

Téléchargement et copie privée : y a-t-il un double paiement ?*

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

Table des matières

1. Introduction	1
2. La situation d'un point de vue économique	2
3. Les conditions d'un double paiement	3
4. L'arrêt du Tribunal fédéral suisse concernant la redevance sur les lecteurs MP3.....	6
5. L'art. 19 al. 3 ^{bis} de la loi suisse.....	8
6. La situation en droit européen	12
7. Les solutions souhaitables.....	13

* Texte d'une conférence donnée le 20 juin 2012 à New York pour la Commission juridique de la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC).

1. Introduction

§ 1. L'une des tâches dévolues aux sociétés de gestion est l'encaissement des redevances dues pour la copie privée. En droit suisse, cette dernière est autorisée, mais elle fait l'objet d'un droit à rémunération en contrepartie, qui ne peut être exercé que par les sociétés de gestion¹. Il est prévu que les producteurs et les importateurs de supports vierges, propres à l'enregistrement d'œuvres, devront acquitter une redevance auprès de ces sociétés², qui dédommagera les ayants droit pour la copie privée réalisée sur de tels supports. Dès lors, l'une des préoccupations des sociétés de gestion est de veiller à ce que les supports objet de la redevance soient actualisés, afin que le progrès technique ne rende pas désuet le droit à rémunération. Ainsi, au départ, seules les cassettes vierges étaient soumises à redevance³. Puis les CD vierges l'ont été⁴, bientôt suivis par les DVD vierges⁵. Depuis 2007, les sociétés de gestion suisses ont instauré une redevance pour les mémoires des appareils numériques tels les iPods, baladeurs MP3 ou autres enregistreurs avec disque dur intégré⁶. De même elles ont aujourd'hui établi une redevance sur les mémoires des téléphones portables⁷, puisque ceux-ci, désormais, font aussi office de baladeurs numériques. Enfin, en cette année 2012, les sociétés de gestion helvétiques négocient une redevance sur les mémoires des tablettes numériques telles les iPads.

¹ Art. 20 LDA.

² Art. 20 al. 3 LDA.

³ Voir tarif commun 4a, disponible sur www.suisa.ch (rubriques « clients », puis « vue d'ensemble sur les tarifs »).

⁴ Voir tarif commun 4b, disponible sur www.suisa.ch (rubriques « clients », puis « vue d'ensemble sur les tarifs »).

Voir tarif commun 4c, disponible sur www.suisa.ch (rubriques « clients », puis « vue d'ensemble sur les tarifs »).

⁶ Voir tarif commun 4d, disponible sur www.suisa.ch (rubriques « clients », puis « vue d'ensemble sur les tarifs »).

⁷ Voir tarif commun 4e, disponible sur www.suisa.ch (rubriques « clients », puis « vue d'ensemble sur les tarifs »). Des recours sont cependant encore pendants contre la décision d'approbation de ce tarif.

§ 2. Comme l'a montré l'adoption en Suisse de la redevance sur les mémoires des lecteurs MP3 et des smartphones, le sujet intéresse le public et les médias : on dira en résumé que les redevances pour la copie privée se heurtent à une certaine incompréhension. Les producteurs et importateurs d'appareils les critiquent, ce qui est compréhensible puisque ce sont ces producteurs et importateurs qui doivent les payer. Mais les redevances sont aussi combattues par les associations de consommateurs et le public en général, avec l'argument qu'elles conduisent à un renchérissement des appareils. Dès lors, on s'insurge contre le fait que le consommateur doive payer plusieurs fois des droits d'auteur : à l'achat d'un morceau de musique sur une plate-forme comme iTunes, puis une seconde fois à l'achat d'un baladeur numérique ou d'un smartphone⁸. Notre propos sera d'étudier ci-après la pertinence de cette objection pour les sociétés de gestion.

2. La situation d'un point de vue économique

§ 3. D'après la loi suisse, la redevance pour la copie privée n'est pas due par le consommateur, mais par les producteurs et les importateurs de matériel d'enregistrement⁹. Cette solution se retrouve également dans d'autres pays, pour des raisons pratiques¹⁰. D'un point de vue économique, le consommateur acquitte donc le prix de la chanson qu'il a téléchargée (au magasin en ligne) et le prix d'achat de l'appareil d'enregistrement (au magasin qui le lui a vendu). Il rémunère des prestations différentes, si bien qu'il n'y a pas à proprement parler de double paiement. Le consommateur ne paie pas de droits d'auteur. Ceux-ci sont réglés par ses « fournisseurs », à savoir le magasin en ligne et le producteur ou l'importateur de l'appareil. Il n'est pas choquant que chaque fournisseur doive payer des droits, car chacun réalise un revenu grâce au travail des auteurs. Il est donc équitable que tous les fournisseurs doivent rémunérer les créateurs. D'ailleurs, il n'est pas du tout certain que

⁸ L'argument dit « du double paiement » a aussi été relevé par le GESAC dans une note d'information du 31 octobre 2007 intitulée « Quelques commentaires sur la rémunération pour la copie privée », p. 3 ss.

⁹ Art. 20 al. 3 LDA.

¹⁰ Arrêt du 21 octobre 2010 de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Padawan (C-467/08), c. 46 ss.

les redevances pour la copie privée conduisent à un renchérissement du matériel d'enregistrement. En Suisse, la redevance sur les mémoires des baladeurs MP3 est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2007. Quatre jours après, le 5 septembre 2007, Apple a présenté sa nouvelle gamme d'iPods. Pour trois appareils sur quatre, on a alors constaté que le prix avait baissé par rapport au prix pratiqué en août¹¹ ! On constate donc que les réalités du marché peuvent inciter les entreprises à payer la redevance sur leurs marges, afin de rester concurrentielles au niveau des prix.

§ 4. D'un point de vue économique, l'argument du double paiement par le consommateur est ainsi souvent un leurre : il n'est pas prouvé que les redevances pour la copie privée soient effectivement supportées par les consommateurs. Elles peuvent être absorbées par l'industrie sans répercussion sur les prix de détail qui sont pratiqués. Mais qu'en est-il de l'argument d'un point de vue juridique ?

3. Les conditions d'un double paiement

§ 5. Pour commencer, une constatation s'impose : il ne peut y avoir un double paiement au sens juridique que si la même utilisation est rémunérée deux fois. Il faut, par exemple, que la même reproduction de la même œuvre occasionne deux rémunérations. Par conséquent, on ne peut pas parler 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 du commerce sur un smartphone). Même si les deux types d'enregistrements se côtoient dans la mémoire de l'appareil, 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 privée.

§ 6. Autre évidence: on ne peut admettre un double paiement au sens juridique que si le véritable ayant droit est rémunéré deux fois. Un paiement effectué en mains d'une personne qui se prétend titulaire du droit, mais qui

¹¹ iPod nano 4 GO : de CHF 289.— à CHF 229.— ; iPod nano 8 GO : de CHF 359.— à CHF 319.— ; iPod 80 GO : de CHF 499.— à CHF 399.—.

n'a pas cette qualité, n'aura pas d'effet libératoire. « *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* » : l'adage est valable depuis le droit romain et il n'a certainement pas perdu sa pertinence avec l'avènement d'Internet. Une plateforme en ligne comme iTunes n'est pas titulaire originairement de droits d'auteur. Elle bénéficie en revanche de licences conférées par les sociétés de gestion de droits d'auteur et par les titulaires de droits voisins. Dans les pays où le téléchargement est considéré comme couvert par le droit exclusif de reproduction¹², ces licences concerneront le droit de communication au public¹³, mais aussi le droit de reproduction, notamment pour les téléchargements réalisés par les consommateurs. Le fournisseur en ligne pourra donc autoriser ces consommateurs à faire des reproductions, puisqu'il aura lui-même obtenu pour cela une licence de la part des ayants droit, avec pouvoir de la transférer aux consommateurs¹⁴. Dans ce cas, la cause du paiement effectué en mains de la plateforme en ligne se trouvera bien dans le droit d'auteur et les droits voisins, et la rémunération aura été adressée à un ayant droit légitime. Mais alors, dans une telle hypothèse, l'éventuelle redevance pour la copie privée ne concernera pas la copie effectuée au moment du téléchargement, puisque celle-ci fait l'objet du droit exclusif. En effet, la redevance est la contrepartie de la licence légale ; elle concernera donc les copies autorisées par la loi, pas celles licenciées contractuellement sur la base d'un droit exclusif. D'un point de vue juridique, il n'y aura pas de double paiement.

§ 7. Cependant, dans plusieurs pays, l'acte de téléchargement sera considéré comme une copie privée échappant au droit exclusif¹⁵. La redevance instaurée en contrepartie de la licence légale le couvrira donc aussi. Bien que la réalisation de cette hypothèse ne nous soit pas connue en pratique, il est

¹² Cf. art. 9 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Paris le 24 juillet 1971.

¹³ Art. 8 WCT et art. 14 WPPT.

¹⁴ Cf. P.-E. RUEDIN/N. TISSOT, La rémunération du transfert d'œuvres sur Internet, sic! 2008, pp. 425-426.

¹⁵ Cela sur la base de l'art. 9 de la Convention de Berne, qui réserve aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction des œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

théoriquement possible que la titularité de la créance en rémunération soit transférée contractuellement par les ayants droit à la plateforme de téléchargement. Celle-ci deviendrait donc civilement légitimée à encaisser cette créance. Mais le problème se situera fréquemment à un autre niveau. Les différentes législations nationales prévoient en principe que les droits à rémunération pour la copie privée ne peuvent être exercés que par les sociétés de gestion agréées¹⁶. Un contrat passé directement entre la plateforme en ligne et le consommateur, portant sur cette rémunération, ne respectera pas cette prescription. Dès lors, sera-t-il valable ? En Suisse, d'après l'art. 20 du code des obligations, un contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs. En matière d'illicéité, la nullité doit cependant découler de la teneur expresse ou du but et du sens de la disposition légale violée¹⁷. Or, l'exercice obligatoire des droits à rémunération par les sociétés de gestion est généralement justifié par l'intérêt public : les utilisations étant massives, on veut simplifier la gestion du droit, d'une part pour éviter que les utilisateurs soient confrontés à une multitude de revendications, d'autre part pour faire en sorte que les titulaires reçoivent effectivement leur rémunération¹⁸. L'intérêt public étant en jeu, il nous semble que la gestion collective obligatoire aura un caractère impératif. La doctrine exclut aussi un versement direct de la redevance à l'ayant droit par l'utilisateur, même lorsqu'il serait aisé à effectuer¹⁹. Par conséquent, la nullité du contrat prévoyant ce versement est bel et bien la sanction qui découle du sens et du but de la réglementation légale.

§ 8. En résumé, on voit que l'argument du double paiement, *a priori*, ne remet pas en cause la légitimité des redevances pour la copie privée : soit il n'y a pas de double paiement, parce que ces redevances rémunèrent d'autres

¹⁶ Cf. art. 20 al. 4 de la loi suisse sur le droit d'auteur ou art. 311-6 du code français de la propriété intellectuelle.

¹⁷ Par exemple : ATF 96 II 18 = JdT 1971 I 354 ou ATF 111 II 52.

¹⁸ Seuls, ils ne seraient pas en mesure de connaître toutes les utilisations, donc d'exercer leurs droits. Sur les raisons de la gestion collective obligatoire, voir ATF 124 III 489, c. 2a.

¹⁹ D. BARRELET/W. EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur. Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 3^{ème} édition, Berne 2008, N° 12 ad art. 20 LDA.

copies que les téléchargements. Soit c'est le versement en faveur de la plateforme qui est contraire au système légal et qui doit donc s'incliner devant les redevances pour la copie privée. Il n'en demeure pas moins que cet argument a rencontré ces dernières années une certaine résonnance auprès des tribunaux et du législateur suisses.

4. L'arrêt du Tribunal fédéral suisse concernant la redevance sur les lecteurs MP3

§ 9. Le 17 janvier 2006, la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins a approuvé le premier tarif des sociétés de gestion prévoyant une redevance pour la copie privée dans les mémoires des lecteurs MP3 et autres appareils semblables²⁰. Elle a cependant réduit la redevance au motif que certaines copies étaient le résultat de téléchargements payants, contrôlés au moyen de DRMS par la plateforme en ligne. Les sociétés de gestion ont recouru contre cette décision, en argumentant que la situation n'était pas fondamentalement différente de celle – incontestablement soumise à redevance – où une personne transfère une chanson sur son baladeur numérique à partir d'un CD acheté dans le commerce. En effet, en cas d'achat dans un magasin en ligne, la copie est d'abord stockée sur le disque dur de l'ordinateur, lequel est franc de redevance, puis (dans un deuxième temps) elle est transférée dans la mémoire du baladeur.

§ 10. À la suite d'un raisonnement parfois confus, le Tribunal fédéral suisse (la plus haute instance judiciaire du pays) a donné tort aux sociétés de gestion²¹, avec l'argumentation suivante²² :

- a. Le modèle du téléchargement payant ne doit pas être analysé sous un angle technique, mais par rapport à sa finalité. Celle-ci est de pouvoir utiliser l'œuvre une première fois, alors que la reproduction d'un CD

²⁰ Décision du 17 janvier 2006 sur le tarif commun 4d des sociétés de gestion suisses.

²¹ ATF 133 II 263 ; Voir aussi arrêt du Tribunal fédéral du 19 juin 2007, in sic ! 2007, p. 722 ss, avec une note critique de M. BERGER, p. 733 ss.

²² Considérant 10.2.

sur un lecteur MP3 peut être considérée comme une utilisation secondaire²³. L'analyse technique des sociétés de gestion apparaît donc comme artificielle, d'autant plus qu'il semble parfois possible de télécharger l'œuvre directement sur un baladeur numérique²⁴.

- b. Le fournisseur en ligne paie déjà les auteurs, respectivement leurs sociétés de gestion, et cette charge est répercutée dans le prix du téléchargement que paient les consommateurs.
- c. À la différence d'un CD, un lecteur MP3 ne constitue que rarement un produit préenregistré permettant de commercialiser ou de louer des œuvres²⁵.

§ 11. Le Tribunal fédéral en conclut qu'en cas de téléchargement payant contrôlé par DRMS, la gestion individuelle l'emporte sur la gestion collective : les ayants droit sont rémunérés par le prix du téléchargement, lequel englobe aussi la rémunération pour un certain nombre de copies subséquentes. Plus précisément, il revient aux ayants droit de s'entendre avec le fournisseur en ligne à ce sujet. La redevance pour la copie privée ne se justifie donc plus.

§ 12. Cet arrêt a été critiqué en doctrine²⁶. On a notamment fait valoir que les DRMS ne changent pas les règles applicables en droit d'auteur, et que la copie réalisée sur le baladeur est une copie privée puisqu'elle est le fait du consommateur. En outre, les fournisseurs en ligne ne doivent pas la licencier car elle est autorisée par la loi. On a donc reproché au Tribunal fédéral d'avoir confondu le droit exclusif de mise à disposition²⁷ et le droit à rému-

²³ Le Tribunal fédéral perd de vue qu'une copie téléchargée d'abord sur l'ordinateur (avant d'être transférée sur le baladeur numérique) est parfaitement utilisable comme telle.

²⁴ Les lecteurs MP3 disposant d'un accès à Internet (comme l'iPod Touch aujourd'hui) n'en étaient qu'à leur début à l'époque.

²⁵ On peine à comprendre la pertinence de cette remarque par rapport à l'argumentation des sociétés de gestion : c'est la copie réalisée sur l'ordinateur que les sociétés comparaient à un CD, pas le baladeur numérique.

²⁶ M. BERGER, *op. cit.*, p. 733 ss ; W. EGLOFF, in : *medialex* 3/07, N° 6, pp. 145-146.

²⁷ Art. 10 al. 2 lit. c in fine LDA. Ce droit correspond au droit de communication au public prévu par les art. 8 WCT et 14 WPPT.

nération pour la copie privée : c'est la mise à disposition des œuvres qui fonde les obligations du fournisseur envers les sociétés de gestion, pas la copie privée. Par conséquent, il n'y a pas de double paiement : le fournisseur paie la mise à disposition, le consommateur paie les copies privées. Aussi bien la première de celles-ci (réalisée au moment du téléchargement) que les copies subséquentes (réalisées à partir de la copie téléchargée) font l'objet de redevances qui ne peuvent être encaissées que par les sociétés de gestion. Ni les ayants droit, ni les fournisseurs en ligne, ne peuvent les percevoir. Les sociétés de gestion sont même obligées de les exercer²⁸, sauf renonciation de ces ayants droit. Par conséquent, si les plateformes autorisent effectivement les copies subséquentes et réclament une redevance pour cela, il y a certes un double paiement ; mais celui-ci doit être évité en renvoyant la balle aux fournisseurs en ligne (pour qu'ils changent leur politique des prix), pas en diminuant la redevance pour la copie privée.

§ 13. Malgré les critiques contre cet arrêt du Tribunal fédéral, le problème du « double paiement » fait en Suisse, depuis le 1^{er} juillet 2008, l'objet d'une nouvelle disposition de la loi sur le droit d'auteur : l'art. 19 al. 3^{bis} LDA.

5. L'art. 19 al. 3^{bis} de la loi suisse

§ 14. D'après cette disposition : « *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 article²⁹, ni aux droits à rémunération visés à l'art. 20* ». Cette disposition, notamment, exonère donc de redevance les reproductions privées réalisées par les utilisateurs d'un service en ligne, à condition qu'elles aient été confectionnées « *lors de la consultation à la demande d'œuvres mises à disposition licitement* ». Dans le projet du Conseil fédéral, l'actuel alinéa 3^{bis} de l'art. 19 constituait l'alinéa 5, et le ministre en charge du dossier s'est exprimé ainsi à son sujet lors des travaux parlementaires: « *Der neue Artikel 19 sorgt nämlich in Absatz 5 dafür, dass Sie bei individuellen bezahlten Werken ... nicht*

²⁸ Art. 44 LDA.

²⁹ A savoir l'art. 19 LDA, qui prévoit certaines restrictions à l'exception d'usage privé, donc des cas où l'exception d'usage privé n'est pas applicable.

nochmals eine Bezahlung via Verwertungsgesellschaft machen müssen; das ist der Vorteil. Je mehr individuell bezogen und abgegolten wird, desto tiefer wird nachher der Gesamttarif für die kollektive Verwertung sein; das wird wieder von der Schiedskommission festgelegt »³⁰. L'art. 19 al. 3^{bis} LDA a donc pour but d'éviter les doubles paiements à charge du consommateur, dans le cas où il télécharge une œuvre à partir d'un magasin en ligne légal. Dans ce cas, le calcul de la redevance pour la copie privée doit tenir compte du paiement déjà effectué par le consommateur en mains du fournisseur en ligne³¹.

§ 15. Il est parfois soutenu que l'art. 19 al. 3^{bis} LDA résout le conflit entre, d'une part, la licence légale pour l'usage privé et, d'autre part, la licence contractuelle par laquelle l'exploitant du service en ligne autorise l'utilisateur à copier l'œuvre³². La seconde licence l'emporterait sur la première. Cette interprétation aboutit logiquement à exonérer de redevance toutes les copies autorisées par le fournisseur en ligne, pas seulement la première copie réalisée au moment du téléchargement. Cette thèse est également soutenue en doctrine par P.-E. RUEDIN et N. TISSOT³³. En réalité, l'état de fait visé par l'art. 19 al. 3^{bis} LDA résulte clairement du texte de cette disposition : pour que l'exonération s'applique, il faut que l'utilisateur consulte des œuvres « *mises à disposition licitement* », c'est-à-dire pour lesquelles l'auteur (ou un ayant cause) a exercé son droit de mise à disposition (art. 10 al. 2 lit. c LDA). Le texte légal ne dit nulle part que le fournisseur en ligne doit avoir accordé des droits de copie à l'utilisateur. Ensuite, ce texte est très clair également sur un autre point : ce sont uniquement les copies réalisées *lors de la consultation à la demande* qui sont exonérées (« *beim Abrufen* »). En d'autres

³⁰ BO CE 2006, 1214.

³¹ Message du CF, FF 2006, 3302 : « *Dans la mesure où l'art. 20 al. 3 LDA ... s'applique aussi aux supports utilisés pour le téléchargement d'œuvres par le biais de services à la demande, il faudra tenir compte de cette restriction du droit à rémunération pour calculer le montant de l'indemnisation* ».

³² Tel est le point de vue que l'industrie soutient dans les procédures d'élaboration des tarifs de redevance pour la copie privée.

³³ P.-E. RUEDIN/N. TISSOT, La rémunération du transfert d'œuvres sur Internet, sic! 2008, pp. 417 ss.

termes, ce sont les copies qu'implique l'exercice du droit de mise à disposition, pas les copies subséquentes réalisées *après* la consultation³⁴.

§ 16. Au surplus, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, les exceptions au droit d'auteur ont une nature impérative³⁵. Selon la Cour suprême, il est « *en particulier hors de question d'introduire un devoir de rémunération ... pour des activités qui ne sont pas soumises à rémunération à teneur de la loi* »³⁶. Il en découle que 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 pas faire l'objet de dispositions contractuelles prévoyant une rémunération. Le fournisseur en ligne ne peut réclamer une rémunération que pour l'accès à son service, pas pour la copie réalisée par le consommateur visée par l'art. 19 al. 3^{bis} LDA³⁷. W. EGLOFF l'a très bien montré dans un récent article³⁸. La thèse selon laquelle l'art. 19 al. 3^{bis} LDA réglerait le conflit entre la licence légale et la licence contractuelle (en accordant la priorité à cette dernière) méconnaît donc la nature impérative des règles légales sur l'usage privé.

§ 17. Par conséquent, il faut admettre que l'art. 19 al. 3^{bis} LDA résout non pas ce conflit, mais celui dû au fait que les copies réalisées par les consommateurs sont couvertes par le droit à rémunération de l'art. 20 al. 3 LDA, tout en étant la conséquence du droit exclusif de mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 lit. c *in fine* LDA. En effet, dans les services en ligne, l'exercice du droit de mise à disposition par le fournisseur en ligne implique nécessairement la fabrication d'une copie par le consommateur (durable ou temporaire) pour que ce dernier puisse bénéficier de l'œuvre. Il y a un lien économique entre le droit de mise à disposition et la copie effectuée par le consommateur : l'exercice du premier n'aurait aucun sens sans la réalisation de la seconde. Si cette copie n'était pas exemptée selon l'art. 19 al. 3^{bis} LDA, il y

³⁴ Voir aussi D. BARRELET/W. EGLOFF, op. cit., N 28c ad art. 19 LDA, de même que M. REHBINDER/A. VIGANÒ, URG Kommentar, Zurich 2008, N 37 ad art. 19 LDA.

³⁵ ATF 127 III 26.

³⁶ p. 28.

³⁷ W. EGLOFF, in : *medialex* 3/07, N° 6, pp. 145-146.

³⁸ W. EGLOFF, *Bezahlter Download zum Eigengebrauch? Zur Tragweite des neuen Art. 19 Abs. 3^{bis} URG*, in : *medialex* 2/11, p. 72 ss.

aurait donc un double paiement : une fois par le fournisseur en ligne au titre du droit de mise à disposition (cette charge étant répercutée dans le prix de vente), une autre fois parce que le support vierge est frappé d'une redevance. Cette analyse aboutit à n'exonérer de redevance que la copie effectuée au moment du téléchargement, pas les copies subséquentes³⁹. En effet, seule la première copie est la conséquence inévitable de l'exercice du droit de mise à disposition.

§ 18. Par une décision topique du 17 novembre 2011 concernant la redevance sur les smartphones⁴⁰, la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins s'est penchée sur le sens à donner à l'art. 19 al. 3^{bis} LDA⁴¹. Elle a commencé par relever que la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en 2007 n'est pas forcément pertinente, puisque la disposition légale à interpréter est entrée en vigueur postérieurement ; de plus, le cas des smartphones diffère de celui des lecteurs MP3, en ce sens que les œuvres peuvent être téléchargées directement à partir d'Internet dans le premier cas, ce qui est rare dans le second⁴². Ensuite, se fondant sur une interprétation littérale de la disposition⁴³, dont les résultats ne sont démentis ni par l'interprétation historique ni par l'interprétation téléologique, la Commission arbitrale a admis que l'art. 19 al. 3^{bis} LDA n'exonère de redevance que les premières copies, c'est-à-dire celles réalisées au moment des téléchargements. Elle a relevé notamment que lesdites 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 (ni en vertu de la loi, ni en vertu de contrats). L'art. 19 al. 3^{bis} LDA a pour fonction de rétablir l'équilibre entre le commerce en ligne et le commerce de supports phy-

³⁹ Voir aussi D. BARRELET/ W. EGLOFF, op. cit., N 28c ad art. 19 LDA, de même que M. REHBINDER/ A. VIGANÒ, op. cit., N 37 ad art. 19 LDA.

⁴⁰ Décision du 17 novembre 2011 concernant le tarif commun 4e pour la période 2010-2011. Les principes de cette décision ont été confirmés par une deuxième décision du 5 décembre 2011 concernant le tarif commun 4e valable dès 2012.

⁴¹ Considérant 15, p. 55 ss.

⁴² Demeure encore une fois réservé le cas des iPods Touch.

⁴³ « Les reproductions confectionnées lors de la consultation à la demande... ».

siques⁴⁴ : celui qui achète un disque dans un magasin peut l'écouter sans devoir confectionner une copie supplémentaire ; on fait donc en sorte que l'utilisateur d'un magasin en ligne n'ait pas d'obligation du seul fait qu'il doit obligatoirement confectionner une copie pour bénéficier de l'œuvre. Mais si le CD acheté en magasin est ensuite reproduit sur un support vierge, la redevance pour la copie privée est due. Il doit donc en aller de même en cas d'acquisition d'un exemplaire électronique. Par conséquent, de l'avis de la Commission arbitrale, l'art. 19 al. 3^{bis} LDA ne peut pas exonérer d'autres copies que celles réalisées au moment du téléchargement. Enfin, la Commission a relevé que l'art. 19 al. 3^{bis} LDA n'impose qu'une déduction forfaitaire sur la redevance et ne donne aucun droit à un utilisateur individuel d'être libéré de celle-ci dans le cas où il reproduirait exclusivement des œuvres provenant de magasins en ligne légaux.

6. La situation en droit européen

§ 19. D'après l'art. 5 par. 2 point b) de la Directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information⁴⁵, les États membres ont la faculté d'autoriser la copie privée, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non-application des mesures techniques de protection (DRMS). Le considérant 35 de cette Directive relève que, pour déterminer cette compensation, il convient de tenir compte des circonstances propres à chaque cas et qu'un critère utile serait le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits. Ce considérant ajoute que « *dans les cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence, un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû* ». La Directive envisage donc l'hypothèse d'un double paiement et autorise les États membres à prendre les mesures nécessaires pour l'éviter. Pour ce faire, elle donne la priorité aux licences contractuelles par rapport à la

⁴⁴ Voir l'intervention du Conseiller national Vischer : BO 2007, Conseil national, p. 1200.

⁴⁵ 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.

compensation équitable pour la copie privée. Cela nous paraît confirmé par le considérant 45, selon lequel « *les exceptions et limitations visées à l'art. 5, paragraphes 2, 3 et 4, ne doivent [...] pas faire obstacle à la définition des relations contractuelles visant à assurer une compensation équitable aux titulaires de droits dans la mesure où la législation nationale le permet* » et, dans une certaine mesure, par la suite du considérant 35 (et par l'art. 5 par. 2 point b) lui-même), lorsqu'il prévoit que « *le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection prévues par la présente directive* ».

§ 20. En résumé, il nous semble que les discussions qui ont eu lieu en Suisse, relatées sous chiffres 4 et 5 ci-dessus, peuvent aussi avoir quelque utilité pour interpréter la portée du droit européen.

7. Les solutions souhaitables

§ 21. Dans l'interprétation des textes juridiques ayant pour but d'éviter les doubles paiements – et la Directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information nous semble en être un –, il nous paraît qu'il faut tenir compte de certains principes.

§ 22. En premier lieu, un double paiement ne pourra être admis que si la *même utilisation est rémunérée deux fois*. Il faudra que la même copie occasionne une double rémunération en faveur du titulaire du droit d'auteur. Tel ne sera pas le cas si la redevance pour la copie privée rémunère d'autres enregistrements que le téléchargement ayant fait l'objet d'un paiement direct au fournisseur en ligne (par exemple si elle rémunère les copies réalisées à partir d'un CD). De même si ce fournisseur n'a fait que réclamer au consommateur un droit d'accès à ses services, et ne lui a pas demandé une rémunération pour la copie de l'œuvre elle-même, il n'y a pas de chevauchement avec la redevance pour la copie privée.

§ 23. D'autre part, on ne pourra admettre un double paiement au sens juridique que si le véritable ayant droit est rémunéré deux fois. Un paiement effectué en mains d'un « pseudo ayant droit » n'aura pas d'effet libératoire. Un fournisseur en ligne ne pourra donc autoriser les consommateurs à faire des reproductions que s'il a lui-même obtenu des licences des ayants droit

pour réaliser de telles copies, avec pouvoir de transférer ces licences aux consommateurs⁴⁶. Si le fournisseur en ligne n'est pas au bénéfice de telles licences (transférables), la suppression de la redevance pour la copie privée aboutirait à une expropriation des titulaires de droits au motif que le consommateur a déjà payé un « usurpateur », c'est-à-dire un tiers qui ne détient pas les droits nécessaires. Ce serait un résultat absolument contraire à l'objectif de protection des créateurs que poursuit le droit d'auteur ; et ce résultat violerait sans conteste le droit international, puisque les copies échapperaient au droit exclusif de l'auteur sans compensation pour lui, ce qui causerait un préjudice injustifié à ses intérêts légitimes⁴⁷.

§ 24. À supposer que le fournisseur en ligne soit légitimé civilement à accorder les autorisations de copie nécessaires aux consommateurs, se pose alors la question de savoir si cette licence contractuelle doit l'emporter sur la redevance pour la copie privée. Bien que la Directive européenne 2001/29/CE réponde affirmativement sur le principe, elle réserve cependant les législations nationales contraires⁴⁸. Des dispositions impératives nationales peuvent donc avoir pour effet de rendre nulles les licences contractuelles, par exemple si l'encaissement des redevances pour la copie privée est exclusivement attribué aux sociétés de gestion, ou si l'exception au droit de reproduction pour la copie privée est elle-même de droit impératif. Dans ce cas, puisque les licences contractuelles sont nulles, la redevance pour la copie privée doit subsister. L'utilisation de DRMS par le fournisseur en ligne ne modifie pas cette analyse. Lorsque la Directive européenne exige que la compensation équitable prenne en compte l'application ou la non-application des mesures techniques de protection⁴⁹, elle demande seulement, à notre avis,

⁴⁶ Cf. P.-E. RUEDIN/ N. TISSOT, op. cit., pp. 425-426.

⁴⁷ Cf. art. 9 al. 2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, version de Paris du 24 juillet 1971, art. 13 ADPIC (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1.C à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce), art. 10 WCT et art. 16.2 WPPT.

⁴⁸ Considérant 45 : « Les exceptions et limitations visées à l'art. 5, paragraphes 2, 3 et 4, ne doivent [...] pas faire obstacle à la définition des relations contractuelles visant à assurer une compensation équitable aux titulaires de droits dans la mesure où la législation nationale le permet ».

⁴⁹ Art. 5 par. 2 point b) et considérant 35.

que le calcul de cette compensation soit effectué en considération du volume effectif de copies, lequel peut varier – de fait – selon que celles-ci sont ou non contrôlées par des DRMS.

§ 25. Il faut toutefois constater qu'il peut y avoir des chevauchements entre le droit exclusif de mise à disposition⁵⁰ et la rémunération équitable pour la copie privée : ce droit exclusif (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'œuvre. Si cette copie était soumise au droit à rémunération pour la copie privée, il pourrait donc y avoir un double paiement : une fois par le fournisseur en ligne (qui la répercuterait dans le prix de vente), une autre fois par la redevance sur le support vierge ou sur l'appareil. Dès lors, il peut être légitime, dans un tel cas, de supprimer la compensation pour la copie privée, à l'instar de ce que fait l'art. 19 al. 3^{bis} de la loi suisse. Une telle exemption contribuera à une meilleure acceptation du système de redevance, dans la mesure où elle évitera un cas effectif de double paiement. Mais alors, l'exonération devra être limitée à la première copie, c'est-à-dire à celle qui est réalisée au moment du téléchargement. Les copies subséquentes, à savoir celles qui sont effectuées à partir de la copie téléchargée, ne sont en effet en aucun cas une conséquence inévitable du droit de mise à disposition.

§ 26. À notre avis, il appartient aux sociétés de gestion, dans leur pratique de licence, d'être conséquentes avec cette analyse. Elles devront soigneusement distinguer les actes qui relèvent du droit exclusif de mise à disposition et ceux qui sont couverts par la redevance sur la copie privée. Dans la mesure où les copies réalisées par les consommateurs sont autorisées par loi, moyennant paiement d'une compensation équitable, les sociétés de gestion devront exclure ces copies de leurs contrats de licence. En d'autres termes, elles devront autoriser uniquement les copies qui, selon leur loi nationale, relèvent du droit exclusif. Sinon, elles créeront effectivement un cas de double paiement et donneront ainsi de l'eau au moulin de ceux qui voudraient voir abolir les redevances pour cette raison.

⁵⁰ C'est-à-dire le droit de communication au public prévu par les art. 8 WCT et 14 WPPT.