



Lausanne, le 3 février 2019

Bref avis de droit relatif à la compatibilité du projet d'art. 19 al. 1 litt. b LDA avec les engagements internationaux de la Suisse

délivré à SUISA

par

Ivan Cherpillod, Dr en droit, avocat, Prof. associé (Unil)

I. Résumé

La Cour de justice de l'UE et le Tribunal fédéral considèrent que la retransmission d'œuvres radiodiffusées dans des chambres d'hôtel constitue une communication publique au sens de l'art. 11bis al. 1 ch. 2 de la Convention de Berne. Une exception pure et simple, sans compensation équitable, n'est pas compatible avec l'art. 11bis al. 2 CBe. Le projet d'art. 19 al. 1 litt. d n'est donc pas compatible avec la CBe. Au regard de cette convention, il ne pourrait avoir d'effets que pour les auteurs suisses (et les auteurs d'œuvres dont le pays d'origine est la Suisse).

L'Accord ADPIC fait obligation aux Parties contractantes de se conformer aux art. 1 à 21 CBe, et donc à l'art. 11bis notamment. L'art. 13 ADPIC permet d'instituer des exceptions et limitations à ces droits exclusifs, à la condition qu'elles passent le test dit des trois étapes : une exception ou limitation (1) ne peut concerner que « *certaines cas spéciaux* », (2) ne pas porter « *atteinte l'exploitation normale de l'œuvre* », et (3) ne pas causer « *un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit* ». L'effet cumulé de l'absence de rémunération pour la retransmission de programmes de radio et de télévision et pour la mise à disposition de films, voire pour d'autres formes d'exploitation encore, autorise la conclusion selon laquelle l'art. 19 al. 1 litt. d ne passerait pas la deuxième étape du test prévu à l'art. 13 ADPIC. Enfin, cette disposition ne serait pas compatible avec la troisième condition posée par l'Accord ADPIC.

Il est rappelé que le non-respect de cet Accord peut, en ultime recours, permettre à une autre Partie contractante de prendre des sanctions commerciales à l'encontre d'un pays qui ne respecterait pas les engagements qui en découlent.

Par ailleurs, un service de vidéo à la demande constitue un acte de communication publique, plus précisément de mise à disposition au sens de l'art. 8 WCT. L'art. 10 WCT permet, tout comme l'art. 13 ADPIC, d'instituer des limitations ou exceptions à ce droit exclusif, à la condition de respecter le test des trois étapes. Pour les mêmes raisons, on doit considérer que l'art. 19 al. 1 litt. d ne serait pas compatible avec le test des trois étapes institué par l'art. 10 WCT.



II. Le projet d'art. 19 al. 1 litt. d

Le projet d'art. 19 al. 1 litt. d dispose : « *L'usage privé d'une œuvre divulguée est autorisé. Par usage privé, on entend : (...) d. toute utilisation à des fins personnelles ou dans un cercle restreint dans les espaces privés des hôtels, des logements de vacances, des hôpitaux ou des prisons* ».

En combinaison avec l'art. 20 al. 2¹, qui ne prévoit une rémunération que pour les formes d'usage privé mentionnées à l'art. 19, al. 1, litt. b et c, ou à l'art. 19, al. 2, cet art. 19 al. 1 litt. d instaurerait la **gratuité** des utilisations visées.

La formulation de cette disposition est particulièrement malheureuse et reflète la grande confusion dans laquelle elle a été introduite².

Cette disposition donne à penser qu'il s'agirait de permettre aux utilisateurs (personnes physiques) de consommer et d'utiliser des œuvres dans les espaces privés des hôtels, des logements de vacances, des hôpitaux ou des prisons. Or, la consommation (lecture, visionnement, audition) d'une œuvre ne tombe pas sous le coup du droit d'auteur. Quant à l'utilisation d'une œuvre à des fins privées par une personne physique pour elle-même ou un cercle de personnes avec lesquelles elle est étroitement liée, elle est déjà autorisée par l'art. 19 al. 1 litt. a LDA.

Ainsi, **en droit actuel** déjà, la consommation d'une œuvre et son utilisation par une personne physique pour elle-même ou des personnes avec lesquelles elle est étroitement liée, tels des proches ou des amis, sont permises. Une telle utilisation peut avoir lieu chez soi, dans une chambre d'hôtel ou d'un logement de vacances, dans une chambre d'hôpital ou dans la cellule d'une prison : le lieu importe peu, car c'est la finalité de l'utilisation qui est décisive (s'il s'agit d'une utilisation qui est faite à des fins privées, elle est autorisée par l'art. 19 al. 1 litt. a).

Lors des débats au Conseil national, la portée de l'art. 19 al. 1 litt. a a été méconnue. Ainsi, le Conseiller national Bauer a déclaré : « *aujourd'hui, chacun utilise de préférence son ordinateur, sa tablette ou son smartphone avant d'utiliser la télévision dans les hôtels. Dès lors, consommer un film en utilisant sa tablette ne justifie pas qu'on fasse d'une chambre d'hôtel, parce qu'elle est utilisée par plusieurs personnes régulièrement, un espace public qui devrait être soumis à la taxe* ». Or, l'utilisation d'un ordinateur personnel, d'une tablette ou d'un smartphone pour visionner un film (seul ou avec des proches ou des amis) est couvert par l'art. 19 al. 1 litt. a.

Par l'introduction de cet art. 19 al. 1 litt. d LDA, la majorité du Conseil national vise en réalité à exonérer les hôteliers et exploitants du devoir de verser une rémunération en faveur des auteurs pour la **retransmission de programmes de radio ou de télévision** au moyen de postes

¹ Art. 20 al. 2 LDA : « *La personne qui, pour son usage privé au sens de l'art. 19, al. 1, let. b ou c, reproduit des œuvres de quelque manière que ce soit pour elle-même ou pour le compte d'un tiers selon l'art. 19, al. 2, est tenue de verser une rémunération à l'auteur* ».

² Ainsi, le Conseiller national Nantermod paraît confondre la redevance de droit public pour la radio et la télévision avec la rémunération revenant aux auteurs pour l'exploitation de leurs œuvres, notamment : « *Est-il normal qu'un hôtelier qui paie déjà la redevance de radio-télévision, qui s'acquitte de ses taxes, doive en plus payer une redevance de droit d'auteur si quelqu'un regarde un film dans sa chambre d'hôtel? Ou s'il installe sa tablette sur la télévision et regarde un film proposé par la plate-forme Netflix et pour lequel il a déjà payé une redevance? Ou encore s'il regarde un film à la télévision pour lequel il a déjà payé une redevance, au même titre que l'hôtel en a payé une?* ».

récepteurs dans les chambres, en particulier³. Reste que le projet d'art. 19 al. 1 litt. d ne le dit pas, ou du moins pas clairement.

Ainsi, les types d'utilisation d'œuvres que la majorité du Conseil national avait à l'esprit sont celles qui font l'objet notamment du tarif commun 3a. Or, le Tribunal fédéral vient de se prononcer à son sujet et a confirmé que l'hôtelier (ou l'exploitant d'un logement de vacances, d'un hôpital ou d'une clinique etc.) qui réceptionne au moyen de sa propre antenne des programmes radio ou télévisés et les transmet dans les chambres effectue une **retransmission** au sens de l'art. 10 al. 2 litt. e LDA, et que cette retransmission n'est pas couverte par l'art. 22 al. 2 LDA⁴.

Toutefois, l'art. 19 al. 1 litt. d LDA ne serait pas spécifiquement limité au cas de la retransmission de programmes de radio ou de télévision dans des espaces privés. Dans la mesure où il a pour but d'exonérer les exploitants pour toutes les utilisations pour lesquelles la consommation de l'œuvre aurait lieu dans une chambre d'hôtel, un logement de vacances, un établissement de soins ou une cellule, son application est potentiellement **beaucoup plus large**. En particulier, l'exploitant qui offre à ses hôtes un service de **vidéo à la demande** au moyen de postes récepteurs dans les chambres devrait aussi être affranchi du devoir de requérir l'assentiment des ayants droit. Potentiellement, cette disposition pourrait aussi permettre d'autres formes d'exploitation d'œuvres au moyen de dispositifs qui seraient installés dans des chambres d'hôtel, en vue de la transmission de spectacles ou de concerts, p.ex. On laissera de côté de telles hypothèses par la suite pour se concentrer sur la retransmission de programmes et la mise à disposition d'un service de vidéo à la demande.

III. Le droit international

A. Retransmission de programmes

1. La Convention de Berne (1971)

En ce qui concerne la retransmission d'œuvres diffusées, l'**art. 11bis al. 1 ch. 2** de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, version de Paris 1971 (CBe) prévoit que les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser « *toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine* ». Selon l'al. 2 de cette disposition, il appartient aux législations des pays de l'Union de régler les conditions d'exercice des droits visés par l'al. 1, « *mais ces conditions n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies (et) ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit moral de l'auteur, ni au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente* ».

L'art. 11bis al. 1 ch. 2 CBe consacre ainsi un droit exclusif qui porte sur toute communication publique d'une œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine (c'est-à-dire par un organisme autre que le diffuseur). Cette disposition vise la

³ Déclaration de la Conseillère nationale L. Fehlmann-Rielle : « *Par œuvre, on entend dans ce cas des programmes ou des films qui sont à disposition des clients des hôtels, par exemple* ».

⁴ ATF 143 II 617.

retransmission d'œuvres diffusées, par fil (câble, téléphone ou autre) ou sans fil. Elle ne définit pas la notion de communication « publique », ce qui laisse une certaine place à des approches partiellement divergentes d'un Etat membre à un autre. Mais cela ne signifie pas que les Etats membres seraient libres de définir ce qui serait public et ce qui ne le serait pas : il s'agit d'une notion conventionnelle, certes susceptible d'interprétation, mais qui est appelée à être définie d'une façon uniforme pour tous les Etats membres.

Pour la retransmission, peu importe qu'elle permette ou non d'atteindre un nouveau public, ou qu'elle élargisse ou non le cercle des destinataires d'une diffusion⁵. Peu importe également que ce public soit disséminé : il y a aussi communication **publique** lorsque l'œuvre est transmise à une série de personnes distinctes (considérées dans leur ensemble, elles formeront un public)⁶. L'art. 11*bis* al. 1 ch. 2 fait porter le droit exclusif de l'auteur sur **toute** communication publique par fil ou sans fil de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine⁷. Au sens de la CBe, « public » s'oppose à « privé »⁸. Un cercle sera **privé** lorsqu'il est composé de personnes étroitement liées, tels de proches parents ou amis⁹. Ainsi, lorsque l'exploitant d'un hôtel ou d'un autre établissement retransmet des programmes de radio ou de télévision à ses hôtes, il le fait à un cercle de personnes qui ne sont ni ses proches ni ses amis¹⁰. Cette retransmission est bel et bien faite à un **public**.

Peu importe si ce public profite effectivement de cette retransmission en allumant le poste récepteur ou non. Peu importe aussi si les membres de ce public se trouvent dans un espace qui leur est temporairement réservé à titre privatif : ce qui est décisif, c'est l'acte de l'exploitant, par l'installation d'une antenne ou d'autres moyens qui permettent de capter les programmes et de les retransmettre dans les chambres des hôtes.

C'est pourquoi la **Cour de justice de l'UE** a interprété la notion de communication publique au sens de la Convention de Berne comme comprenant la retransmission d'œuvres radiodiffusées dans des chambres d'hôtel¹¹. Le **Tribunal fédéral** est également de cet avis dans la mesure où

⁵ Nordemann/Vinck/Hertin, International copyright and neighbouring rights law, Weinheim 1990, p. 126.

⁶ Reinbothe/von Lewinski, The WIPO Treaties on Copyright, 2ème éd., Oxford 2015, par. 7.8.18.

⁷ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, aff. "États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur", WT/DS160/R du 15 juin 2000, par. 6.2.1: "the authors' exclusive right covers any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when the communication is made by an organization other than the original one".

⁸ Reinbothe/von Lewinski, par. 7.8.17.

⁹ Ibid.

¹⁰ ATF 143 II 617 consid. 5.2.3 i.f.: "Die Überlegung, dass ein Hotelzimmer in gewisser Hinsicht, insbesondere in Bezug auf den Schutz der Privatsphäre, mit einer Privatwohnung verglichen werden könnte, ist für die Abgrenzung nicht relevant, da es nicht darum geht, ob der Ort der Wiedergabe privat oder öffentlich ist, sondern ob die Weitersendung an einen individuell bestimmbaren und persönlich verbundenen oder einen grösseren Personenkreis erfolgt". Cf. ég. consid. 5.3.2 : „Als ebenso zutreffend erweist sich die Folgerung der Vorinstanz, wonach Werkverwender in den Gästezimmern nicht der Hotelgast, sondern der Werkvermittler, also der Betreiber des Gästezimmers bzw. der Hotelier, ist“.

¹¹ CJUE, aff. C-306/05 SGAE, consid. 42 et 46 : « la distribution de l'œuvre radiodiffusée à cette clientèle au moyen d'appareils de télévision ne constitue pas un simple moyen technique pour garantir ou améliorer la réception de l'émission d'origine dans sa zone de couverture. Au contraire, l'établissement hôtelier est l'organisme qui intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner accès à l'œuvre protégée à ses clients. En effet, en l'absence de cette intervention, ces clients, tout en se trouvant à l'intérieur de ladite zone, ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée. (...) si, au moyen des appareils de télévision ainsi installés, l'établissement hôtelier distribue le signal à ses clients logés dans

son arrêt du 13 décembre 2017 se fonde aussi sur l'interprétation des engagements internationaux de la Suisse, dont l'art. 11*bis* CBe¹².

L'art. 11*bis* al. 2 CBe permet de soumettre le droit exclusif de retransmettre l'œuvre diffusée (et les autres droits exclusifs mentionnés à son al. 1) à des **conditions d'exercice** (recours obligatoire à une société de gestion, ou licence obligatoire, en particulier). En revanche, ces conditions ne peuvent porter atteinte au droit de l'auteur d'obtenir une « rémunération équitable » (laquelle peut être fixée par une autorité). Une exception pure et simple, **sans compensation équitable**, n'est donc pas compatible avec l'art. 11*bis* al. 2 CBe ; le test des trois étapes, prévu à l'art. 9 al. 2 CBe pour les exceptions ou limitations au droit de reproduction, ne s'applique pas ici¹³.

Si un Etat membre n'accorde pas de rémunération équitable en contrepartie d'une exception à l'un ou l'autre des droits exclusifs accordés par l'art. 11*bis* al. 1, cela ne vaut que pour les auteurs qui sont ses nationaux ou qui y sont assimilés (art. 3 al. 2 CBe) ou pour les œuvres dont cet Etat est le pays d'origine (art. 5 al. 3 CBe)¹⁴. En revanche, les autres auteurs qui peuvent se prévaloir de la Convention ont droit à une rémunération équitable.

Le projet d'art. 19 al. 1 litt. d n'est donc **pas compatible** avec la CBe. Au regard de cette convention, il ne pourrait avoir d'effets que pour les auteurs suisses (et les auteurs d'œuvres dont le pays d'origine est la Suisse).

2. L'Accord ADPIC

a) Incorporation de l'art. 11*bis* CBe dans l'accord ADPIC

L'art. 9 al. 1 ADPIC oblige les Etats membres à se conformer aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention. Il intègre ainsi le **droit exclusif de retransmettre l'œuvre diffusée** tel qu'il est défini par la CBe.

b) Test des trois étapes

A son art. 13, l'Accord prévoit toutefois qu'il est possible d'instaurer des limitations ou exceptions aux droits exclusifs, à la condition que ces exceptions ou limitations soient restreintes « à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit » (**test dit des trois étapes**)¹⁵.

Puisque l'art. 13 permet d'instaurer des exceptions ou limitations à quelque droit exclusif que ce soit, aux conditions qu'il prévoit, il peut justifier une exception ou limitation au droit exclusif de l'art. 11*bis* al. 1 ch. 2 CBe, lors même que l'al. 2 de cette disposition exige une rémunération équitable¹⁶.

les chambres de cet établissement, il s'agit d'une communication au public, sans qu'il importe de savoir quelle est la technique de transmission du signal utilisée ».

¹² ATF 143 II 617 consid. 5.2.4 à 5.2.6.

¹³ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, aff. WT/DS160/R, par. 6.87: "unlike Article 13 of the TRIPS Agreement, Article 11*bis*(2) of the Berne Convention (1971) would not in any case justify use free of charge".

¹⁴ Nordemann/Vinck/Hertin, p. 127.

¹⁵ Repris de l'art. 9 al. 2 CBe mais étendu à toutes les limitations et exceptions, tandis que l'art. 9 al. 2 CBe ne concerne que les limitations et exceptions au droit de reproduction.

¹⁶ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, aff. WT/DS160/R, par. 6.87: "it is sufficient that a limitation or an exception to the exclusive rights provided under Article 11*bis*(1) of the Berne Convention (1971) as

Le test des trois étapes est formulé par trois conditions : une exception ou limitation (1) ne peut concerner que « *certain cas spéciaux* », (2) ne pas porter « *atteinte l'exploitation normale de l'œuvre* », et (3) ne pas causer « *un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit* ».

i) *première condition*

La **première condition** exige qu'une exception ou limitation soit restreinte à "*certain cas spéciaux*". Cette condition exige qu'une limitation soit clairement définie et qu'elle soit d'une portée et d'une étendue restreintes¹⁷. Dans l'affaire "États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur", le Groupe spécial est parvenu à la conclusion qu'une loi qui exemptait la majeure partie des usagers visés par l'art. 11*bis* al. 1 ch. 3 CBe (en l'occurrence les établissements de restauration) ne pouvait être considérée comme étant restreinte à un cas « spécial »¹⁸.

En l'espèce, c'est ici le droit exclusif prévu à l'art. 11*bis* al. 1 ch. 2 CBe qui est en cause. La majeure partie des utilisateurs sont ici les entreprises de câblodistribution et les fournisseurs de services de télécommunication qui retransmettent des programmes de radio et de télévision. Le fait que le projet d'art. 19 al. 1 litt. d soit restreint aux programmes retransmis dans les chambres privées des hôtels et des autres établissements visés permet de considérer que l'on serait en présence d'un cas « spécial ». Par ailleurs, l'art. 19 al. 1 litt. d ne concernerait pas le droit de faire voir ou entendre des œuvres diffusées au sens de l'art. 10 al. 2 litt. f LDA.

ii) *deuxième condition*

Dans la **deuxième étape** (absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou de la prestation protégée), il convient de veiller à ce que toutes les formes d'exploitation économiques ou pratiques, qui doivent être considérées comme importantes actuellement ou à l'avenir, soient réservées à l'ayant droit¹⁹.

incorporated into the TRIPS Agreement meets the three conditions contained in its Article 13 to be permissible. If these three conditions are met, a government may choose between different options for limiting the right in question, including use free of charge and without an authorization by the right holder. This is not in conflict with any of the paragraphs of Article 11bis because use free of any charge may be permitted for minor exceptions by virtue of the minor exceptions doctrine which applies, inter alia, also to Article 11bis".

¹⁷ Rapport du Groupe spécial WT/DS160/R, par. 6.109 : « *une exception ou limitation devrait avoir un champ d'application limité ou une portée exceptionnelle. Autrement dit, une exception ou limitation devrait être restreinte au sens quantitatif aussi bien que qualitatif. Cela laisse entendre une portée restreinte ainsi qu'un objectif exceptionnel ou reconnaissable. Pour placer cet aspect de la première condition dans le contexte de la deuxième condition ('ne portent pas atteinte à l'exploitation normale'), une exception ou limitation devrait être l'opposé d'un cas non spécial, c'est-à-dire un cas normal* ». Selon une autre interprétation, les termes "cas spéciaux" sous-entendent qu'une restriction au droit d'auteur doit être justifiée par un but spécial, soit un but de politique générale publique légitime : Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, Londres 1987, p. 482; Reinbothe/Von Lewinski, p. 154, 413. Cf. aussi ATF 133 III 473 consid. 6.1 : „*Die erste Teststufe schliesst generalklauselartige Ausnahmebestimmungen aus*".

¹⁸ Rapport du Groupe spécial WT/DS160/R, par. 6.131: "We fail to see how a law that exempts a major part of the users that were specifically intended to be covered by the provisions of Article 11bis(1)(iii) could be considered as a special case in the sense of the first condition of Article 13 of the TRIPS Agreement".

¹⁹ Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: the 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, New-York 2002, p. 284, citant les travaux préparatoires de la Conférence de Stockholm. Rapport du Groupe spécial WT/DS160/R, par. 6.187. Cf. ATF 133 III 473 consid. 6.1: "Die zweite Teststufe verlangt eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Hinblick auf die Verwertungsmöglichkeiten des Urheberrechts".

Il n'y a cependant pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre du simple fait qu'une exception ou limitation génère un manque à gagner pour l'ayant droit – il ne serait sinon guère possible d'instituer des exceptions aux droits exclusifs. L'atteinte doit donc être économiquement significative. Toujours selon le rapport du Groupe spécial, « *une exception ou limitation concernant un droit exclusif qui est prévue dans la législation nationale va jusqu'à porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (c'est-à-dire au droit d'auteur ou plutôt à tout l'ensemble de droits exclusifs conférés par la titularité du droit d'auteur), si des utilisations, qui en principe sont visées par ce droit mais bénéficient de l'exception ou de la limitation, constituent une concurrence aux moyens économiques dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique de ce droit sur l'œuvre (c'est-à-dire le droit d'auteur) et les privent de ce fait de gains commerciaux significatifs ou tangibles* »²⁰.

Pour de telles formes d'exploitation économiques ou pratiques, qui doivent être considérées comme importantes actuellement ou à l'avenir, une licence légale, même couplée avec une rémunération "équitable", ne serait pas admissible. L'effet d'une telle rémunération peut en revanche être pris en considération dans l'application de la troisième étape du test. C'est ce qui découle des travaux préparatoires de la Convention de Berne²¹.

Contrairement à ce qu'une lecture sommaire du test des trois étapes pourrait faire penser, il ne s'agit pas de définir ce qui serait "la" forme d'exploitation normale, voire principale de l'œuvre²². En particulier, on ne peut s'arrêter à la constatation selon laquelle l'ayant droit générerait davantage de recettes grâce à l'exercice d'un autre droit exclusif que celui faisant l'objet de l'exception ou de la limitation en cause pour en conclure qu'il n'y aurait pas d'atteinte à

Dabei bestimmt sich nach der Art des fraglichen Rechts und nach dem diesbezüglichen Absatzmarkt, was eine normale Verwertung ist".

²⁰ Rapport du Groupe spécial WT/DS160/R, par. 6.183.

²¹ Masouyé, Guide de la Convention de Berne, Genève 1978, p. 63; Ficsor, p. 288. Ce principe a été remis en cause par quelques auteurs en doctrine : cf. surtout Senftleben, Copyright, Limitations and the Three-step Test, The Hague 2004, p. 169 ss, et Geiger, Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information, UNESCO, e.Bulletin du droit d'auteur, janvier-mars 2007, http://portal.unesco.org/culture/fr/files/34479/11829388631_test_trois_etapes.pdf/test_trois_etapes.pdf. Cf. aussi la "Declaration on a balanced interpretation of the „Three-Step Test“ in Copyright Law", élaborée sous l'égide du Max-Planck Institut, prévoit à ce sujet ce qui suit : « *Les limitations et exceptions ne contreviennent pas à l'exploitation normale des objets protégés lorsqu'elles reposent sur d'importantes considérations de valeur égale à celles qui sous-tendent la protection, ont pour effet d'empêcher des restrictions injustifiées à la libre concurrence, notamment sur les marchés secondaires, particulièrement lorsqu'une rémunération équitable est garantie, que ce soit par voie contractuelle ou par une autre voie* ». Mais il convient de tenir compte du fait que cette Déclaration interprète la notion de rémunération équitable dans le sens qu'il s'agit de celle qui résulte de l'offre et de la demande dans un marché concurrentiel, et que cette rémunération ne peut être réduite que dans la mesure où les intérêts légitimes des tiers le commandent. Par conséquent, la proposition faite par les auteurs de cette Déclaration revient à admettre la possibilité de prendre en compte, dans la deuxième étape du test, l'existence d'une rémunération en principe égale à celle qui résulte du marché (et qui ne peut être réduite que dans la proportion commandée par les intérêts légitimes de tiers). Sous cet angle, cette proposition peut être justifiée : si, en dépit d'une exception ou limitation à ses droits exclusifs, l'ayant droit parvient à obtenir une rémunération qui correspond au prix du marché, il ne peut par définition subir une atteinte économique ; et lorsque cette rémunération est réduite, par rapport à une compensation pleine et entière, dans la mesure où les intérêts légitimes de tiers l'exigent (et dans cette mesure seulement), on peut encore considérer qu'il n'est pas lésé dans ses intérêts économiques. En revanche, cette Déclaration ne permet pas de justifier une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre du seul fait qu'il existerait une rémunération en contrepartie de l'exception ou limitation en question.

²² Même si cela a été soutenu par quelques auteurs dans la doctrine.

l'exploitation normale de l'œuvre. Ce point de vue est pleinement justifié : si les conventions internationales et la loi accordent un droit exclusif sur telle ou telle forme d'exploitation, le législateur et les tribunaux ne doivent pas ensuite instituer des exceptions ou limitations qui feraient une concurrence notable à ces formes d'exploitation réservées aux ayants droit : cela viderait le droit exclusif de sa substance économique.

Ainsi, le Groupe spécial a conclu dans son rapport qu'une exception aux droits exclusifs conférés par les articles 11*bis* al. 1 ch. 3 et 11 al. 1 ch. 2 CBe permettant aux établissements publics de faire entendre de la musique diffusée par la radio ou la télévision sans requérir l'autorisation des ayants droit (et donc sans leur verser une rémunération) portait atteinte à l'exploitation normale des œuvres musicales. Il importait donc peu que d'autres formes d'exploitation fussent plus rentables : la deuxième condition du test doit s'apprécier pour **chaque droit exclusif** (dans cette affaire, il s'agissait du droit de réception publique).

Comme l'indique le Groupe spécial dans son rapport²³, une exception ou limitation à un droit exclusif porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre si des utilisations (qui tombent normalement sous le coup de ce droit exclusif mais qui sont mises au bénéfice d'une exception ou limitation) font **concurrence aux moyens économiques** dont les titulaires du droit d'auteur tirent normalement profit, en les privant de **gains commerciaux significatifs ou tangibles**. Par conséquent, ce qui est décisif, c'est l'existence d'une concurrence « *aux moyens économiques* » dont les titulaires tirent normalement profit²⁴.

En résumé, il faut examiner, **pour chaque droit exclusif**, quelles sont les formes d'exploitation économiques ou pratiques qui doivent être considérées comme importantes **actuellement ou à l'avenir**, et si des utilisations mises au bénéfice de l'exception ou limitation constituent une **concurrence aux moyens économiques** dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique et les privent de ce fait de **gains commerciaux significatifs ou tangibles**²⁵.

En l'occurrence, les ayants droit seraient privés de gains commerciaux tangibles. Certes, ils continueraient à percevoir des redevances pour la retransmission par câble et par d'autres moyens, et pour la réception publique au sens de l'art. 10 al. 2 litt. f LDA. Mais ils seraient privés

²³ Rapport du Groupe spécial WT/DS160/R par. 6.183, et 6.172 : « *l'atteinte qui pourrait être portée à l'exploitation normale d'un droit exclusif particulier ne peut pas être contrebalancée ni justifiée par le simple fait qu'il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale d'un autre droit exclusif (ou qu'il n'y a pas du tout d'exception en ce qui concerne ce droit), même si l'exploitation de ce dernier générerait plus de recettes* ».

²⁴ Ainsi, une exception au droit de reproduction (p.ex. celle permettant à un tiers de reproduire certains articles de journaux selon des critères prédéfinis par l'utilisateur pour confectionner une revue de presse) peut causer une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre en ligne (ce qui constitue une forme d'exploitation couverte par le droit de mise à disposition), et c'est d'ailleurs bien ainsi que le Tribunal fédéral a examiné la compatibilité des revues de presse avec le test des trois étapes (on pouvait en effet légitimement se demander si l'exception de copie privée en faveur de tels services de revues de presse était susceptible de concurrencer l'exploitation en ligne des articles de journaux) : ATF 133 III 473 consid. 6.2, à propos des revues de presse (soit d'un cas où un tiers est chargé par l'utilisateur de reproduire certains articles de journaux – à savoir une restriction au droit de reproduction de l'auteur), où le TF définit l'exploitation normale d'un journal comme comprenant aussi l'exploitation en ligne („*normale Verwertung einer Zeitung liegt sodann - wie die Klägerinnen selbst festhalten - im Verkauf sowie in der Nutzung der Online-Ausgaben und der Electronic Papers*”).

²⁵ On reprend ici la formulation retenue par le Groupe spécial de l'OMC dans son rapport (précité). On peut certes rencontrer dans la doctrine des formules moins précises et plus lâches, mais surtout chez le ou les auteurs qui cherchent à privilégier la troisième étape au détriment de la seconde (en particulier Geiger, e.Bulletin du droit d'auteur, janvier-mars 2007 précité).

de tous les revenus relatifs à la retransmission d'œuvres diffusées dans les chambres d'hôtels et des autres établissements visés (logements de vacances, hôpitaux, cliniques, établissements pénitentiaires). Même si ces revenus peuvent paraître relativement modestes en comparaison avec ceux tirés de la retransmission par câble et autres moyens, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de revenus que les ayants droit sont en droit de recevoir, puisque l'art. 11*bis* al. 2 CBe prévoit qu'ils ne peuvent pas être supprimés sauf à accorder en contrepartie une rémunération équitable. Il est donc possible de soutenir que l'art. 19 al. 1 litt. d LDA porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre.

Par ailleurs, même si l'on considère, avec le Tribunal fédéral, que l'acte d'exploitation en cause s'analyse comme une retransmission²⁶, il se rapproche considérablement de l'acte de faire voir ou entendre des œuvres diffusées au sens de l'art. 10 al. 2 litt. f LDA, puisqu'il s'agit de postes récepteurs dans des chambres d'établissements publics. Or, il est rappelé que le Groupe spécial de l'OMC, dans l'affaire "États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur", est parvenu à la conclusion qu'une exonération permettant aux établissements publics de petite taille de faire voir ou entendre des œuvres diffusées au sens de l'art. 11*bis* al. 1 ch. 3 CBe au moyen de postes récepteurs portait atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et n'était donc pas compatible avec la deuxième étape du test²⁷. Cela renforce l'idée que l'exonération de tous les établissements, hôteliers et autres, pour la retransmission d'œuvres diffusées dans leurs chambres, peut porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre au sens de l'art. 13 ADPIC.

Reste que la thèse contraire demeure soutenable, s'agissant d'une exonération qui ne viserait que la retransmission d'œuvres diffusées dans des espaces privatifs de certains établissements. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que l'art. 19 al. 1 litt. d pourrait aller bien au-delà d'une telle exonération : il est rappelé qu'il couvrirait aussi la mise à disposition de films par un service de vidéo à la demande. Ainsi, cette exonération ne concerne pas seulement une forme d'exploitation, mais plusieurs. L'effet cumulé de l'absence de rémunération pour la retransmission de programmes de radio et de télévision et pour la mise à disposition de films, voire pour d'autres formes d'exploitation encore, autorise la conclusion selon laquelle l'art. 19 al. 1 litt. d ne passerait pas la deuxième étape du test prévu à l'art. 13 ADPIC.

iii) troisième condition

La troisième condition (ne pas causer « *un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit* ») implique une **pesée des intérêts en présence** entre la protection des ayants droit et les besoins des utilisateurs.

S'agissant d'une pesée des intérêts en présence, il convient donc de déterminer les besoins des utilisateurs, et de les mettre en balance avec les intérêts légitimes des ayants droit. Si les intérêts légitimes des ayants droit ne l'emportent pas sur ceux des utilisateurs, une restriction sera compatible avec la troisième étape. A l'inverse, si les intérêts légitimes des ayants droit l'emportent sur les besoins des utilisateurs, et s'il en résulte un préjudice pour les ayants droit, l'exception ou limitation n'est pas compatible avec la troisième condition du test. Dans cette perspective, la troisième étape implique un test de **proportionnalité**²⁸ : si une exception ou

²⁶ ATF 143 II 617.

²⁷ Rapport du Groupe spécial WT/DS160/R par. 6.190 à 6.211.

²⁸ L'ATF 133 III 473 consid. 6.1 emploie l'expression „*Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinn*“.

limitation porte une atteinte excessive aux intérêts des ayants droit, sans qu'elle ne soit justifiée par les besoins des utilisateurs, elle ne doit pas être autorisée.

Il est admis que le paiement d'une **rémunération équitable** peut atténuer les effets d'une limitation, avec pour conséquence que celle-ci peut franchir la troisième étape²⁹. Une rémunération "équitable" n'équivaut pas nécessairement au prix du marché, mais le prix du marché constitue le point de départ pour déterminer la rémunération, à moins qu'il ne soit fixé dans des conditions anticoncurrentielles³⁰.

Si le test des trois étapes comporte trois conditions qui sont applicables cumulativement, sa mise en œuvre comporte une certaine marge d'appréciation, qui résulte de l'emploi de concepts largement indéterminés. Il se justifie donc d'examiner l'impact d'une exception ou d'une limitation **de façon globale**, ces trois étapes devant être considérées comme formant un tout, même si elles sont énoncées comme des conditions séparées. La troisième étape du test se prête d'ailleurs bien à un tel examen global.

En l'occurrence, l'art. 19 al. 1 litt. d ne pourrait pas être compatible avec cette troisième étape du test. En effet, on ne voit guère quels seraient les besoins légitimes des utilisateurs concernés à être mis au bénéfice d'une telle exonération. Le seul besoin qui serait satisfait est celui de payer moins d'argent au titre des rémunérations dues aux auteurs. On pourrait certes y voir une mesure de soutien à l'hôtellerie suisse, mais elle manquerait son but : d'une part, les redevances qui feraient l'objet de cette exonération demeurent relativement modestes, et d'autre part les difficultés de l'hôtellerie suisse sont pour l'essentiel dues à la cherté du franc suisse et à l'inadéquation de l'offre par rapport à la demande. L'introduction de cette disposition ne changerait rien en pratique à la situation des hôtels et autres établissements visés.

Quant à l'argument tiré du caractère privé d'une chambre d'hôtel ou d'autres établissements, il est totalement inopérant : la consommation d'une œuvre et le visionnement d'un film ou d'une émission de télévision ne sont pas les actes qui sont visés par l'art. 11bis al. 1 ch. 2 CBe ; le droit

²⁹ ATF 133 III 473 consid. 6.1.

³⁰ Selon la "Déclaration en vue d'une interprétation du test des trois étapes respectant les équilibres du droit d'auteur" (Version française de la „*Declaration on a balanced interpretation of the „Three-Step Test” in Copyright Law*”, élaborée sous l'égide du Max-Planck Institut, accessible en français à l'adresse http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/01_balanced/declaration_three_step_test_final_francais1.pdf, p. 4), la rémunération serait « *équitable tant qu'elle constitue une incitation suffisante à la création de nouvelles œuvres et à leur diffusion* », mais cette déclaration doit être lue dans son ensemble : il en ressort qu'une des « *clefs du caractère incitatif du droit d'auteur pour les titulaires originaires de droits et pour leurs cessionnaires est la rémunération de l'utilisation des œuvres à un prix établi par la loi de l'offre et de la demande* », soit le prix du marché. Toujours selon cette Déclaration, « *des tarifs élevés sont acceptables s'ils résultent d'une libre concurrence. Toutefois, le marché n'est pas le seul indicateur à même d'établir le montant d'une rémunération 'équitable' et à la mesure des intérêts des ayants droits. La détermination d'une rémunération dans des conditions anticoncurrentielles n'est pas acceptable. En conséquence, lorsque l'introduction de nouvelles limitations et exceptions aux droits exclusifs est nécessaire par la prise en compte des intérêts des tiers, le Test des trois étapes ne devrait pas exclure une rémunération inférieure au cours établi par le marché. La rémunération est équitable tant qu'elle constitue une incitation suffisante à la création de nouvelles œuvres et à leur diffusion. Son montant doit donc aussi être considéré comme satisfaisant lorsque la différence entre la rémunération réelle et inférieure au cours du marché et celle qu'établirait théoriquement la loi de l'offre et de la demande est justifiée par les intérêts des tiers* ». Il ne suffit donc pas de n'importe quelle rémunération qui pourrait encore avoir un caractère incitatif à la création d'œuvres et de leur diffusion : il faut toujours partir du prix du marché (sauf s'il est fixé dans des conditions anticoncurrentielles), et une réduction de ce prix doit être justifiée par les intérêts de tiers, dans son existence comme dans sa quotité.

exclusif mentionné dans cette disposition concerne l'acte effectué par l'exploitant des établissements en cause, à savoir l'installation de moyens permettant aux hôtes de visionner (ou d'écouter des programmes de télévision (ou de radio). Si l'argument tiré du caractère privé d'une chambre était juste, il vaudrait aussi pour la diffusion par la radio et la télévision, ainsi que pour la vidéo à la demande, où les œuvres sont consommées en règle générale dans la sphère privée de l'abonné – ce qui entraînerait cette conséquence manifestement absurde que la diffusion par la radio et la télévision et les services de vidéo à la demande devraient aussi échapper aux droits d'auteur.

En conclusion sur ce point, faute de besoin légitime autre que celui de payer moins, le projet d'art. 19 al. 1 litt. d causerait un préjudice injustifié aux ayants droit, qui ne serait pas contrebalancé par une rémunération équitable. Cette disposition ne serait donc **pas compatible avec l'Accord ADPIC**.

B. Services de vidéo à la demande

1. L'art. 8 WCT

L'art. 8 du Traité OMPI sur le droit d'auteur (WCT) dispose : « *Sans préjudice des dispositions des art. 11, al. 1, ch. 2, art. 11bis, al. 1, ch. 1 et 2, art. 11ter, al. 1, ch. 2, art. 14, al. 1, ch. 2 et art. 14bis, al. 1, de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée* ». Il résulte de cette disposition que le droit exclusif de communication publique comprend aussi la mise à disposition d'œuvres de manière que chacun peut y avoir accès de manière individualisée, au moment souhaité. Cela vise en particulier un service de **vidéo à la demande**.

2. L'art. 10 WCT

L'art. 10 WCT réserve aussi la possibilité de prévoir des limitations ou exceptions aux droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques, à la condition que ce soit (i) dans certains cas spéciaux (ii) où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (iii) ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. On retrouve ainsi le test des trois étapes, vu précédemment en relation avec l'art. 13 ADPIC.

Pour ce qui est des conditions d'application de ce test, on peut donc renvoyer à ce qui en a été dit précédemment.

En ce qui concerne la première condition du test des trois étapes, le fait que le projet d'art. 19 al. 1 litt. d soit restreint aux chambres privées des hôtels et des autres établissements visés permettrait d'y voir un cas « spécial ».

Par contre, comme on l'a déjà dit à propos du droit de retransmettre des programmes de télévision, l'effet cumulé de l'absence de rémunération pour la retransmission de programmes de radio et de télévision et pour la mise à disposition de films, voire pour d'autres formes d'exploitation encore, autorise la conclusion selon laquelle l'art. 19 al. 1 litt. d ne passerait pas la deuxième étape du test prévu à l'art. 13 ADPIC.

Enfin, pour les mêmes raisons que celles précédemment exposées à propos de la retransmission de programmes, le projet d'art. 19 al. 1 litt. d causerait un préjudice injustifié aux ayants droit, qui ne serait pas contrebalancé par une rémunération équitable. Cette disposition ne serait donc pas compatible avec la troisième étape du test prévu à l'art. 13 ADPIC.

IV. Conclusions

1. Le projet d'art. 19 al. 1 litt. d n'est pas compatible avec la CBe. Au regard de cette convention, il ne pourrait avoir d'effets que pour les auteurs suisses (et les auteurs d'œuvres dont le pays d'origine est la Suisse).
2. L'art. 19 al. 1 litt. d ne serait pas compatible avec le test des trois étapes prévu à l'art. 13 de l'Accord ADPIC. Il ne le serait pas non plus avec le même test tel que prévu à l'art. 10 WCT en relation avec le droit de mise à disposition consacré par l'art. 8 WCT.



Ivan Cherpillod,
Prof.associé UniL (propriété intellectuelle)