸. En d'autres termes, le téléchargement d'œuvres effectué à partir de plateformes en ligne sera exonéré si l'exploitant a déjà réglé les droits de mise à disposition, ce qui permet d'éviter les cas de double paiement⁶¹⁹.

L'enregistrement de données (« upload ») sur un serveur distant pourrait également constituer une utilisation à des fins privées au sens de l'art. 19 al. 1 let. a LDA, soumise à rémunération, et le serveur pourrait être considéré comme un support vierge. La rémunération de l'art. 20 al. 3 LDA ne serait toutefois pas adaptée aux opérateurs de *cloud services*, qui ne sont ni des producteurs, ni des importateurs de supports vierges⁶²⁰. Ils sont en revanche assimilables aux tiers qui mettent à la disposition de leurs clients une possibilité de faire des copies⁶²¹. Par conséquent, lorsque le consommateur « uploade » des œuvres qu'il destine à son propre usage sur le serveur central d'un opérateur de « cloud », il agit par l'intermédiaire d'un tiers au sens de l'art. 19 al. 2 LDA⁶²². Le tiers, à savoir l'opérateur de *cloud services*, est assujéti au paiement de la rémunération prévue par l'art. 20 al. 2 LDA. Pour cette raison, l'avant-projet de LDA prévoit d'étendre le champ d'application du tarif commun 12⁶²³ aux opérateurs de *cloud services*⁶²⁴.

Si l'*upload* de données sur un *cloud* est soumis au régime de l'art. 19 al. 2 LDA, la question reste de savoir si les restrictions de l'art. 19 al. 3 LDA sont applicables. Cette question est

⁶¹⁵ Barrelet/Egloff, N° 12 ad art. 10 LDA.

⁶¹⁶ Salvadé, *Cloud*, p. 162.

⁶¹⁷ Salvadé, *Cloud*, p. 162.

⁶¹⁸ Art. 19 al. 3^{bis} LDA.

⁶¹⁹ Salvadé, *Cloud*, p. 162.

⁶²⁰ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25.

⁶²¹ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25 ; Salvadé, *Avenir de la copie privée*, p. 439.

⁶²² Salvadé, *Cloud*, p. 162.

⁶²³ Le TC 12 s'applique notamment aux vPVR et à la télévision de rattrapage.

⁶²⁴ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25.

importante car, en cas de réponse affirmative, l'utilisateur ne pourrait reproduire que des extraits d'exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché, ce qui limiterait considérablement l'intérêt de la copie privée⁶²⁵. Comme nous l'avons vu, la CAF a décidé de soustraire les vPVR et la télévision de rattrapage du champ d'application de l'art. 19 al. 3 LDA⁶²⁶. Cette décision peut avoir de l'importance dans tout le domaine du « cloud computing », qui pose des problèmes semblables aux vPVR et à la télévision de rattrapage, et qui devrait faire l'objet de la même analyse que ceux-ci⁶²⁷. Une interprétation correcte du droit actuel, conforme au principe de la neutralité technologique de la LDA, aboutirait donc à exclure l'application de l'art. 19 al. 3 LDA au « cloud computing »⁶²⁸. Cela constituerait toutefois une nouvelle restriction du droit exclusif de l'auteur. Le droit à rémunération de l'art. 20 al. 2 LDA jouera un rôle central pour respecter le test des trois étapes et assurer la compatibilité du droit suisse avec le droit international⁶²⁹.

5.5.2.2. Droit de mise à disposition

5.5.2.2.1. Mise à disposition sans *upload* de la personne privée

Dans certains cas de « cloud computing », la prestation du fournisseur ne consiste pas à mettre à disposition des capacités de stockage, mais à placer lui-même les œuvres dans une banque de données, de sorte qu'elles puissent être lues - ou téléchargées – plusieurs fois sur des appareils différents⁶³⁰. Le droit exclusif de mise à disposition est alors manifestement en jeu, le fournisseur mettant des œuvres à disposition « de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement »⁶³¹.

Cette manière de distribuer des œuvres multiplie les possibilités de copies privées, puisque les téléchargements peuvent être réalisés sur plusieurs appareils. Ces derniers peuvent comprendre un support d'enregistrement assujéti à la redevance prévue par l'art. 20 al. 3 LDA. Le correctif de l'art. 19 al. 3^{bis} LDA permettra d'éviter un double paiement, en exonérant de redevance la première copie réalisée par le consommateur, nécessaire afin de bénéficier de l'œuvre⁶³². Les copies subséquentes, réalisées à partir de la copie téléchargées (par exemple lors d'un transfert sur un autre support) seront en revanche soumises à la redevance de l'art. 20 al. 3 LDA. En matière de « cloud computing », les possibilités de télécharger automatiquement des contenus sur plusieurs appareils, ou de télécharger une nouvelle fois des œuvres acquises précédemment, sont susceptibles de réduire le nombre des copies subséquentes réalisées par les consommateurs. En effet, ceux-ci ont moins de raisons de transférer les œuvres d'un support à l'autre, puisqu'ils sont en mesure de les télécharger directement plusieurs fois sur différents appareils. Etant donné que l'art. 19 al. 3^{bis} LDA

⁶²⁵ Salvadé, Avenir de la copie privée, p. 438.

⁶²⁶ Décisions de la CAF des 30 novembre et 17 décembre 2012 sur le tarif commun 12.

⁶²⁷ Salvadé, Cloud, p. 163.

⁶²⁸ Salvadé, Avenir de la copie privée, p. 438 ; Décisions de la CAF des 30 novembre et 17 décembre 2012 sur le tarif commun 12, par analogie.

⁶²⁹ Salvadé, Cloud, p. 164.

⁶³⁰ Salvadé, Cloud, p. 165.

⁶³¹ Art. 10 al. 2 let. c LDA.

⁶³² Salvadé, Cloud, p. 165.

exonère de redevance la première copie effectuée sur un appareil, cela aboutit logiquement à une baisse du niveau des redevances perçues sur les supports vierges⁶³³. Le « cloud computing » pourrait donc accroître à l'avenir l'importance de l'art. 19 al. 3^{bis} LDA dans le calcul de la rémunération de l'art. 20 al. 3 LDA⁶³⁴.

5.5.2.2.2. Mise à disposition après *upload* de la personne privée

Lorsque les utilisateurs « chargent » (*uploadent*) eux-mêmes des œuvres dans un serveur central, une prestation importante de l'exploitant du serveur sera d'assurer l'accès à ces œuvres pour les utilisateurs, mais également aux personnes que ces derniers ont désignées (les services de « cloud » contenant généralement des fonctions de partage de données)⁶³⁵. Cette prestation est susceptible de mettre en jeu le droit de mise à disposition de l'art. 10 al. 2 let. c LDA.

Au niveau international, le droit de mise à disposition est qualifié de droit de communication au public⁶³⁶. Toutefois, le WCT laisse aux parties la liberté de définir quand une mise à disposition d'œuvres est publique et relève, de ce fait, du droit d'auteur⁶³⁷. En droit suisse, le droit de mise à disposition ne vise pas seulement les utilisations publiques, mais englobe toutes les utilisations, sous réserve des usages privés au sens de l'art. 19 al. 1 LDA⁶³⁸. Par conséquent, une mise à disposition est couverte par le droit exclusif de l'auteur dès qu'elle est effectuée par une personne n'appartenant pas au cercle privé du destinataire, cela même si elle s'adresse à une seule personne (et non à un public)⁶³⁹.

Dans le cas du « cloud computing », le fournisseur ne fait pas partie du cercle privé de l'utilisateur. L'exception de l'art. 19 LDA ne lui est donc pas applicable lorsqu'il met des œuvres à disposition de l'utilisateur⁶⁴⁰. Cependant, lorsque le chargement de l'œuvre est le fait de l'utilisateur, il représente un acte privé autorisé par l'art. 19 al. 1 let. a LDA. Si le droit exclusif de mise à disposition était applicable aux cas où le fournisseur ne fait qu'assurer l'accès à cette œuvre en faveur de cette personne privée, cela rendrait la licence légale sans objet⁶⁴¹. On doit donc retenir que dans ce cas, seul le droit à rémunération de l'art. 20 al. 2 LDA sera en jeu⁶⁴².

5.5.3. Principe de la territorialité

Vu la globalisation qu'implique internet, il n'est pas rare que des copies soient réalisées par des personnes situées en Suisse sur des serveurs placés à l'étranger ou, à l'inverse, par des

⁶³³ Les redevances perçues sur les supports vierges sont en baisse depuis 2008, ce qui s'explique notamment par les tendances du « streaming » et du « cloud computing ». Rapport explicatif LDA 2015, p. 24.

⁶³⁴ Salvadé, Cloud, p. 166.

⁶³⁵ Salvadé, Cloud, p. 167.

⁶³⁶ Art. 8 WCT.

⁶³⁷ FF 2006, 3294.

⁶³⁸ Barrelet/Egloff, N° 23 ad art. 10 LDA.

⁶³⁹ Salvadé, Cloud, p. 168.

⁶⁴⁰ Salvadé, Cloud, p. 168.

⁶⁴¹ Salvadé, Cloud, p. 168.

⁶⁴² Salvadé, Cloud, p. 168.

personnes étrangères sur des serveurs localisés en Suisse. Le « cloud computing » posera donc fréquemment la question de la loi applicable⁶⁴³.

En droit international privé, les droits de propriété intellectuelle sont régis par la loi de l'Etat pour lequel la protection est revendiquée⁶⁴⁴. Si l'acte est commis par un auteur principal et un participant secondaire, les agissements du participant secondaire peuvent tomber sous le coup du droit suisse si l'utilisation du bien protégé qu'ils favorisent a lieu en Suisse⁶⁴⁵. En revanche, le droit suisse ne s'applique pas aux agissements qui produisent leurs effets exclusivement à l'étranger, même s'ils sont commis en Suisse⁶⁴⁶.

L'auteur principal de la reproduction est la personne privée qui *upload*e une œuvre sur un serveur distant. Le tiers, qui met les capacités de stockage à disposition, favorise cette reproduction et a donc le statut de participant secondaire⁶⁴⁷. S'il est actif depuis l'étranger, en exploitant un serveur hors de Suisse, il favorisera un acte commis en Suisse lorsque la personne privée agit dans ce pays. Dans cette situation, le droit suisse semble applicable⁶⁴⁸. A l'inverse, si la personne privée est à l'étranger et qu'elle reproduit des œuvres sur un serveur situé en Suisse, les agissements de l'exploitant du serveur doivent être rattachés à un acte principal commis à l'étranger, ce qui exclut l'application du droit suisse⁶⁴⁹.

En définitive, c'est le lieu de situation de la clientèle à qui s'adresse l'offre de « cloud computing » qui déterminera le droit applicable aux actes de reproduction⁶⁵⁰. Un fournisseur étranger serait débiteur du droit à rémunération de l'art. 20 al. 2 LDA lorsque son offre permet à des clients suisses de reproduire des œuvres à des fins privées. En pratique, ces éléments d'extranéité poseront toutefois des difficultés aux sociétés de gestion, notamment quant à la négociation du tarif ou à l'encaissement de la redevance⁶⁵¹. Il serait opportun de prévoir que l'obligation de rémunération soit aussi à la charge de la personne qui permet d'accéder à la capacité de stockage, c'est-à-dire la personne qui fournit au consommateur l'appareil permettant la connexion au serveur⁶⁵². Un parallèle serait ainsi fait avec la redevance sur les supports vierges de l'art. 20 al. 3 LDA, due par l'importateur des supports lorsque le producteur n'a pas son siège en Suisse.

⁶⁴³ Salvadé, Cloud, p. 165.

⁶⁴⁴ Art. 119 al. 1 LDIP.

⁶⁴⁵ ATF 92 II 293.

⁶⁴⁶ ATF 122 III 81.

⁶⁴⁷ Salvadé, Cloud, p. 165.

⁶⁴⁸ ATF 92 II 293 ; Salvadé, Cloud, p. 165.

⁶⁴⁹ Salvadé, Cloud, p. 165.

⁶⁵⁰ Salvadé, Cloud, p. 165.

⁶⁵¹ Salvadé, Avenir de la copie privée, p. 439.

⁶⁵² Salvadé, Avenir de la copie privée, p. 439.

Conclusion

Le système suisse de copie privée a fait ses preuves et a l'avantage de ne pas criminaliser les consommateurs, tout en leur accordant plus de liberté. Mais il implique, en contrepartie, un appareil de redevance efficace et adapté aux circonstances actuelles⁶⁵³. En considérant le droit actuel suffisant en matière de copie privée⁶⁵⁴, l'avant-projet de LDA laisse ouvertes la plupart des questions actuelles en la matière.

Selon le droit en vigueur, le *streaming* échappe au droit exclusif de reproduction de l'auteur et donc à la rémunération pour l'usage privé, ce qui n'est pas remis en cause par l'avant-projet⁶⁵⁵. La technique du *streaming* met en jeu des formes particulières de copie, raison pour laquelle la LDA lui applique le régime spécial des reproductions provisoires⁶⁵⁶. Cette solution est contestable, en particulier lorsque l'œuvre proposée en *streaming* est mise à disposition de manière illégale. Dans les faits, la pratique du *streaming* vient en effet remplacer une utilisation qui faisait auparavant partie de l'usage privé. Or si le *streaming* légal assure une rémunération à l'auteur (par le biais de contrats de licences), ce n'est pas le cas du *streaming* illégal, qui ne profite pas du régime de l'exception d'usage privé (permettant la rémunération du téléchargement illégal). Autrement dit, l'auteur ne peut compter ici sur un mécanisme compensatoire pour y retrouver son compte et se retrouve moins rémunéré, alors que le consommateur jouit, dans les faits, d'une liberté élargie vis-à-vis du droit d'auteur. Une solution pourrait être de restreindre la portée de l'art. 24a LDA, afin de permettre la redevance de l'art. 20 al. 3 LDA sur la copie privée « éphémère » réalisée par le consommateur lors de la consultation de l'œuvre en *streaming*⁶⁵⁷.

Il serait également souhaitable de régler expressément la pratique du *cloud computing*. De nombreuses incertitudes juridiques entourent cette forme de copie privée, notamment quant au sort des exploitants de serveurs situés à l'étranger. Il conviendrait de les placer dans une situation équivalente à celle des producteurs de supports vierges : le débiteur de la redevance serait l'importateur lorsque le producteur n'a pas son siège en Suisse⁶⁵⁸. Le *cloud computing* pose du reste des questions particulières (quant à l'applicabilité des restrictions de l'art. 19 al. 3 LDA ; ou sur les possibilités de télécharger automatiquement des contenus sur plusieurs appareils), qui ne semblent pas pouvoir être résolues par le cadre légal actuel ou par la voie de l'analogie, contrairement à ce qu'en dit l'avant-projet.

L'adaptation du système actuel afin de permettre la rémunération des auteurs pour les offres de *streaming* ou de *cloud services* serait pourtant justifié. Ces nouvelles habitudes de consommation remplacent progressivement l'enregistrement d'œuvres sur des supports physiques, ce qui se constate au niveau des redevances perçues (en baisse depuis 2008)⁶⁵⁹.

⁶⁵³ Salvadé, Avenir de la copie privée, p. 441.

⁶⁵⁴ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25.

⁶⁵⁵ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25.

⁶⁵⁶ Art. 24a LDA.

⁶⁵⁷ Salvadé, Avenir de la copie privée, p. 438.

⁶⁵⁸ Art. 20 al. 3 LDA.

⁶⁵⁹ Rapport explicatif LDA 2015, p. 25.

Cette situation est problématique, car la Suisse donne aux redevances pour la copie privée une justification compensatoire : elles permettent de rémunérer les auteurs tout en faisant profiter les consommateurs de toute offre en ligne⁶⁶⁰. Si la redevance n'est pas étendue aux nouvelles formes d'usages à des fins privées, qui remplacent de fait les reproductions « classiques », c'est l'auteur qui en paiera le prix. Le législateur ne dispose pas d'une marge de manœuvre très étendue sur ce point : conformément au test des trois étapes prévu par les traités internationaux, le fait de déroger au droit exclusif de reproduction, notamment lorsque la source de la copie est illicite, nécessite une compensation adéquate en faveur des ayants droit. La LDA doit également rester cohérente dans la poursuite de son but, qui est de poser un cadre favorisant la création artistique. Elle doit, de ce fait, rester neutre d'un point de vue technologique et assurer que la rémunération des auteurs évolue en parallèle aux nouvelles possibilités que le progrès technique offre aux utilisateurs⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ Salvadé, *Avenir de la copie privée*, p. 440.

⁶⁶¹ Salvadé, *Avenir de la copie privée*, p. 440.

Déclaration sur l'honneur*

Par la présente, j'affirme avoir pris connaissance des documents d'information et de prévention du plagiat émis par l'Université de Neuchâtel et m'être renseigné-e correctement sur les techniques de citation.

J'atteste par ailleurs que le travail rendu est le fruit de ma réflexion personnelle et a été rédigé de manière autonome.

Je certifie que toute formulation, idée, recherche, raisonnement, analyse ou autre création empruntée à un tiers est correctement et consciencieusement mentionnée comme telle, de manière claire et transparente, de sorte que la source en soit immédiatement reconnaissable, dans le respect des droits d'auteur et des techniques de citations.

Je suis conscient-e que le fait de ne pas citer une source ou de ne pas la citer clairement, correctement et complètement est constitutif de plagiat.

Je prends note que le plagiat est considéré comme une faute grave au sein de l'Université. J'ai pris connaissance des risques de sanctions administratives et disciplinaires encourues en cas de plagiat (pouvant aller jusqu'au renvoi de l'université).

Je suis informé-e qu'en cas de plagiat, le dossier sera automatiquement transmis au rectorat.

Au vu de ce qui précède, **je déclare sur l'honneur ne pas avoir eu recours au plagiat ou à toute autre forme de fraude.**

Nom : *Janner*

Prénom : *Stephan*

Cursus : *master en droit*

Faculté d'inscription : *droit*

Lieu et date : *Lausanne, 1^{er} juillet 2017*

Signature : *S Janner*

Facultatif :

Au cas où ce mémoire obtient la note de 5.5 ou 6.0, j'autorise la bibliothèque de droit de l'Université de Neuchâtel à rendre le présent mémoire accessible aux utilisateurs de la bibliothèque.

Signature : *S Janner*

Ce formulaire doit être dûment rempli par tout étudiant ou toute étudiante rédigeant un travail substantiel (notamment un mémoire de bachelor ou de master) ou une thèse de doctorat. Il doit accompagner chaque travail remis au professeur ou à la professeure.

*Formulaire largement inspiré de la Directive de la direction 0.3 bis, intitulée Formulaire Code de déontologie en matière d'emprunts, de citations et d'exploitation de sources diverses, de l'Université de Lausanne, du 23 avril 2007 et adapté aux besoins de l'Université de Neuchâtel.